

OMBRETTA DI GIOVINE

DAL COSTRUTTIVISMO AL NATURALISMO INTERPRETATIVO?
SPUNTI DI RIFLESSIONE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. L'interpretazione dei testi (in generale). Le correnti pragmatiche. – 2. (*segue*). Le correnti ermeneutiche. – 3. Il linguaggio giuridico come sottospecie del linguaggio in generale e le “specialità” del diritto penale. Come nasce la premessa maggiore del ragionamento giudiziario. – 4. La premessa minore: la descrizione del fatto. – 5. I problemi. – 6. Le soluzioni endo-penalistiche ed ordinamentali. – 7. Piccoli rimedi alternativi: lo stato dell'arte. – 8. Proposta: i suggerimenti della psicologia cognitiva. – 9. Conclusioni: le euristiche dell'affetto ed il ruolo delle emozioni nel diritto penale.

1. *L'interpretazione dei testi (in generale).*
Le correnti pragmatiche

Parole e proposizioni, secondo la versione moderata (la più diffusa) delle concezioni pragmatiche, rappresentano un punto di partenza ineludibile nell'interpretazione, ma non possiedono un'area semantica predeterminata. Possono avere vari possibili riferimenti e possono non averne alcuno, come nel famoso esempio de «l'attuale re di Francia è calvo» di Russell ed in tutte le disposizioni c.d. di parte generale del codice penale, che pure non sfuggono (in linea di massima) alla nostra comprensione/conoscenza. Ma l'osservazione più frequente – anche la più importante – è che sono vaghe e talvolta ambigue; vanno quindi saturate e disambiguate dall'interprete.

È dunque possibile attribuire un senso alle parole ed alle proposizioni di cui si compone una frase (e tale è qualunque disposizione legislativa) soltanto guardando all'uso che se ne faccia e dunque al contesto (parole e proposizioni sono *context-sensitive*)¹.

Il solo dato testuale è autosufficiente nei casi facili o stereotipici, ma ciò implica che le parole siano state in qualche momento saturate o disambiguate e nulla esclude che in futuro debbano esserlo nuovamente.

Ritengo che la validità delle impostazioni pragmaticamente orientate si imponga

¹ Tale contesto può poi essere di vario genere e, in ambito giuridico, è stato recentemente classificato come *prossimale* – a sua volta distinto in: a) contesto situazionale (contesto fattuale) e b) contesto (contesto normativo) – e *di sfondo* o *distale*, che si riferisce alle presupposizioni culturali che rendono possibile la comprensione (contesto culturale, ma – si noti – condiviso dalla comunità degli interpreti). VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2012, 132 ss., il quale segue la terminologia della filosofa del linguaggio Claudia Bianchi.

per la loro evidenza, e non mi soffermerò su di esse². Tanto per esser chiara, aggiungo che sono anche utili alla vita (vitalità) del linguaggio (ordinario come giuridico).

Contribuiscono alla temperie *costruttivista* e, almeno nella loro formulazione moderata, non rinunciano all'ideale dell'oggettivizzazione dei giudizi, poiché – molto banalizzando – presumono che esista una comunità di interpreti al cui interno l'uso di parole e di proposizioni sia consolidato o quantomeno consolidabile³.

Riepilogando, le teorie pragmatiche si limitano (o dovrebbero limitarsi) ad attribuire rilievo all'uso che si fa di parole e di proposizioni; sottolineano il carattere dinamico ed interattivo del linguaggio anche giuridico, ma difendono una prospettiva se non obiettiva, suscettibile di oggettivizzazione. Non si pongono quindi come un pericolo per il diritto penale.

Per esse nutro grande simpatia.

2. *Le correnti ermeneutiche*

Altra cosa, anche per area culturale e geografica di provenienza, sono le correnti *ermeneutiche* (qui assumo una distinzione che, come peraltro accade sempre, in alcuni casi è chiara; in altri più sfumata o soltanto meno consapevole), le quali muovono dalle acquisizioni delle concezioni pragmatiche, ma si spingono oltre. Pongono l'accento sul ruolo della *precomprensione* o *pregiudizio* dell'interprete e quindi sulla dimensione tipicamente soggettiva dell'interpretazione.

Sempre per amor di chiarezza, dichiaro la mia propensione anche per le impostazioni ermeneutiche, precisando però che mi sento ermeneutica più per necessità che per scelta. Mi spiego.

Non penso che l'adesione ad una concezione ermeneutica implichi necessariamente una maggiore divergenza nell'individuazione di soluzioni (anche giuridiche) e quindi anomia. Al contrario, soprattutto nelle società odierne, segnate dal noto fenomeno del pluralismo ideologico, le maggiori distanze si registrano sul piano delle dichiarazioni di principio: cioè su un piano astratto.

Ad esempio, un ambito in cui le distanze ideologiche diventano sistematica-

² Non sarebbe d'altronde possibile in questa sede anche solo segnalare la bibliografia essenziale di riferimento. Per una ricostruzione di tali teorie e delle loro implicazioni penalistiche sia quindi consentito rinviare a DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006.

³ Ciò vale anche e soprattutto per le correnti di pragmatica cognitiva sviluppatasi a partire dalle indagini di Paul Grice sulle «implicature conversazionali». Esse attribuiscono rilievo agli stati mentali dell'interlocutore e non a caso hanno trovato un interessante sviluppo nella Teoria della Pertinenza, che si appella alla capacità di metarappresentazione (e cioè alla teoria della mente), al funzionamento di alcune euristiche e che ora vanta anche evidenze neuroscientifiche. Su tali sviluppi, BIANCHI, *Pragmatica cognitiva*, Laterza, 2009.

mente conflitto è la bioetica. Ho però avuto spesso la sensazione che, avvicinando l'interprete al fatto e riducendo la *distanziamento* prodotta da un "diritto penale per regole", le suddette differenze si attenuino (invero ho anche cercato di comprendere le ragioni di tale fenomeno, ricorrendo ad ipotesi di spiegazioni scientifico-biologiche ed avvalendomi dell'allora nascente dibattito sulla neuroetica⁴).

Ovviamente non sono l'unica a pensarla così. Gli autorevoli Jonsen e Toulmin, con riguardo ad un'esperienza compiuta all'interno di una famosa commissione del Congresso degli Stati Uniti, incaricata di stabilire i principi di bioetica negli anni Settanta del secolo scorso, proponevano di riabilitare il metodo casistico, e notavano: «quando il dibattito si manteneva al livello dei giudizi particolari, gli undici commissari vedevano le cose fondamentalmente nello stesso modo. Nel momento in cui risalivano al livello dei "principi" entravano in conflitto»⁵.

