



LA VERITÀ

*Il problema della verità: il giudice è il garante della la verità della sentenza
ma... il processo accusatorio non è stato concepito per aiutare il giudice a trovare la verità.
Il giudice e la scienza quando il peritus peritorum non sa di scienza*

di Luca Santa Maria

PARTE I

1.

La prima premessa da cui parto è che se il giudice è il custode (*gatekeeper*) di qualcosa nel processo, è il custode, o meglio il garante di fronte alla società, che, alla fine, dal processo venga fuori la verità.

Il ver – dictum.

La seconda premessa è che il processo a struttura accusatoria, dovrebbe essere il mezzo epistemico più efficiente per aiutare il giudice a trovare la verità, e, invece, per come è stato costruito dal diritto, è probabilmente il peggior nemico della verità.

Il processo penale vive su questo paradosso.

Tratto per prima la seconda premessa.

2.

I giuristi che nell'89 hanno importato il processo accusatorio stile USA in Italia, credevano che il metodo dialettico, con una tesi, cioè l'accusa, un'antitesi, cioè la difesa, fosse il metodo epistemicamente migliore per far sì che il giudice trovasse la sintesi, cioè la verità.

Chi ha detto che è così?

La dialettica che va in scena nel processo, è *dialettica distruttiva non costruttiva*.

La dialettica nasce con Gorgia e nasce come dialettica distruttiva (Giorgio Colli).

La dialettica della parte A – secondo Gorgia – mira a demolire la parte B, inducendolo alla contraddizione, facendogli accettare, con somma abilità e insidiosità, premesse da cui derivano conclusioni contraddittorie con quelle che essa sosteneva.

Platone addomestica la dialettica e prova a farne un viatico per la verità.

Il processo, però, non è la dialettica dei dialoghi di Platone (che sono il teatro scritto *ex post* per giustificare la tesi di chi scrive, cioè di Platone) in cui Socrate accompagna il rivale, passo passo, domanda dopo domanda, nel processo maieutico della verità, e l'avversario si lascia avvolgere quasi dolcemente dalle spire del serpente e alla fine depone le armi.

La *cross examination* ha più di Gorgia che di Platone.

Il processo non è neppure, facendo un salto di millenni, il luogo dell'etica della ragione comunicativa di Habermas, in cui tutti i parlanti accettando talune regole del gioco, sono disposti a cambiare idea se gli argomenti dell'avversario sono più veridici dei loro.

La dialettica del processo non è funzionale ad un ragionevole scambio di..... ragioni tra le parti, di cui il giudice prenda atto.

La dialettica serve solo alla produzioni di ragioni che demoliscano le ragioni della Parte avversa e persuadano il giudice, *anche se le ragioni sono false*.

Il giudice, ha il dovere di trovare la verità, ma è schiacciato tra le due possibili menzogne contrapposte che le parti gli propinano.

Non potrebbe trovarsi in posizione peggiore.

Nel processo nessuno o quasi cambia mai idea (Bayes, chi è costui?), nemmeno se è con le spalle al muro.

L'avvocato non può, ma anche il PM è assai restio (che figura ci fa?).

Ciascuna parte difende anche con rabbia la posizione in trincea.

3.

Le risorse della dialettica (o più spesso della retorica) consentono sempre o quasi di difendere dalla confutazione qualunque argomento.

Date ad un PM o ad un avvocato di media levatura, un qualsiasi *corpus* di evidenza e vi troverete tra le mani almeno due plausibili narrazioni che spiegano i fatti, l'una d'accusa e l'altra della difesa.

La difesa ha confutato l'accusa?

L'accusa escogiterà qualche ipotesi *ad hoc* e proverà a salvare la sua tesi, con qualche piccola variazione qua e là del suo argomento.

Vale, ovviamente, anche l'inverso.

Le parti, appena smalziate, lo sanno.

La filosofia della scienza del XX secolo, che ha riscoperto la *koinè* scettica, parla di *sottodeterminazione delle teorie rispetto alla stessa base empirica*.

Che cosa significa?

Qualunque base empirica, cioè qualunque insieme di prove, è compatibile con plurime spiegazioni più o meno plausibili.

L'argomento delle Sezioni Unite in Franzese, è che se la difesa propone – sul piano della causa, ma ovviamente, vale per qualunque altro fatto da provare nel processo – un'ipotesi esplicativa dei fatti alternativa a quella dell'accusa, *la difesa vince*.

Non va così.

La difesa vincerebbe sempre.

Invece, no.

Bisogna essere veramente PM o avvocato inetti per non riuscire a mettere in piedi in qualsiasi processo una spiegazione più o meno plausibile alternativa a quella dell'accusa.

La filosofia della scienza, che lo sa, perché conosce il problema gnoseologico della sottodeterminazione e, nel campo della logica induttiva, ha costruito il concetto di *abduzione*.

L'abduzione – il metodo dialettico di Sherlock Holmes (l'ha scritto Umberto Eco), ma la parola sta anche nel lessico della teoria della prova nel processo, come ovviamente sa il colto estensore di Franzese – è più o meno sinonimo di *inferenza alla migliore spiegazione* (IMS).

L'IMS presuppone, dunque, almeno *due spiegazioni plausibili* cioè quantomeno non irragionevoli.

Franzese – che vorrebbe la fine dei giochi non appena la difesa abbia estratto una spiegazione non irragionevole – non funziona nei processi, né ora né mai.

È... troppo garantista, o semplicemente troppo poco realistica?

Il vero problema non è, quindi, la proliferazione delle spiegazioni plausibili dello stesso *set* di evidenze.

Il nascere e il crescere delle narrazioni alternative nel processo non è evitabile.