Ora, poiché uno dei fondamenti delle impostazioni ermeneutiche (come già di quelle pragmatiche) consiste nel farsi del testo nel fatto e nella loro circolarità, penso che tali impostazioni, se realmente comprese e praticate con onestà intellettuale, contrariamente a quel che si potrebbe pensare, riducano, e non aumentino, la conflittualità.

Già questa banale considerazione basterebbe a cogliere il portato anti-metafisico, anti-dogmatico ed anti-autoritario che le concezioni ermeneutiche, relativistiche ed in genere post-moderne rivendicano a se stesse. Negando l'esistenza di verità preconcepite, non c'è dubbio che si traducano in un invito al dialogo.

Non preoccupa quindi ciò che l'ermeneutica sostiene; piuttosto, come il suo messaggio viene percepito all'esterno e la facilità con cui può essere frainteso. Emblematica la posizione di Maurizio Ferraris, filosofo *ex* ermeneutico ed *ex* allievo di Derida e di Vattimo, il quale insiste sul rischio che, negando la valenza oggettiva del concetto di verità e delegittimando la tradizione illuministica (che nella verità e nella ragione ha visto uno strumento di emancipazione dal potere), si possa finire con lo *sdoganare* la menzogna ed assecondare nuove forme di oscurantismo.

Non sono del tutto convinta, cioè, che l'obiettivo della post-modernità riesca nell'impresa di realizzare se stesso, senza troppo scalfire quell'*immagine* di affidabilità nelle relazioni interpersonali e cittadino-Stato che rappresenta condizione essenziale per la salute di qualunque ordinamento giudico: il diritto esige semplificazione e fors'anche banalizzazione, se non altro perché si indirizza innanzitutto ai cittadini e solo in seconda battuta ai giudici e agli altri tecnici.

Senza dubbio post-modernità ed ermeneutica rischiano di essere strumentaliz-

⁴ DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, Giappichelli, 2009.

⁵ JONSEN - TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988. Ne riferisce adesivamente ATIENZA, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion pratica*, 34, 2010, 55.

zate per allargare gli spazi del potere, anziché – come nella loro ambizione – ridurli.

Resta però il fatto che tali rischi non sono scongiurabili semplicemente negando l'esistenza e/o la validità dei movimenti antiformalistici a vantaggio di quelli formalistici. Sarebbe bello, ma non è sufficiente evocare l'esistenza di una *verità* perché questa si materializzi e dissolva nella sua luce⁶ i mostri che popolano le tenebre del soggettivismo.

Non basta insomma auspicare che l'interpretazione sia un rinvenimento di senso ed una operazione avalutativa, perché lo diventi.

Come è noto, d'altronde, la tradizione del dialogo tra opposte scuole di pensiero è da sempre segnata dalla lamentela, avanzata dalle concezioni ermeneutiche, di essere fraintese da quelle dichiarative, che ascriverebbero loro un'intenzione prescrittiva e non meramente descrittiva. Per contro, le concezioni ermeneutiche rivendicano di voler non già *orientare* la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento. Ed aggiungono, non senza una punta di risentito orgoglio, che ciò fanno proprio a differenza delle loro antagoniste.

In effetti, è difficile sottrarsi l'impressione che i sostenitori delle concezioni dichiarative le proclamino neutre sul piano delle dichiarazioni di principio, ma poi giungano spesso a conclusioni divergenti, al loro stesso interno, quando si confrontano sui casi concreti.

Sembrirebbe dunque doversi concludere che, in alcuni ambiti della conoscenza, l'interpretazione ha necessariamente carattere costitutivo⁷.

Ciò dà ragione del dominio culturale oggi esercitato *in generale* dalle concezioni costruttivistiche (vd. tuttavia di seguito).

3. *Il linguaggio giuridico come sottospecie del linguaggio in generale e le "specialità" del diritto penale. Come nasce la premessa maggiore del ragionamento giudiziario*

Il passo successivo consiste ovviamente nello sfidare chiunque a negare che il diritto sia un oggetto sociale e che (solo) qui l'interpretazione sia *scoperta* e non *creazione* del diritto.

Non per nulla, come è stato di recente osservato, l'interpretazione, un tempo considerata nel diritto tema secondario rispetto a quello delle fonti, oggi ha acquisito forte evidenza; e non per niente, al suo interno, le teorie pragmatiche si

⁶ *Senza violenza*, come vorrebbe DE MONTICELLI, *Importante non nominare il nome di Dio invano*, in AA.VV., *Il bello del relativismo*, Marsilio, 2005, 173 ss.

⁷ «Nel mondo sociale [...] quello che sappiamo conta eccome, cioè l'epistemologia è determinante rispetto alla ontologia: quello che pensiamo, quello che diciamo, le nostre interazioni sono decisive»: lo riconosce addirittura il già evocato FERRARIS, in *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012, in part. p. 74.

stanno facendo sempre più strada⁸.

Tocca dunque riconoscere che anche nell'ambito gius-penalistico riferimento e senso contribuiscono *insieme* a delineare il significato delle fattispecie. Aggiungerci, anzi, che il senso (*ratio*) può avere in alcuni casi un peso anche maggiore del riferimento. Incidentalmente, da ciò esce attenuato il divieto di analogia in materia penale: l'interpretazione è una operazione fondata necessariamente su un procedimento analogico. È analogia.

Voci autorevoli del pensiero penalistico, pur concordando nella sostanza, hanno puntellato il discorso con alcune precisazioni: 1) per un verso, negano che una teoria dell'interpretazione possa essere fondata su casi difficili. La sensazione che i casi difficili siano numerosi deriverebbe (direi io:) da una sorta di distorsione conoscitiva fondata sull'euristica della rappresentatività (lo studioso si compiace di intrattenersi soltanto sui casi difficili); 2) per altro verso, pongono l'accento sulla specificità del diritto penale che, per il fatto di incidere su beni primari del cittadino, dovrebbe sottrarsi alla sorte delle altre banche giuridiche⁹.

Quanto al primo profilo, non c'è dubbio che nella gran parte dei casi non c'è (ancora) bisogno di esplicitare gli snodi concettuali delle teorie pragmatiche e/o ermeneutiche per ascrivere un senso alle fattispecie penali. Soltanto, ciò non nega – al contrario – la validità delle impostazioni pragmatiche ed ermeneutiche. Da un lato, nei casi facili, i meccanismi interpretativi funzionano in modo irriflesso ed automatico; dall'altro, da sempre l'osservazione e poi la proposizione per via induttiva di ipotesi di spiegazione generale muovono dallo studio di situazioni anomale. Per restare ad esemplificazioni banali, non abbiamo bisogno di spiegare che realizza un omicidio Tizio il quale punta una pistola al cuore dell'amante di sua moglie, ma piuttosto se ne risponda il medico il quale “stacca la spina” al suo paziente-malato terminale. Non occorre spendere molte parole per capire se è furto quello del borseggiatore sull'autobus, ma per qualificare la condotta dello *sciacallo* che sfilò di tasca il portafoglio ad un cadavere fresco (qui, a rigore, non ci sarebbe un soggetto passivo che *detiene*). Non dobbiamo dilungarci per argomentare che si macchia di peculato il tesoriere che si appropri dei fondi di cassa di un Ministero, ma se ne risponda il dipendente pubblico che usa il telefono fisso sul lavoro, quando la sua amministrazione paga una somma forfettaria per *tutte* le chiamate (detto diversamente, è “cosa” la particella telefonica di cui, secondo la giurisprudenza, si approprierebbe il dipendente?). Né appare tanto intuitivo stabilire se integri una dichiarazione infedele l'esposizione nella dichiarazione dei redditi di elementi passivi inesistenti in senso naturalistico ma non giuridico, perché indeducibili sulla

⁸ Da ultimo, VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata* cit., 1 ss.

⁹ DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, 72 ss.

base della normativa tributaria, peraltro raramente inequivoca. Per giungere ad un (possibile) risultato, in questi casi occorre un'operazione complessa (i giuristi la chiamano teleologica) che tenga tra l'altro conto dei principi e della *ratio* e/o del bene giuridico (per chi ancora crede nell'utilità di questa categoria), a loro volta desumibili dal contesto ed anche, in certa misura, dalla sensibilità del giudicante.

Il secondo profilo, seppure sotto un punto di vista in parte diverso, è stato recentemente revocato in dubbio con argomenti come sempre raffinati da Giovanni Fiandaca¹⁰. Mi limiterò quindi ad osservare che la presa di coscienza del carattere costitutivo dell'interpretazione risulta oggi agevolata dall'ingresso del costituzionalismo nel diritto penale, fenomeno cui il *multilevel system* europeo ha impresso una forte accelerazione. A tacer d'altro, questo non conosce infatti alternativa all'idea della giurisprudenza CEDU come fonte del diritto e sintetizza il contenuto della legalità nella mera prevedibilità dell'esito giudiziario. Sul punto molto si sta scrivendo, e non sarebbe possibile diffondersi in questa sede¹¹. Salvo quanto specificherò di seguito, mi limito ad osservare che o riusciamo a mettere indietro le lancette del tempo per tornare alla legalità formale (legislativa), all'idea che la legge si ispiri per sua natura ad una razionalità di scopo e l'ordinamento ad una razionalità di sistema oppure tocca constatare la progressiva deviazione (anche) del nostro sistema verso la logica del *case law*.

La norma non coincide con la disposizione; è il giudice che contribuisce a crearla, ponendo la premessa maggiore del c.d. sillogismo giudiziario.

Né l'assiologia può essere estratta dalle categorie concettuali penalistiche: al contrario, viene al loro interno insufflata dal giudicante, e ciò accade ancora nel momento del confronto con la concreta vicenda di vita.

Penso alla *successione di leggi penali nel tempo*: dottrina e giurisprudenza sono molto impegnate a chiedersi che cosa accade al p.u. il quale abbia indotto altri a farsi dare utilità e che al momento in cui ha agito era passibile di concussione, oggi che la identica condotta sarebbe punita da un'«Induzione indebita a dare o promettere utilità» (art. 319-*quater* c.p.). Dovrà egli rispondere di questo meno grave reato in ragione dell'evidente derivazione dalla concussione in virtù di una successione di leggi penali nel tempo? Oppure potrà avvalersi di un'*abolitio criminis* parziale, non avendo la nuova fattispecie *continuità di senso* con la prima (è diversamente denominata; altrove collocata e, soprattutto, punisce ora anche l'indotto)? Ancora: la *continuità strutturale* tra le due fattispecie c'è (secondo alcuni, la concussione avrebbe

¹⁰ FIANDACA, Rocco: *è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 179 ss. Nega che esistano speciali regole interpretative in diritto penale PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 520 ss.

¹¹ Sul fenomeno e sui primi segnali di una sua involuzione, mi permetto di rinviare a DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, I, pp. 159 ss.

una struttura bilaterale) oppure manca (altri ritengono che il concorso necessario presupponga la punibilità di entrambi i protagonisti)? E siamo davvero certi che la nostra preferenza per una delle due soluzioni non sarebbe condizionata dal fatto che l'imputato sia un *quisque* pubblico ufficiale piuttosto che un potente il quale abbia indotto un poliziotto a rilasciare una giovane detenuta, sua compagna di giochi?

4. *La premessa minore: la descrizione del fatto*

Problemi a mio avviso anche maggiori affliggono la premessa minore, il cui studio è stato finora negletto dai sostanzial-penalisti ma in cui si rinvengono, come dirò di seguito, spazi per piccoli aggiustamenti suscettibili di migliorare le decisioni (di noi tutti e quindi anche) dei giudici.

In un folgorante libricino del 1965, Joachim Hruschka, allievo di Karl Larenz, fotografava i meccanismi della precomprensione e del circolo ermeneutico, parlando di «preformazione categoriale» del fatto¹². Egli spiegava come della vicenda storica vengano selezionati soltanto gli aspetti coerenti con l'ipotesi accusatoria e quindi con la premessa maggiore del ragionamento: insomma con la norma (come interpretata) di cui si ipotizza l'applicazione.

Così, in un caso di incidente stradale, la prima circostanza da indagare sarà se il guidatore si atteneva al margine destro della carreggiata. Tale dato è in tanto rilevante in quanto vi attribuisce importanza il codice della strada¹³. E potremmo continuare, domandandoci se il guidatore era giovane oppure esperto, sobrio oppure ubriaco; se rispettava i limiti di velocità o meno ecc. (resterà invece irrilevante ogni circostanza concernente il suo aspetto fisico o il modo in cui era vestito).

Così come «le fattispecie legali [...] sono il frutto di un rilevamento di senso delle vicende storiche sottostanti», similmente «il pensiero [...] è in grado di comprendere i casi individuali solo nei nessi generali di significato»¹⁴ che deriviamo appunto dal contesto anche giuridico nel quale ci muoviamo, ma che più in genere dipendono dalla nostra precomprensione, alla cui formazione concorrono a loro volta la nostra sensibilità, la nostra appartenenza ad una data sfera culturale, le nostre esperienze, in definitiva il nostro sé.

Qualunque ricostruzione del fatto è dunque in parte discrezionale.

L'esperienza anglosassone del *distinguishing* evidenzia quanto incida la selezione di alcune circostanze del fatto piuttosto che di altre.