Il problema è stabilire le regole – anche convenzionali – per far sì che il giudice decida davvero a favore della spiegazione razionalmente migliore.

Come si fa?

Franzese parla della *probabilità logica*, ma, come dirò dopo a proposito della causa (è infatti curioso, ma non disdicevole in sé, che Franzese abbia collocato la probabilità logica nella definizione della causa, dove ovviamente non sta, e non invece, nella teoria della epistemologia del processo, cioè nella prova, dove, invece, sta), il giudice non ha ritenuto di dover definire che cosa significhi probabilità logica o alto grado di credibilità razionale.

Come sempre accade, dove c'è il problema c'è anche il vuoto delle soluzioni.

B.A.R.D. (*Beyond Any Reasonable Doubt*) non è una soluzione ma una finzione.

4.

Nel processo accusatorio per le parti conta, quindi, solo la vittoria.
Le parole sono armi.

Negli USA è ovvio che sia così.

Il giurista americano Frenkel ha dedicato quasi una vita di studi a spiegare i pericoli del processo accusatorio le cui regole del gioco sono congegnate per sacrificare la verità.

Frenkel voleva che si introducesse una norma che obbligasse tutte le parti a dire il vero.

Che cosa temeva Frenkel?

Che il processo degenerasse in agone retorico, *in cui vince la ragione del più forte e non la più forte delle ragioni*.

In Italia?

In Italia la cultura *adversary* è arrivata perché trapiantata a forza su un terreno che non la conosceva.

Come dirò tra un attimo, da noi questa cultura è, da una parte, una debole e spaurita imitazione del modello (gli avvocati tendono a non usare proprio la *cross examination* perché, non sapendo come si usa l'arma, temono di spararsi addosso), dall'altra, è causa di eccessi che vanno oltre la retorica del processo e puntano, anche fuori dal processo, a qualcosa più della demolizione dialettica dell'avversario, ma alla sua demonizzazione culturale e intellettuale o personale.

Va bene la guerra, ma *est modus in rebus*.

Se introducessimo *il dovere della verità* per tutte le parti in causa, pur mantenendo la struttura *adversarial*?

Mission impossible?

Oggi una norma del genere non c'è né si desume da alcun principio.

L'imputato può mentire (e, quindi, anche i suoi avvocati).

Chi crede che il PM sia realmente gravato dal dovere di indagare anche a favore dell'imputato – e, quindi, sia un paladino della verità e non propriamente una parte – aumenta solo la confusione, perché, se anche animato da buone intenzioni, finisce col negare che il PM sia una parte e in questo modo prova ad accreditarlo agli occhi del giudice di una nobiltà superiore, che la difesa non ha.

Il PM è un parte, sostiene l'accusa, senza guardare troppo per il sottile, e fa bene perché questo è quel che il processo accusatorio gli chiede.

Il fatto che alcuni giudici facciano giurare sulla verità i consulenti tecnici di accusa e difesa, prova solo, alternativamente o cumulativamente, un disagio reale di fronte al pericolo dell'inganno, o un po' d'ingenuità.

I consulenti non sono testimoni.

Qualificazioni equivoche, ad esempio *expert witness*, sono appunto solo qualificazioni equivoche.

I consulenti diranno quel che conviene all'interesse che difendono, vero o falso che sia (tra un momento dirò della cosiddetta *junk science*).

La norma della verità forse cambierebbe lo scenario?

Forse no o forse sì

Dovrebbe essere una norma effettiva, però.

Per tutti.

Accusa e difesa.

Anche il PM che mente o fa mentire i suoi consulenti deve essere perseguito.

Forse aumenterebbe l'igiene processuale, o se volete, il comune senso del pudore intellettuale.

O forse è pia illusione?

Sarei curioso di leggere se e che cosa pensino i processualpenalisti di casa nostra su questo argomento.

5.

Quando c'è di mezzo la scienza, il problema – o meglio, quello che ho chiamato *il paradosso della verità nel processo* – si complica.

Per fare il *gatekeeper* della verità il giudice deve fare il *gatekeeper* della scienza (l'espressione, significa custode o portiere, è di moda, viene da *Daubert*, e poi ne dirò), *ma il giudice, che di scienza non sa, non può essere il custode di un sapere che non possiede.*

È un paradosso nel paradosso.

Le parti – che vogliono solo fare... *goal* e della verità se ne infischiano – rimpinzano il giudice di *junk science* (entrambe le parti, accusa e difesa, anche se ciascuna ribalta l'accusa sull'altra, e così dice un'altra menzogna).

La scienza del processo – proprio perché scienza gettata nel processo – è tutta *junk science* (scienza spazzatura) perché è sempre, per definizione, *scienza parziale*, cioè scienza incompleta (monca della parte inutile o dannosa per l'interesse della parte) e scienza faziosa (contiene solo la parte utile all'interesse della parte).

Che l'interesse dell'una parte sia anche pecuniario – il più delle volte è così – o, come quello della contro parte, coincida con una visione del mondo, e un'idea di giustizia, poco conta.

Le parti sono... parziali.

Il giudice Blaiotta è tra i più colti giudici in circolazione.

Proprio per questo, però, non può credere davvero, come pure pare leggendo Cozzini, 2010, che una delle due parti in guerra porti o costruisca nel processo evidenza imparziale e oggettiva.

Una evidenza di tal fatta non c'è, e se c'è non rileva nel processo, dove – come dirò tra breve – si litiga proprio perché la *res* è incerta e non c'è consenso nemmeno fuori dal processo.

Gatekeeper si traduce nel brocardo... *peritus peritorum*.

Dire che il giudice è il *peritus peritorum* è uno slogan, per di più non troppo intelligente.

Perché sia meno slogan e soprattutto più intelligente, bisogna convincere la nostra piccola comunità a chiedere a gran voce qualche rinforzo epistemico *ad hoc* per i giudici.

Uno pare tanto l'uovo di Colombo.

I giudici, nel loro addestramento, imparino anche i rudimenti di metodo e di contenuto delle scienze che, prima o dopo, si troveranno a dover conoscere per potere decidere.

Oggi non è così.

È un'emergenza culturale.

Ne va della fiducia che la società deve poter riporre nel diritto e nei giudici (o, almeno, negli USA così è stato prospettato il problema).

Riprendo lo spunto alla fine.

6.

La scienza non entra in tutti i processi.

Quando nel processo, almeno all'apparenza non si dibatte di scienza, il giudice, se possibile, sta ancora peggio.

All'alba del XXI secolo, la Cassazione straborda di riferimenti a misteriche massime di esperienza, *l'id quod plerumque accidit*, che, purtroppo, non sono quasi mai esplicitate, anche perché se lo fossero mostrerebbero tutta la loro fragilità e facile falsificabilità (*rectius* falsità) o addirittura la loro... inesistenza.

Codeste massime, qualunque cosa siano, *se esistono* stanno alla scienza come le caverne preistoriche stanno ai grattacieli.

Non ci abita più nessuno.

Anzi non ci si entra proprio più, se non per ammirare qualche graffito.

Il senso comune, per lo più, è scienza di ieri ormai confutata dalla scienza di oggi, scienza scaduta da tempo (così il filosofo Gargani).

Pochi vogliono affrontare il problema.

Troppo difficile e pericoloso.

La verità è che il giudice quando valuta e decide, non fa mai come la banale epistemologia giudiziaria della prova (almeno l'epistemologia di base) gli direbbe che deve fare.

Il giudice non pensa ad alcuna massima d'esperienza quando decide il caso.

Ritorno sul tema nel paragrafo 12.

7.

Il processo non è stato fatto per aiutare il giudice a emettere *ver – dicta*.

Ci sono, nel processo, altri veri e propri paradossi epistemici che lasciano interdetti.

Per rendere al giudice più difficile ancora il compito che già è così arduo, gli illuminati giuristi dell'89, hanno fatto sì che, all'inizio del processo, il giudice, l'unico che abbia il dovere della verità, *sia anche l'unico che dei fatti del processo non sa quasi nulla*, perché il fascicolo che si trova sulla sua cattedra è vuoto, almeno quanto, invece, è pieno il fascicolo del PM che anche le altre parti conoscono, e che racchiude gli esiti delle conoscenze già acquisite in corso di indagini, che, per l'appunto, solo il giudice non può conoscere.

Si vorrebbe che il giudice cominciasse il processo, con la mente pura e libera da pregiudizi, una *tabula rasa* su cui le parti scriveranno, come su una lavagna durante il processo le loro... menzogne interessate.

Brandelli di psicologia ingenua.

Il giudice non è mai una *tabula rasa*, e comincia il processo con la mente affollata di pregiudizi, perché il giudice è un uomo e l'uomo, o meglio il cervello dell'uomo, funziona così.

Per dirla con il lessico di Bayes, il giudice ha sempre dentro di sé *una sua probabilità a priori* (implicita e non numerica) intorno alla innocenza o colpevolezza dell'imputato. *Si chiama pregiudizio*. Se non sa nulla dei fatti già accertati, però, la probabilità a priori del giudice è fondata sul nulla. I bayesiani qui vanno un po' in crisi. Se la conoscenza iniziale è nulla, la probabilità a priori può essere *qualunque valore* da 0 a 1, anche 0, o 0,5 o *qualcosa d'altro?*

Forse se il giudice potesse conoscere il fascicolo delle indagini, prima del processo, la sua intelligenza gli farebbe diradare qualche pregiudizio, e non il contrario, e *la sua probabilità a priori* potrebbe essere più illuminata rispetto all'attuale buio, e, in questo modo, l'applicazione del teorema di Bayes potrebbe funzionare davvero, sin dappincipio.

Invece no.

Il teorema di Bayes è solo *la regola di ragione che impone di cambiare idea*, cioè la probabilità a priori della verità della tesi d'accusa o di difesa, col crescere o decrescere dell'evidenza cioè della prova, col fine di pervenire con un percorso di ragione alla *probabilità a posteriori* del giudizio.

Il problema è che la probabilità, per il bayesiano, è irriducibilmente *soggettiva*, sebbene il modo in cui essa vari risponde a una serie di postulati razionali di intima coerenza. Per il bayesiano, la probabilità oggettiva è un non senso (chi l'ha detto con più forza è un matematico italiano che non è stato *propheta in patria*, ma molto di più all'estero, Bruno De Finetti).

Tornerò sull'argomento.

L'abate inglese non appartiene alla cultura di base del penalista.

... Bayes, chi è costui? Domanda non peregrina e non solo perché non mancano i Don Abbondio a casa nostra.

Don Abbondio si interrogava su Carneade, che era un filosofo scettico dell'antichità che forse per primo ha parlato di verità probabile... un antesignano di Bayes.

Da Carneade a Bayes passando da... Don Abbondio.

Il segreto del fascicolo delle indagini è come il segreto di Pulcinella (mancava solo lui); esiste solo per il giudice che, come il marito cornificato, è l'ultimo a sapere anche se non è il meno interessato.

Non ha senso.

Il paradosso dell'ignoranza del giudice è ovvia causa di incredibili rallentamenti del corso del processo.