Con riferimento poi alla giurisprudenza nostrana, penso alla materia della respon-

¹² HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, il Mulino, 2009, 75.

¹³ HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 86.

¹⁴ HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 84 s.

sabilità medica, dove una descrizione del fatto molto dettagliata (che prenda in considerazione ad esempio le peculiarità fisiche e di salute del paziente) in molti casi rischia di ridurre gli spazi per affermare la causalità e per converso di ampliare quelli della prevedibilità.

Gli eventi non hanno una dimensione oggettiva inattaccabile, ma le caratteristiche che gli attribuiscono i *frames* in cui vengono inseriti.

5. I problemi

Ora, una realistica presa d'atto che l'interpretazione presenta margini di creazione non esclude l'opportunità che, quando entrano in ballo i diritti più importanti del cittadino, sia necessario orientare la soluzione interpretativa (teleologicamente) verso il livello maggiore di garanzia. Anzi, proprio in quanto si riconoscano spazi alla discrezionalità del giudice, si aprono potenziali margini per un apprezzamento dipendente da criteri assiologici, ed è chiaro che tra questi dovrebbe spiccare l'idea della garanzia per il reo, che ha conformato culturalmente la preparazione di generazioni di giuristi. Trovo quindi l'auspicio condivisibile, sebbene scontato.

Esso già appartiene ad alcune classi di partecipanti al gioco dell'interpretazione: a coloro che rivestono i ruoli della dottrina e dell'avvocatura. Il problema, tutto pratico, è quindi: come convincerne anche la magistratura, innegabilmente orientata – con alcune eccezioni – verso esigenze general-preventive e soprattutto compensative (in chiave “vittimologica”)?

D'altronde, sappiamo che i giudici sono interpreti particolari e decisivi (i protagonisti che conducono quel gioco), essendo dotati di un potere conformativo che non dipende soltanto dalla persuasione e dall'uso degli argomenti, bensì anche dalla forza (istituzionale) del ruolo. La pratica sociale del diritto, il farsi del diritto nel fatto assegna una posizione di preminenza al giudice: è lui ad avere l'ultima parola. Ma questo potere non sempre viene esercitato in maniera congrua e, quando ciò non accade, è difficile rimediare alla stortura.

Queste considerazioni dovrebbero invero rappresentare il punto di partenza di ogni discorso in tema di interpretazione, nel senso che, secondo il mio punto di vista, dalla presa d'atto del carattere parzialmente creativo dell'interpretazione giudiziaria sarebbe opportuno muovere per cercare soluzioni condivise.

L'interrogativo «Terzo, basta?» le compendia, perché esprime il dubbio che, nell'impossibilità di ergere argini predeterminati (non argini *tout court*) all'interpretazione dei giudici, la garanzia di terzietà e cioè di autonomia dagli altri poteri della tradizionale tripartizione, risulti non più sufficiente.

6. Le soluzioni endo-penalistiche ed ordinamentali

Finora sono stati ipotizzati alcuni rimedi endo-penalistici.

Sappiamo che alcuni ordinamenti hanno sancito addirittura un divieto di interpretazione estensiva della legge penale (art. 111-4 c.p. francese).

In Italia, è stato inoltre proposto di prevedere in modo esplicito, tra gli obblighi di motivazione del giudice, l'esposizione delle ragioni del mancato recepimento delle prove contrarie, ma anche di quelle per cui venga respinta una interpretazione *in bonam partem* pur consentita dal testo legislativo¹⁵.

Inoltre, il *multilevel system* ed il valore conformativo della legalità assunto dalla prevedibilità dell'esito giudiziario suggeriscono di lavorare sulla vincolatività del precedente giudiziario, eventualmente ipotizzando l'estensione al diritto penale delle riforme che nel 2006 hanno interessato il codice di procedura civile.

Si tratta di rimedi di indubbio ed utile significato simbolico, ma che non fanno i conti la trama aperta del linguaggio e quindi dell'interpretazione, aspetti su cui abbiamo finora indugiato¹⁶.

Se il nostro sistema di legalità si sta lentamente muovendo verso il *case law*, potrebbe allora pensarsi che la soluzione migliore sia di tipo ordinamentale. Potremmo rendere più compiuta e soprattutto esplicita l'assimilazione tra ordinamenti continentali e sistemi di *common law*, optando per la nomina politica delle cariche giudiziarie, in modo da assicurare la trasparenza sul piano delle ideologie di riferimento, oltre ad un'auspicabile responsabilizzazione del giudice. Un rimedio di tipo *omeopatico*: cercherebbe di "curare" le distorsioni della discrezionalità, inoculandone nel sistema dosi massicce (purché esplicite)¹⁷.

¹⁵ CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in HELZEL-KATOLO, *Autorità e crisi dei poteri*, Cedam, 2012, 99 ss.

¹⁶ Quanto al divieto di interpretazione estensiva, basta negare che una interpretazione sia tale. Quanto all'obbligo di motivazione, almeno nelle pronunce più importanti la giurisprudenza lo rispetta, e tuttavia reputa la possibile lettura alternativa favorevole spesso soccombente. Quanto alla vincolatività del precedente, le vicende del *distinguishing* anglosassone già ci avevano messo in guardia dal rischio di una sua possibile vanificazione; oggi abbiamo poi esperienza diretta di quella specie particolare di precedente vincolante che sono le sentenze Corte EDU. Su queste problematiche, vd. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Jovene, 2008, la quale reputa che l'unica soluzione consiste nell'introduzione di vincoli ai gravami.

¹⁷ «Poiché i diritti di ciascun individuo sono sempre [...] virtualmente contro le maggioranze e contro i poteri da esse espressi, anche le funzioni e le istituzioni deputate alla loro garanzia devono essere, virtualmente, contro la maggioranza. Non si può condannare o assolvere un cittadino perché ciò risponde o non risponde agli interessi o alla volontà della maggioranza. Per questo, se si vuole che sia in grado di garantire i diritti dei singoli individui, la funzione giudiziaria, in quanto funzione di garanzia, non può essere espressione né dipendere dal potere di maggioranza, ma deve essere

Non credo nell'omeopatia. E comunque penso (mi illudo?) che molte forzature non siano intenzionali, ma che discendano dal mancato dominio sulle forme del nostro ragionamento e, prim'ancora, della nostra conoscenza.

Insomma, posto che la terzietà è incompiuta – mi chiedo – il nostro modello va per questo superato? Non si rischia di buttar via l'acqua sporca con tutto il bambino?

7. *Piccoli rimedi alternativi: lo stato dell'arte*

Per blindare il ragionamento giuridico, in un certo momento si è guardato con fiducia alla logica, riponendo affidamento nell'inferenza di tipo addirittura deduttivo (ragionamento *top-down*, che muove dall'universale e giunge al particolare). Tale fiducia ha presto traballato.