Il giudice coscienzioso vuole capire, ma sapendone molto meno di tutti gli altri, *e dovendone sapere più di tutti gli altri*, ha bisogno di molto più tempo per capire, ad esempio, quali trappole epistemiche le parti gli stanno tendendo (o come detto quali trappole il cervello, quello del giudice, gli sta tendendo).

Le agende dei giudici si intasano.

Le udienze vengono rinviate anche di mesi.

8.

Risultato?

Le prescrizioni cadono dal cielo come la manna cadeva dal cielo nel deserto.

Se poco o nulla cambia, e una legge degna di un paese civile sulla prescrizione non sboccia, vuol dire che lo *status quo* va bene a tutti o quasi?

Spero di no.

Alla difesa conviene certamente.

Forse, almeno qualche volta, non spiace nemmeno all'accusa (un'indagine che sia nata per far rumore nella grancassa mediatica, fa più fatica a stare in piedi nel processo).

Il giudice pur non rallegrandosene, può trovarla il minore dei mali (capita che gli sbattano nel processo fatti quasi indecidibili).

Prescrizione significa che il reato è morto ma non si saprà mai se sia stato davvero commesso e da chi.

La prescrizione è il nemico peggiore della verità.

Lascia un pessimo alone.

Basterebbe pensare alla prescrizione del processo Eternit.

Probabilmente il carico della responsabilità sulle spalle dei giudici in quel processo era troppo.

Quel processo – come tanti altri che faranno la stessa fine – è stato del tutto inutile.

Enormi risorse, anche economiche, sono state dilapidate.

Di Eternit ce ne sono a migliaia.

Perché dirne ora?

Nessuno – nel caso Eternit e negli altri decine di casi più o meno simili – saprà mai la verità.

Ne dirò, poi, nella parte seconda.

C'è qualcosa di stupidamente perverso in tutto questo.

O forse no.

Il sistema ha una sua astuzia.

Ci sono processi che vanno e processi che si fermano.

Non è mai chiaro perché.

I palazzi della giustizia non sono sempre trasparenti.

Gli *arcana imperii* però sono accessibili a pochi, agli adepti e ai loro amici.

Ci sono processi il cui esito è predefinito fuori dal processo, con opachi rapporti e intralazzi di potere.

Ci sono avvocati specializzati in questo andirivieni, *sliding doors*, dai palazzi della politica ai palazzi della giustizia e viceversa.

Dirò poi che il diritto da noi tende sempre più a somigliare ad un compromesso pragmatico che riflette variabili assetti di potere locali e nazionali.

Diritto non diritto.

Un legno storto.

Questo, però, è un male senza rimedio.

La mala pianta nasce perché nel deserto non nasce più diritto, o diritto decente.

Quegli avvocati, esperti in questa antica arte, la sapienza del compromesso, sanno che il diritto non c'è, e per questo raccontano favole.

Ci sono giudici che non vorrebbero che fosse così e altri che chinano il capo.

9.

Ogni ritardo del processo aiuta la prescrizione, ed è un ostacolo in più sulla via della verità.

Confesso di non aver mai capito quale folgorazione intellettuale abbia spinto il legislatore a inventare quella stazione intermedia del processo che si chiama 415 *bis*.

Non serve a niente.

Il 99% dei processi sta ferma alla stazione del 415 *bis*, magari anche mesi e mesi, e poi il processo riparte tal quale era prima verso la stazione successiva.

L'udienza preliminare.

Serve o non serve?

Di certo aiuta il tempo a scorrere.

Ci sono giudici dell'udienza preliminare che, per scelta di vita, non aprono nemmeno i fascicoli. Il giudice che rinvia a giudizio non ha alcuna responsabilità, la legge lo tutela, ma se, invece, sentenza il non doversi procedere, deve prendersi rilevanti responsabilità.

Chi glielo fa fare di crearsi da sé un problema?

C'è giudice e giudice.

L'appello?

Ha ragione chi ha proposto l'abolizione del divieto di *reformatio in peius*.

Vuoi l'appello perché credi fermamente nella tua innocenza?

Accetta il rischio che ti vada peggio che in primo grado.

Se no ti accontenti.

La Cassazione?

Ultima istanza, per davvero.

Ci si va solo per discutere di errori di diritto.

La verità del processo è un valore che per esser perseguito abbisogna di drastici cambiamenti alla vecchia macchina del diritto e del processo.

I processi debbono diminuire di 10, 20, 100 volte.

Tocca alla politica.

Ci sta certo già pensando, come al solito.

Di sicuro è al lavoro più di una di quelle pletoriche commissioni di studio, che servono solo come fiera della vanità di chi è chiamato a farne parte.

Ci vuole il rasoio di Occam, o, se volete, molti colpi di spada sugli innumerevoli nodi gordiani del sistema.

Ci vuole coraggio.

Non Don Abbondio.

10.

Gli artefici del processo dell'89 avevano fede nella oralità e nell'immediatezza.

Veri idola fori.

I due valori epistemici di oralità e immediatezza dovevano essere i migliori amici della verità.

Che fine ha fatto l'immediatezza?

Il processo procede come un pachiderma di rinvio in rinvio, di mesi e mesi, in cui all'udienza dopo nessuno ricorda che cosa è stato detto all'udienza prima.

Che fine ha fatto l'oralità?

Col passare del tempo, tra un'udienza e l'altra, le impressioni che il giudice può aver avuto avendo fatto esperienza visiva e uditiva della deposizione orale di un testimone o di un consulente, si affievoliscono, e il giudice, per ricostruire qualcosa di quel che aveva visto e udito all'udienza di molti mesi prima, *non ha che da leggere le trascrizioni, e così l'oralità va a farsi benedire.*

Qualcosa il giudice ricorda dell'udienza.

Qui, però, scatta un'altra trappola epistemica.

Il giudice, più passa il tempo, più è facile che costruisca nella mente una immagine del dibattito in udienza che è molto diversa dalla immagine che aveva avuto nell'immediatezza dell'udienza.

La memoria non è un archivio, da cui estraiamo, alla bisogna, il *file* che ci serve e che rivediamo sul *display* del computer mentale tal quale l'avevamo vissuto al tempo del fatto.

Il ricordo è, ogni volta, una *nuova costruzione mentale* del fatto che era stato esperito con i sensi.

Molto si perde, e non poco s'inventa.

Vale per il giudice e vale per il testimone la cui deposizione il giudice raccoglie.

La madre di tutte le massime di esperienza in uso nel processo, che dice più o meno "*salvo che ci siano ragioni speciali per dubitare della credibilità del testimone, il testimone è credibile*", traballa paurosamente.

Più tempo passa dal fatto, più aumenta la probabilità che il testimone possa mentire, *senza rendersene conto*, credendo, anzi di aver detto la verità. Più passa il tempo, meno sarà agevole per il giudice capirlo.

Il neuropsichiatra Strata ha spiegato benissimo il pericolo dell'abuso della testimonianza nel processo (Strata – uno dei più importanti neuroscienziati d'Italia – è stato consulente nei processi della strage di Erba e dell'omicidio di Marta Russo. Chi ha buona volontà trova tutto sul sito web del professor Strata, che io non conosco se non per averlo letto).

Il tempo passa e questo non aiuta il giudice a trovare la verità.
Anzi. L'impresa diventa ogni giorno più difficile.

Immediatezza e oralità non esistono più.

Che cosa si fa?

I Presidenti di Tribunale o di Sezione dovrebbero rivitalizzare i processi con dosi di immediatezza e di oralità, ad esempio dovrebbero programmare un calendario *per processo e non per udienza*.

Il processo che non termina oggi, prosegue domani e dopodomani.

Questo mese faremo solo i processi A, B e C.

Il mese prossimo C, D, E ed F.

E così via.

Non si può?
Non ci credo.

Agli avvocati non conviene?
Non stento a crederlo.
Si adatteranno.
In altri Paesi è così ed ovvio che sia così.

11.

All'altro estremo del processo – quello normale – che farà morire il reato di morte innaturale, cioè di prescrizione, c'è la macchina iperveloce del processo per direttissima che, invece, non corre mai o quasi il pericolo di fermarsi in mezzo al deserto della prescrizione.

Tutto è fin troppo immediato, qui.
Il destino dell'uomo – *di regola corrisponde al tipo antropologico del miserabile che affolla la galera* – si gioca in pochi minuti.

In quella catena di montaggio, c'è il tragico pericolo che il giudice non abbia né tempo né modo di comprendere nemmeno quel che gli serve per giudicare l'uomo che fa la parte dell'imputato.

Più l'imputato è debole, meno è difeso, ma è anche vero l'opposto. Più l'imputato è debole peggiore è anche la qualità dell'accusa.

Il giudice non ha molte alternative.
Si fa bastare quel poco che c'è.
L'uso della parola verità, in questi casi, è improprio.
Quale altra parola usare, però?

Ho già accennato il mio pensiero sui pericoli della burocratizzazione del processo.

La deumanizzazione del giudice obbligato a deumanizzare l'imputato.

C'è bisogno davvero di tutta questa fretta soprattutto quando nell'altra ala del palazzo – dove si fanno anche processi ai potenti – il tempo viene consumato con soave indifferenza e con la complicità di tutti?

La fretta eccessiva è nemica della verità almeno quanto lo è la spossante lentezza.

12.

Come decide il giudice?

Hic sunt leones.

Dirò in altra parte del dogma del libero convincimento.

Per ora basti questo.

Libero convincimento significa il contrario della prova legale, e, quindi, significa che la legge non deve mettere becco nel sacro foro interno della coscienza del giudice.

Il giudice, quindi, se vuole – ma anche se non vuole, come dirò tra un momento - può fare e disfare tutto.

Il sillogismo giudiziario (meglio sarebbe dire induttivo o abduttivo) è solo il modo con cui, ormai tratteggiatamente e stancamente, si razionalizza *ex post* il processo mentale che ha condotto il giudice alla sentenza.

Dov'è il problema?

Il processo mentale del giudice non segue affatto le strettoie del sillogismo giudiziario.

Mai.

Il giudice conosce il fatto, ovvero *percepisce di aver preso conoscenza di un fatto*, perché si sono attivati ed hanno agito, quei circuiti neurali del suo cervello che contengono innumerevoli moduli e schemi interpretativi degli input del mondo che gli vengono dai sensi, moduli e schemi costruiti nei millenni – o ancor più in milioni d'anni – dall'evoluzione, perché utili alla sopravvivenza, e che sono stati integrati e raffinati dalla cultura e da tutto quel che ha avuto sul cervello effetti di forza tale da restarvi impresso.

Conoscere è per davvero interpretare.

Il problema?

Per lo più i circuiti neurali che elaborano l'informazione e la traducono in schemi interpretativi del mondo che sono la base della conoscenza, sono *inconsci e automatici* (Jervis, ma in questo senso è tutta la scienza cognitiva contemporanea e non da poco tempo; si legga in proposito oltre a Jervis il libro scritto dall'allievo di Jervis, Marraffa, con Paternoster).

La coscienza del giudice acquisisce il prodotto finale, la conoscenza intuitiva se A o non A, ma egli stesso ignora come e dove sia stata prodotta dal suo cervello quella conoscenza.

Questo vale anche per i processi cognitivi più alti e nobili.

La Divina Commedia e il Don Giovanni di Mozart.