La deduzione assicura la certezza soltanto negli ambiti di conoscenza formali, astratti ed assiomatici, come la matematica o altri «mondi ideali» in cui possano darsi per generalmente accettati alcuni dogmi o regole (da tempo si revoca però in dubbio anche questa idea, sulla base dell'idea che è tutto *theory laden*).

A tali mondi ideali, la variante illuminista della nostra cultura penalistica ha cercato di ascrivere anche il diritto criminale, ma oggi abbiamo smesso anche solo di illuderci che sia così. Per veicolare certezza, il c.d. sillogismo giudiziario dovrebbe recare una premessa maggiore, contenente la norma, certa, e certa dovrebbe essere anche la premessa minore, che reca la descrizione del fatto. Del modo in cui si formano tali premesse e della loro circolarità abbiamo però già parlato, e possiamo dare quindi per illustrato perché l'interpretazione (del testo, ma anche del fatto) sia anche creazione, in certa misura fisiologicamente discrezionale, del diritto.

Soprattutto, lo schema deduttivo (per meglio dire, la sua esclusività), proprio perché muove dall'universale, contrasta con l'evidenza del processo penale, in cui il ragionamento giudiziario muove invece dai fatti, che sono peraltro storici, *lost facts*, non riproducibili in laboratorio¹⁸. Tale procedimento somiglierebbe, al limite, ad un *reverse engineering* (si parla di *retroduzione*) che parte dalla ricostruzione di un evento e muove a ritroso alla ricerca della responsabilità dell'imputato¹⁹.

soggetta soltanto alla legge. Per questo non c'è garanzia giurisdizionale dei diritti senza indipendenza del giudice e senza separazione dei poteri». FERRAJOLI, *Costituzionalismo e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2012, 3, 11.

¹⁸ HOOKWAY, *Truth, Rationality, and Pragmatism*, Clarendon Press, Oxford, 2000, 50.

¹⁹ Tra gli altri, CANZIO, *La valutazione della prova scientifica tra verità e ragionevole dubbio*, in CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale*, Giuffrè, 2011, 61 ss.

Regna quindi concordia sul fatto che sillogismo e deduzione si riducono a schema il cui rispetto può assicurare tutt'al più l'ordine espositivo del discorso giuridico ai fini di quella giustificazione *ex post* che si compendia nella motivazione della sentenza (e che permette il successivo controllo sulla coerenza logica, garanzia comunque non trascurabile). Ricorrendo alla nota terminologia di Wroblewski, essi costituiscono lo scheletro della *giustificazione interna*, la quale attiene al rapporto tra premesse e conclusione²⁰, ma non riflettono il percorso dell'accertamento probatorio né del ragionamento giudiziario.

Questo è a volte deduttivo (*top-down*), più spesso induttivo (*bottom-up*), ma normalmente abduttivo: muove da particolare a particolare; si basa su inferenze (ipotesi) che suggeriscono spiegazioni. E si sa pure che l'abduzione, al pari dell'induzione, conduce a conclusioni soltanto probabili²¹.

L'indagine si è quindi spostata dalle forme del ragionamento al modo in cui si formano le sue premesse (la *giustificazione esterna*), per concentrarsi sull'aspetto della probabilità delle ipotesi (intesa dapprima in senso statistico, quindi logico).

Della probabilità sono state scovate anche formule logiche che aspiravano alla spendibilità processuale. Si pensi alla formula di Hempel (per cui $pHK=R$, e cioè la probabilità, p , dell'ipotesi, H , sulla base delle informazioni ed evidenze coerenti con la stessa ipotesi, K , è uguale alla capacità di resistenza che presenta rispetto alle contro ipotesi, e cioè R)²². Un'attenzione particolare è stata poi riservata al teorema di Bayes, che consente di attualizzare il grado ordinario di probabilità statistica, aggiornandolo alla luce delle evidenze sopravvenute.

Al pari di quelli che si appuntavano sulle forme, anche questi tentativi di formalizzare il ragionamento giudiziario, pur apprezzabili per il movente che li anima (oggettivizzare il giudizio, rendendo controllabile il percorso con cui il convincimento si è formato), non risultano risolutivi.

*È semplicemente impossibile assegnare un punteggio numerico alla forza, alla coerenza, alla credibilità delle evidenze perché esse, afferendo a dati storici irripetibili e non riproducibili in vitro (non verificabili e falsificabili in senso scientifico stretto), non esistono al di fuori della dimensione soggettiva di chi li conosce*²³. Si torna così

²⁰ In Italia, vi insistono gli esponenti della c.d. scuola genovese. Per tutti, CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, 2007.

²¹ Scontando la difficoltà per il profano di leggere direttamente PEIRCE, la raccolta di scritti più fruibile e piacevole sull'abduzione resta ECO-SEBEOK, *Nel segno dei tre*, Bompiani, 1983; per il penale sostanziale, vd. Arth. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione del procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 321 ss.; TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. del dir.*, 2004, 117 ss.

²² CANZIO, *Op. cit.*, 70.

²³ Ciò non significa scetticismo o relativismo, ma semplicemente che fatti e valori sono intrecciati. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Fazi, 2004 (or. 2002): come può esserci

sempre (circolarmente!) alla caratterizzazione ermeneutica dei fatti.

Prima di ricorrere a soluzioni traumatiche, sarebbe allora opportuno verificare se almeno parte della perdita terzietà possa essere recuperata ponendo in essere espedienti che hanno tra l'altro costi contenuti: emendando cioè l'emendabile, vale a dire, gli *errori commessi in buona fede*.

8. Proposta: i suggerimenti della psicologia cognitiva

Ribadito che le preoccupazioni maggiori discendono non tanto dalla natura pragmatica dell'interpretazione, quanto dai suoi profili ermeneutici, e cioè dal condizionamento ad opera di sensibilità, vissuto, cultura ed in genere dal *background* dell'interprete, ebbene, per contenere tali aspetti (per portarli allo scoperto) disponiamo oggi di alcuni semplici rimedi.

Una strada feconda (giammai risolutiva) è additata in particolare dalla psicologia cognitiva, che indaga come si pre-formano i nostri giudizi.

Del ruolo degli stereotipi nel giudizio si sa già molto²⁴, ma approfondendo il modo in cui si struttura la nostra conoscenza, riusciremmo a contrastare alcune distorsioni sistematiche in cui cadiamo tanto frequentemente quanto inconsapevolmente, e ciò sarebbe già utile.

Esemplificherò attingendo alla materia del rapporto di *causalità*.