In quei circuiti antichi si annidano, però, anche quei meccanismi, altrettanto inconsci e automatici, che producono il male che è in noi...

L'introspezione – cioè l'accesso consapevole a noi stessi – raramente o forse mai penetra quei meccanismi dove si producono le decisioni che, appunto, sono e restano inconsci e funzionano in automatico.

L'introspezione ci regala *false certezze*.
Non siamo trasparenti a noi stessi.

Che cosa significa?
Che la storiella delle massime d'esperienza, è appunto, una storiella.

Non basta ancora.

Il cervello umano, e soprattutto quella strana e misteriosa entità che chiamiamo coscienza, possiede una *fortissima e naturale propensione all'autoinganno*.

L'introspezione è una confabulazione, il più delle volte, autodifensiva, una interpretazione di noi stessi, o meglio del nostro cervello, illusoria, cioè non corrispondente al vero, perché non accede quasi mai alla verità che è inconscia.

L'introspezione ci è utile, e ci lasciamo convincere che sia vera, perché *la fragilità del nostro io* ha bisogno di costruirsi giustificazioni *ex post* accettabili dal punto di vista sociale, di quel che il cervello cognitivo inconscio – all'insaputa della nostra coscienza, quindi del nostro io – ha deciso di voler decidere di fare.

Nessuno ammette volentieri il male che è in lui e che, talvolta, sta alla radice dell'interpretazione che egli dà del mondo e degli altri, intorno a sé.

Ciascuno di noi saprà raccontarsi belle e piacevoli narrazioni per occultare quel male.

Il cervello del giudice non fa eccezione.

Rimedio?

Uno solo, come al solito.

Insegnare al giudice quali trappole e trabocchetti il suo cervello gli potrebbe propinare, mentre egli *crede* di giudicare secondo ragione e coscienza.

La ricetta è più e più scienza e scienza cognitiva, e se si deve rinunciare a qualcosa, un po' meno diritto (quello s'impara strada facendo, quando al giudice tocca usare quella norma o quell'altra).

Ne accennerò più e più volte.

Una buona *summa* delle conoscenze sui pericoli dell'autoinganno del cervello è contenuta nel libro dell'eminente psicologo e premio Nobel per l'economia Daniel Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*.

Ogni giudice dovrebbe impararlo quasi a memoria.

Si dirà che il giudice è tenuto a motivare le ragioni della sentenza.

Appunto.

Razionalizzazioni coscienti *ex post* di processi mentali inconsci.

Confabulazioni.

Chiunque, intellettualmente normodotato, sa motivare qualsiasi cosa e il suo contrario.

Tutti sanno che è così.

Il problema vero, però, tende a restare dove sta, invisibile.

Il problema della efficienza epistemica della libertà del convincimento del giudice, cioè *il problema vero*, resta, così, al solito, coperto dagli slogan a buon mercato del *peritus peritorum* o dal salvifico richiamo al senso comune.

13.

Il diritto ignora tutto della psicologia scientifica evoluta e, quindi, non ritiene di predisporre cautele contro la proliferazione di *bias* che percorrono per intero il processo decisionale del giudice e che potrebbero almeno essere ridotte in pericolosità, se il giudice ne fosse al corrente.

Il diritto pretende, però, dal giudice che condanni solo se la prova d'accusa è B.A.R.D., ma questo sistema dovrebbe essere più stupido di quel che è, se davvero non sa che *B.A.R.D. deve per forza di cose essere una finzione collettiva*, altrimenti la macchina dei processi – direttissime o... accelerati lentissimi trenini del nulla – non potrebbe produrre il *quantum* di condanne che la società pretende dal diritto.

Dopo la positivizzazione di B.A.R.D. il numero dei carcerati – raccolti nelle file dei consueti sottogruppi di *outsiders* dell'umanità inutile che il diritto tratta con predilezione – è naturalmente cresciuto.

B.A.R.D. sembra aver avuto l'effetto opposto a quello per cui fu voluto.

Probabilmente è proprio così.

Una regola come B.A.R.D. è fatta apposta per stimolare quelli che Kahneman, che prima ho raccomandato, chiama i circuiti del *pensiero veloce*, che è il pensiero intuitivo, il pensiero che vuole arrivare più in fretta che può e che cerca ogni scorciatoia – e incappa in ogni genere di *bias* – per vincere l'angoscia del dubbio o *neppure dover sentire l'angoscia del dubbio*.

Non si vuol dar credito a Kahneman?

Rileggiamo Francis Bacon che, forse per primo, ha smitizzato la ragione umana, comprendendo che la maggior parte degli errori che facciamo è proprio dovuta alla struttura del nostro intelletto.

Ai giuristi piace Cartesio più di Bacon.

Una lievissima digressione, un *divertissement*.

Un avvocato, in un'arringa, ha attribuito a Cartesio – tanto evidentemente ne conosceva ed amava il pensiero – un fratello gemello, di nome... Descartes.

Chissà se costui, l'avvocato, avesse conosciuto anche il filosofo... Bacon.

Che ne sarebbe venuto fuori?

Torno a cose serie.

L'uomo cartesiano ha una ragione infallibile se la usa come si deve e il suo solo problema è di impedire che le passioni intorbidino la ragione.

Giudice, quando giudichi, non permettere che le emozioni inquinino la tua ragione!

Lo dice Cartesio.

Poi lo dirà anche Kant.

L'uomo di Bacon, invece, erra perché la ragione, di cui pure va fiero, ha delle falle e produce errori sistematici da cui ci si deve difendere.

L'uomo cartesiano (e non quello di Bacon) e poi l'uomo kantiano sta alla base della moralistica immagine vittoriana dell'uomo borghese di due secoli orsono, e su codesta base il diritto è tuttora costruito.

È un'immagine anacronistica.

L'ho già scritto e lo scriverò ancora.

Il ritardo del diritto è colossale (al di là della famiglia Cartesio).

La scienza cognitiva sta molto più dalla parte di Bacon che di Cartesio.

L'uomo è assai più complicato di quanto non convenga credere.

Le attuali conoscenze scientifiche considerano implausibile e troppo ingenuo, districare il pensiero dalle emozioni, perché l'uno non esiste senza le altre, e viceversa.

L'"io penso, dunque sono" è diventato prima "io sento, dunque sono" e poi "io sento, dunque penso, dunque sono (forse)".

Questo passo si trova in un articolo firmato da Panksepp e Solms, due tra i più grandi neuroscienziati contemporanei. Entrambi sono adepti di quella corrente delle neuroscienze – chiamata *neuropsicoanalisi* – che sta cercando e trovando le basi empiriche di alcune almeno delle intuizioni di Freud.

14.

Il confine tra ontologia – la verità – e l'epistemologia – la conoscenza – diventa fragile.

L'epistemologia, come branca della filosofia lo ha capito e tende, ormai, a sparire, perché gli epistemologi contemporanei, coerentemente, debbono prendere atto che *quel che chiamavamo epistemologia è ormai solo psicologia cognitiva scientifica*.

L'epistemologia, cioè, si è naturalizzata.

Qualcuno dirà che questa è la solita fallacia naturalistica.

La psicologia spiega l'essere del pensiero che conosce, l'epistemologia detta le regole che il pensiero che conosce deve seguire.

Il problema è che anche le regole del pensiero sono prodotte dal pensiero che è un prodotto del cervello conoscibile solo... con la psicologia.

Non significa che dare regole al pensiero faccia male.

Tutt'altro.

La conoscenza della psicologia ci aiuta faticosamente a correggere e migliorare la conoscenza di noi stessi, e, forse, ci aiuta a evitare marchiani errori.

Le regole del pensiero, però, debbono essere aggiornate sulla base della più plausibile immagine di uomo che oggi abbiamo.

Molti pensano che queste preoccupazioni non sono preoccupazioni del diritto e dei giuristi.

Strano.

Il diritto non dovrebbe occuparsi di ridurre la probabilità che il giudice incappi in qualche errore sistematico che la scienza conosce e che se il giudice avesse conosciuto, forse avrebbe evitato?

Meglio, quindi, il libero convincimento così com'è ora o una nuova approfondita epistemologia giudiziaria, fondata su basi scientifiche, cioè anche sulle scienze cognitive e le neuroscienze più evolute?

Tornerò sul tema.

15.

C'è chi si occupa di epistemologia giudiziaria.

Ho per le mani, proprio ora, un fascicolo della rivista *Law Probability and Risk. A journal of reasoning under uncertainty* (Oxford Academic).

Fa parte del *board* il filosofo Garbolino, cui dobbiamo riconoscere di aver scritto due magnifici volumi – un libro, *I fatti e le opinioni*, e un manuale sulla probabilità, *Probabilità e logica della prova* – di grande spessore e valore... che, però, tra i giuristi, avranno letto in pochini.

Il problema di quella rivista, almeno per me, è la inintelligibilità.

L'umanista guarda con sospetto la formula matematica.

Io per primo.

Non pare una rivista fatta per i giudici o i PM o gli avvocati.

Chi fa epistemologia giudiziaria sulla probabilità è oggi una piccola setta di iniziati.

Meglio di niente.

Resteranno però sempre una setta se non capiranno da dove partire.

Prima di affrontare di petto la probabilità con i suoi esoterici tecnicismi, ci vuole un cambio culturale di paradigma che interessi l'intero diritto.

Bisogna partire dall'inizio.

Che cos'è la probabilità?

Quale immagine del mondo presuppone?

Quale è l'immagine del mondo che, da sempre, invece, il diritto presuppone o *si illude di possedere*?

Il probabile impone cambiamenti drastici al diritto e al processo, che sono formati a immagine e somiglianza del fatto duro e necessario e certo (altro che liquido)? oppure no?

Se sì quali? e dove, in quali snodi del sistema del diritto e del processo?

Ovunque?

PARTE II

1.

Ritorno all'inizio.

Forse, infatti, le premesse che ho fatto non sono vere.

Forse non è vero che il giudice mira alla verità e quindi che è necessario che il processo sia costruito per quel risultato.

In effetti anch'io ho dato per scontata la definizione di verità.

Invece bisogna renderla chiara.

Deve bastare, per iniziare, la classica definizione di conoscenza che risale a Platone.

Conoscenza è credenza, cioè opinione, vera e giustificata, cioè provata.

Verità è questione di metafisica, giustificazione di epistemologia (anche se come ho detto il prorompente successo delle neuroscienze sta scombinando le tradizionali linee di confine).

Qualche volta l'equivoco sta nelle parole.

Chi intende verità (con la v maiuscola) come l'*episteme*, cioè la verità assoluta, quella che scopriremo (forse) dopo la morte del corpo, quando l'anima avrà accesso al platonico Iperuranio delle Idee, parla d'altro.

Il diritto e il processo si occupano di fatti intorno a cui è possibile solo la *doxa*, cioè l'opinione su come sono andate *hic et nunc* le cose.

Verità è "solo" come sono andate le cose.

Qui su questa terra.

Il PM dice che Tizio ha causato l'evento?

L'accusa che "Tizio ha causato l'evento" è vera se e solo se è vero che Tizio ha causato l'evento ed è falsa in ogni altro caso.

Non è minimamente necessario complicare di più la matassa.