Premessa, su un piano generale, la tendenza umana a pensare in termini causali e quindi a ravvisare nessi pur dove ci siano mere successioni di eventi²⁵, più nello specifico, alcuni esperimenti dimostrano che, quando giudichiamo della causalità, siamo naturalmente portati ad operare non soltanto un contro-fattuale sulla vicenda realmente verificatasi, bensì anche un contro-fattuale su quella alternativa rimasta ipotetica²⁶.

oggettività nell'etica, così la scienza si muove nel quadro di valori epistemici opinabili, quali la coerenza, la semplicità e la ragionevolezza. Concetti ribaditi, di recente, in PUTNAM, *I fatti della scienza e i valori dell'etica* in DE CARO-FERRARIS, *Bentornata realtà*, Einaudi, 2012, 5 ss.

²⁴ Per un approccio manualistico, FISKE-TAYLOR, *Social cognition: from brains to culture*, McGraw-Hill, Boston, 2008.

²⁵ Rinvio al classico, seppur datato, RIEDL, *Le conseguenze del pensiero causale*, in WATZLAWITCK, *La realtà inventata*, Feltrinelli, 1988; or. 1984.

²⁶ L'esperimento, condotto da Wells e Gavanski, è riferito da LEGRENZI, *Come funziona la mente*, Laterza, 1998, 45 ss. Presentate ad un gruppo di intervistati due storie identiche nelle loro caratteristiche materiali e diverse solo per un evento ipotizzato nella mente di uno dei protagonisti, il giudizio sull'esistenza della causalità era stato espresso in termini più netti in un caso che nell'altro (in entrambe le varianti, Tizio invita Caia, sua subordinata, in lussuoso ristorante e sceglie per entrambi una pietanza contenente un alimento a cui Caia è allergica; Caia, che non lo sa, l'assume

Aspetto ancora più interessante, sembra che la nozione ingenua di causalità (e/o aggiungo io: di evitabilità) sia collegata al «controllo di un'azione» e che tale controllo dipenda dalle conoscenze di chi deve esprimere il giudizio di modificabilità. Insomma, siamo tanto più propensi a ritenere che l'evento nello scenario alternativo non si sarebbe verificato quando disponiamo di conoscenze anche solo di massima sulla dinamica dell'avvenuto. Tenderemmo ad attribuirlo invece ad una fatalità laddove non abbiamo in quella materia un minimo di *know how*²⁷.

Il che, a pensarci bene, potrebbe concorrere a spiegare perché, in un'epoca in cui (anche grazie ad *internet*) siamo un po' tutti medici, i giudici si ispirino ad un particolare rigore in campo sanitario (lo so, giocano anche altri fattori, primo tra i quali una certa propensione "vittimologica" ad usare gli effetti risarcitori della condanna penale). Mentre, c'è da scommettere che gli stessi giudici mostrerebbero maggiore indulgenza in relazione agli eventuali incidenti che dovessero verificarsi, per dirne una, nella progettazione di un ponte (riconoscendo spazio al caso fortuito) e ciò, ad onta del fatto che il secondo settore è dominato da leggi deterministiche o comunque segnate da un tasso di probabilità e di prevedibilità più alto rispetto alla biologia.

Altro aspetto su cui riflettere è che, secondo una nota e non più recentissima indagine, questi errori si ridurrebbero per effetto dell'*expertise* giudiziaria, la quale favorirebbe un approccio critico nel ragionamento sui casi²⁸. L'esperimento di giudizi controfattuali rappresenterebbe inoltre uno strumento (più utile del retorico richiamo alla certezza BARD) che, accrescendo l'insicurezza dei giurati, ne migliorerebbe le prestazioni: li disporrebbe a considerare ipotesi alternative, con l'effetto di ridurne l'originario "assolutismo", e cioè la propensione a convincimenti a priori di colpevolezza o di innocenza²⁹.

Chiunque si sia poi anche solo avvicinato alla psicologia cognitiva conosce le celeberrime ricerche condotte da Daniel Kahneman e da Amos Tversky nella prima metà degli anni Settanta (Tversky è poi morto, ma per i loro studi Kahne-

e muore. In una versione, tuttavia, prima di scegliere, Tizio aveva scartato mentalmente un altro piatto contenente anch'esso la medesima sostanza; nell'altra versione, aveva scartato invece un piatto che non la conteneva. Il comportamento di Tizio venne ritenuto dagli intervistati più *causalmente* rilevante nel secondo che nel primo caso!).

²⁷ Molto semplificando, mi sembra questo il nocciolo del pensiero di LEGRENZI, *Come funziona*, cit., 51 ss.

²⁸ CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, il Mulino, 1992.

²⁹ CATELLANI, *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 2, 215, la quale aggiunge che le differenze tra giudici esperti e non esperti si accrescono ulteriormente nel confronto tra giudici togati e popolari.

man ha ricevuto un premio Nobel per l'economia)³⁰.

Vediamo quali sono le assunzioni – in verità molto semplici – di questo pensiero³¹.

Numerosissimi ed ormai ampiamente convalidati esperimenti dimostrano come la nostra conoscenza sia sistematicamente distorta da alcuni *biases*, poiché fondata su meccanismi (c.d. euristiche) inconsapevoli, approssimate ma molto veloci (intuitive), che formano quello che Kahneman chiama il «sistema 1» di conoscenza, per contrapporlo al «sistema 2», che è invece cosciente, razionale, più affidabile, ma anche molto dispendioso in termini di fatica e di impiego di risorse che sarebbero sottratte alla realizzazione di altri compiti (producendo un fenomeno noto come «deplezione dell'io»).

Per questo il «sistema 2» è lento e viene chiamato «sistema pigro». Esso è anche presuntuoso perché, in quanto cosciente, crede erroneamente di governare la vita degli individui, laddove invece la massima parte della nostra conoscenza si forma a partire da presupposti che restano al di sotto del livello di consapevolezza. La sfida, come si sarà a questo punto compreso, è quella di portare tali insidie in superficie, per smascherare la «precomprensione» dell'interprete.

A costo di suscitare il sorriso di qualche *costruttivista puro*, ricordo pure come il possesso di tali euristiche trovi una spiegazione coerente (e largamente condivisa) in chiave evuzionistica. Le euristiche erano cioè indispensabili alla sopravvivenza dei nostri antenati (raggruppati in società di cacciatori-raccoglitori) proprio perché fondavano un ragionamento veloce ed intuitivo che consentiva risposte immediate ai pericoli e continuano ad essere funzionali in quelle situazioni, che però sono oggi piuttosto rare. Producono invece le citate distorsioni quando si attivano in situazioni evuzionisticamente più recenti, come quelle che hanno che fare con lo sviluppo scientifico e tecnologico ed in genere con situazioni che non richiedono una risposta immediata (tra queste dovrebbero rientrare le decisioni giudiziarie). Qui occorre ponderare, chiamando a raccolta le energie ed innescando il «sistema 2»: occorre cioè falsificare le intuizioni alla luce del ragionamento logico e delle evidenze statistiche disponibili.

Ciò precisato, per illustrare la possibile rilevanza delle questioni tenterò ancora una volta esemplificazioni penalistiche.

Con riguardo all'euristica della *rappresentatività* ed alle relative distorsioni,

³⁰ Da tali ricerche ha preso le mosse altresì la critica all'idea di *homo oeconomicus*, ad opera in particolare di Richard Thaler, e quindi la spiegazione del perché siano fallite teorie economiche che hanno condizionato per tanti anni la nostra vita anche sociale (con gli effetti che stiamo vivendo). Ed ormai da qualche tempo, negli Stati Uniti ne sono proposte applicazioni al diritto. Basti pensare alla produzione del noto costituzionalista Cass SUNSTEIN (per stare ai libri tradotti in italiano, *A cosa servono le costituzioni*, il Mulino, 2009; or. 2001; *Quanto rischiamo*, Edizioni Ambiente, 2004; or. 2002; *Il diritto della paura*, il Mulino, 2010; or. 2005, cui *adde* il *best seller* SUNSTEIN-THALER, Nudge. *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009; or. 2008).

³¹ KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012.

penso alla *vicenda della causalità omissiva*, spesso chiamata in ballo in materia di responsabilità sanitaria e dai più ritenuta in questo momento storico diversa, per natura, dalla causalità attiva: materiale quest'ultima; ipotetica la prima e, come tale, insuscettibile di raggiungere lo *standard* probatorio di quella attiva.

È davvero così? Ne dubito³², e sospetto che l'equivoco sia nato dalla scelta degli esempi, *biased* dal bisogno interiore di categorizzazione del penalista, per condizionamento culturale proteso verso l'obiettivo della certezza. Sicché, un po' banalizzando, dall'amputazione ad opera del chirurgo della gamba sbagliata si finisce con il desumere che la causalità attiva possa essere *sempre* provata secondo certezza; dall'omessa diagnosi di un tumore si inferisce che *tutti* i casi di causalità omissiva possono essere dimostrati soltanto secondo probabilità.

Basta tuttavia cambiare o anche solo modificare gli esempi per constatare come mutino le conclusioni del ragionamento e smascherare i tranelli cognitivi in cui cade (anche) il ragionamento giuridico.

Così, a proposito della *causalità attiva*, se al primo chirurgo (quello che amputa l'arto sbagliato) sostituissimo uno che opera un signore molto anziano in condizioni fisiche tutt'altro che esemplari per arginare un infarto intestinale (ed ipotizziamo che il paziente muoia durante l'operazione), diverrebbe legittimo chiedersi se una manovra diversa avrebbe salvato quella vita. Ancora, è fuori di dubbio che nel caso di omessa diagnosi di un tumore generico il nesso causale con la morte sopravvenuta del paziente non possa affermarsi con certezza. Siamo però certi che il paziente si sarebbe salvato se il medico, nel rispetto dei protocolli, lo avesse curato con dosaggi differenti di chemio-terapia, tenendo cioè un comportamento attivo?

D'altronde, come risulta pensando al medico che non diagnostichi un inizio di peritonite la quale conduca di lì a due giorni alla morte del paziente, non è nemmeno detto che in materia di *causalità omissiva* la ragionevole certezza sia sempre inattuabile.

Passando all'euristica della *disponibilità*, appartiene all'esperienza comune che i nostri giudizi si fondano, più che su verifiche di carattere oggettivo, su stime poco accurate, pregiudizi, stereotipi e che dipendono dalla facilità con cui ci tornano alla memoria eventi simili a quelli che siamo chiamati a giudicare. Ed è quasi superfluo notare che ci restano più impressi gli eventi fortemente connotati dal punto di vista emotivo (ci ricordiamo più quelli negativi che quelli positivi: lo sanno bene i media).

Ebbene, questa euristica è tipica del funzionamento giudiziario della colpa, da sempre caratterizzata dal *bias* del senno del poi. Teorizziamo che la prevedibilità della colpa (della sua misura oggettiva) andrebbe oggettivizzata: misurata cioè sulla

³² Più diffusamente, DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.* 2013, pp. 67 ss.

particolare ricorrenza statistica di una tipologia di eventi (è doveroso prevedere solo eventi probabili). Invece la giurisprudenza si ostina a configurarla anche ove tale evidenza dichiaratamente manchi.

La mente va ai processi per l'accertamento delle responsabilità nel caso di catastrofi naturali, ed in particolare al processo dell'Aquila per il terremoto del 2009. Semplificando (ma neppure troppo), appare emblematico che p.m. e tribunale abbiano riconosciuto, con la letteratura scientifica unanime, che i terremoti non sono prevedibili, ma cionondimeno muovano un rimprovero ai membri della Commissione Grandi Rischi per non aver usato toni adeguatamente allarmistici (giustificabili rispetto a quale probabilità?).

Lo stesso avviene nell'ambito della responsabilità medica dove infatti la letteratura indaga da tempo l'*hindsight bias* (lo studio di questo errore sistematico, prima che a livello giudiziario, ricorre nelle valutazioni cliniche ed ha rappresentato uno dei motori dello sviluppo della EBM) che riesce addirittura a condizionare negativamente, ad evento avverso verificatosi, il giudizio sulla prevedibilità e addirittura sulla bontà delle linee-guida³³.

Sempre in Kahneman si trovano poi tematizzate le caratteristiche del sistema irreflessivo (e le relative distorsioni), come: l'ancoraggio (per cui quando dobbiamo esprimere una stima su qualcosa che non conosciamo, usiamo un dato noto e procediamo ad aggiustamenti su almeno in parte inconsapevole suggestione di altri elementi, appunto àncore, *anche del tutto estranei alla materia del giudizio*; il *priming* (che è un modo più ricco per indicare l'associazione di idee e gli effetti a cascata prodotti in modo spesso inconsapevole dall'evocazione di una idea); il *framing* ristretto, e cioè la tendenza a scomporre i problemi contenendo le opzioni; il WYSIATI (*What You See Is All There Is*), per cui di fronte ad una impressione iniziale, tendiamo ad essere insensibili alla qualità ed alla quantità di informazioni disponibili (il sistema riflessivo, oltre che pigro e narciso, è anche accomodante, poiché tende a fidarsi delle intuizioni di quello automatico)³⁴.

Tutte tendenze atte a spiegare come mai un p.m., una volta che si sia fatto un'idea di quel che è successo e del possibile colpevole, rimane solitamente legato a quella ipotesi, sottovalutando le evidenze contrarie e sovra-interpretando quelle favorevoli, in barba (spesso inconsapevole!) ad ogni oggettività³⁵.

³³ Alludo alla criticatissima sentenza Cass. IV, 23 novembre, 2010, Grassini, in cui il rispetto delle linee guida è stato considerato una cautela insufficiente poiché esse mirerebbero non alla salute dei pazienti, bensì ad obiettivi economici. Dopo la "riforma Balduzzi", vd. però ora Cass IV, 29 gennaio 2013, Cantore.

³⁴ KAHNEMAN, *op. cit.*, 96 ss.

³⁵ Con specifico riferimento al ragionamento giudiziario, CHERUBINI, *Processi cognitivi e ragionamento giudiziario*, in AA.VV., *Psicologia e società. Diritto*, Giunti, 2011, 74 ss. L'autore parla

Tra queste tendenze cognitive rientra infine il *bias*, molto famoso e discusso soprattutto in (alcuni studi di) bioetica, *dell'omissione*, che porta a ritenere meno riprovevole e quindi a giudicare con maggiore indulgenza un evento quando è cagionato mediante una condotta omissiva piuttosto che attiva (come in tema di eutanasia).

Si tratta di meccanismi che, se conosciuti, possono essere inibiti o comunque contenuti negli effetti, favorendo un maggior auto-controllo e cioè mettendo il giudicante quanto meno *sul chi vive* rispetto a rischi di distorsione che diversamente opererebbero in modo inconscio (com'è chiaro, il discorso potrebbe però valere anche per chi non giudica, ma difende).

9. Conclusioni: le euristiche dell'affetto ed il ruolo delle emozioni nel diritto penale

Questa incursione nell'ambito della psicologia cognitiva impone tuttavia alcune precisazioni.

Daniel Kahneman dedica le *conclusioni* del suo libro a spiegare che le euristiche presentano svantaggi, ma pure vantaggi³⁶. E, in effetti, la schiera di autori che rivalutano il ruolo delle emozioni tende ad allungarsi.

Anche nell'ambito della psicologia cognitiva, c'è ad esempio chi evidenzia i pregi dell'«euristica dell'affetto» e mette il dito proprio in quella che ritengo la piaga del *ragionamento razionale* di stampo classico anche nel diritto penale: il problema della incommensurabilità dei valori (o perlomeno di alcuni). Si muove dalla critica dell'idea che i rischi siano oggettivi (*esistano* cioè *nel mondo*) a prescindere dalla nostra cultura, e si ritiene che la nostra specie ne abbia inventato il concetto per

ad esempio di *pseudodiagnosticità*, e cioè della sistematica tendenza a sottovalutare la probabilità di osservare l'indizio nei casi negativi a favore della probabilità di osservarlo nei casi positivi, che cioè rispondono all'ipotesi. Evidenzia la propensione automatica ed inconscia ad accettare il *Modus Ponens* (modo di ragionamento in cui affermando qualcosa si afferma qualcos'altro) piuttosto che il *Modus Tollens* (modo di ragionamento in cui negando qualcosa si nega qualcos'altro). Pone l'accento sulla sottovalutazione delle assenze: poiché è difficile percepire a livello sensoriale un'assenza (la mancanza di impronte, di macchie di sangue, di una traccia bancaria), tale assenza viene spiegata in termini di irrilevanza o di ipotesi alternative, piuttosto che indiziare l'innocenza dell'indagato.

³⁶ L'ambito neuroscientifico vanta in proposito importanti studi, come quelli sul "marcatore somatico" di DAMASIO (celeberrimo *L'errore di Cartesio*, Adelphi, 1995; or. 1994) e sulle "regole del pollice" di GIGERENZER (*Decisioni intuitive*, Cortina, 2009; or. 2007). In base ad essi saremmo evolutuzionisticamente predisposti a livello neuronale per avere reazioni emotive utili non soltanto alla sopravvivenza, ma anche ad una adeguata vita relazionale e sociale (le emozioni come fondamento della ragion pratica).

capire ed affrontare meglio i pericoli e le incertezze della vita.

Invero, in tanti casi i rischi presentano un aspetto non soltanto quantitativo, ma anche qualitativo-valoriale, che sfugge alla misurazione degli esperti. Secondo questa tesi, il pubblico opererebbe quindi valutazioni più fini: gli esperti considerano solo il numero freddo delle morti, degli incidenti o in genere degli eventi negativi; alle persone non sfuggirebbe invece la distinzione tra una buona ed una cattiva morte, tra incidenti più o meno tragici, tra eventi più o meno avversi. Il che fa della valutazione di senso comune una valutazione complessivamente migliore³⁷.

Vero è che i rischi di esplosione di una centrale nucleare sono nettamente inferiori rispetto a quelli implicati dal ricorso ad altre forme di energia, come il petrolio, ma per *qualità* le morti del secondo tipo potrebbero essere preferite a quelle del primo.

Ammettiamo inoltre che i rischi di morire di fame per i lavoratori i quali perdano il posto per effetto della crisi economica indotta da un procedimento penale a carico di un grande impianto industriale che non rispetta gli standard legislativi di sicurezza e produce materiale cancerogeno siano maggiori dei rischi che in prospettiva la prosecuzione dell'attività dello stabilimento prospetta per la salute loro e di tutte le persone coinvolte. Davvero la qualità di questi rischi deve però rimanere recessiva nella valutazione cui sarebbe chiamata l'Agenzia-Stato?

Ecco allora le precisazioni cui accennavo.

Non sono una fautrice incondizionata degli strumenti di logica formale ma nemmeno della forza persuasiva delle statistiche in ambito giuridico.

Sempre per essere sincera, ritengo che in alcuni campi il diritto penale stia raggiungendo un grado di normativizzazione esasperante e che ciò lo renda non meno ingestibile e incontrollabile di un diritto fondato su basi più *intuitive* e di senso comune. Da qualche anno sostengo pertanto – in controtendenza con la dottrina penalistica, ma sulla base delle evidenze addotte dalla già citata letteratura neuroscientifica – la necessità di *naturalizzare* il diritto penale, rivalutando il ruolo delle emozioni in alcuni settori (la bioetica) in cui il ragionamento di tipo razionalistico è destinato per il momento a fallire.

Penso tuttavia che occorra procedere con cautela, con la massima consapevolezza dei rischi e distinguendo sempre di caso in caso. In tal senso, mi riconosco ancora una volta negli insegnamenti pragmatico ed ermeneutico.

³⁷ SLOVIC, *The perception of risk*, Sterling (VA), EarthScan, 2000. Incidentalmente, l'autore ha spesso collaborato anche con Kahnemann e Tversky.