Ad esempio non serve parlare di Tarsky e di linguaggio e metalinguaggio (io, però, le virgolette le ho messe... a scanso di equivoci).

Bastano Platone e Aristotele.

Va bene anche Tommaso D'Aquino.

Non va bene, almeno per me, la verità in senso semantico che propone Ubertis (autore del primo manuale di epistemologia giudiziaria, almeno che io sappia).

L'autore propone la verità semantica perché, secondo lui, questa nozione è l'unica che possa aspirare al rango di neutralità e avalutatività che sono – come sappiamo tutti – l'abito che si addice allo scienziato del diritto.

Ho già scritto il mio pensiero sulla pretesa di oggettività e imparzialità della sedicente scienza del diritto.

Il problema è che la verità semantica non serve a nulla.
Non risolve nemmeno un problema al giudice.

In breve.

La verità è una, le cose sono andate in un solo unico modo, ma le menzogne sono plurime, pressoché infinite (D'Agostini).

Il giudice deve cercare l'unica verità.

2.

La cultura contemporanea manifesta sempre una certa diffidenza per la parola verità, crede che sia un mito irraggiungibile o che la parola sia un po' troppo impegnativa e, invece, *quella parola è così basilare da essere irrinunciabile* (D'Agostini, Introduzione alla verità).

Dire la parola "fatto" significa usare il concetto di verità, perché, anche se in modo sottinteso, se dico "fatto" dico anche che quel fatto è "vero" (o chi mi ascolta o mi legge pensa così).

Che la verità sia semplicemente "come sono andate le cose" non è, malgrado le apparenze, così facile da accettare.

Il problema di cui dirò a breve che, spesso, non è più facile nemmeno dire che cosa sia "fatto".

Sgombro il campo dai problemi falsi.

Il filosofo Marconi ha replicato alla Consulta che, in una sentenza degli anni '80 del secolo passato, disse che lo scopo del processo non è la verità ma l'accertamento del fatto.

Il siparietto è più o meno questo.

"Il giudice non mira alla verità ma alla verità processuale.

Che cos'è la verità processuale?

La verità processuale è l'accertamento del fatto nel processo cioè l'accertamento di come sono andate le cose.

Che cos'è la verità... non processuale?

L'accertamento del fatto, cioè l'accertamento di come sono andate le cose.

Che differenza c'è tra verità e verità processuale?

Non c'è differenza.

Appunto".

Il giudice non è uno scienziato né uno storico.

È vero.

Al giudice interessa una parte di fatto che, forse, interessa meno allo storico o allo scienziato.

Il fatto cui il diritto, cioè la proposizione linguistica convenzionalmente definita diritto valido o legittimo, si riferisce.

Per il giudice la verità ha un valore etico *oltre che gnoseologico* che può anche non avere, o non essere così in alto, per uno storico o uno scienziato.

Che cosa significa, però, l'eccezione di questa differenza che sempre viene opposta?

Chi dice verità processuale pensa – senza dirlo chiaramente – a qualcosa d'altro.

Dietro la verità processuale c'è un intero universo, quello in cui ho provato a muovere qualche passo nella prima parte del lavoro, che già ora mi pare così piccola cosa.

Una dimensione tacita e oscura del diritto che si svela nel processo.

Di questa dimensione oscura ce n'è una versione divertente e una assai meno.

Gli avvocati sono abilissimi a spiegare al cliente che tutto quel che il cliente sa o crede di sapere non conta quasi nulla, ("Lascia la verità o tu che entri, perché da qui in poi conta solo la verità processuale") perché quando si varca la soglia della legge (ammesso che la si possa varcare...) tutto cambia, e solo loro, gli avvocati, sacerdoti, col giudice e il PM, di un rito esoterico che conoscono solo loro, sanno muoversi in quel labirinto.

Il guaio è che, spesso, gli avvocati, cioè noi, abbiamo ragione.

Il rito del processo è molto più misterico di quanto dovrebbe.

Colpa di tutti gli attori e del successo di un gergo oscuro pseudo tecnico che, come sempre, cresce col decrescere della chiarezza di quel che si sa o si può dire.

Un Autore che ha pubblicato su DPC, ha rilevato il pessimo stile con cui è scritta la letteratura penalistica in Italia.

È vero.

L'Autore doveva andare oltre e chiedersi il perché di questo stile scadente e scaduto.

L'altro lato più oscuro del senso della domanda di sopra, è la dimensione più buia del diritto.

Il diritto che fa l'occholino alla verità, cioè *se ne disfa senza scrupoli*, quando – per qualche ragione – qualcuno nella società vuole violenza da parte dello Stato, per ragioni che non vengono mai alla luce nella loro verità.

Verità processuale diventa sinonimo di una sorta di *arcana imperii*.

3.

Qualcuno, invece, crede davvero che il processo non miri alla verità – magari perché, come lo scetticismo post moderno predica, la verità non c'è o è molteplice come lo sono i punti di vista –.

La verità come *costruzione sociale* è uno spettro pericoloso.

Significa che non esiste una verità oggettiva (che è diverso dal dire che la verità c'è ma è difficile da trovare), perché ci sono solo plurime verità soggettive, costruite sulla base di assunzione teoriche o visioni del mondo.

Nel linguaggio che ho provato a introdurre, si potrebbe dire che il costruttivista, o post strutturalista, *identifica la verità con la giustizia* e quindi annulla la prima nella seconda.

Battersi per la verità significa per chi segue, consapevole o no, questa pista, solo battersi per la giustizia e contro l'ingiustizia. Costoro diffidano della verità, perché sospettano sempre che dietro ci sia sempre lo zampino della ideologia, anzi una forma di dispotismo inaccettabile, di chi pretende di battere il pugno sul tavolo e chiudere la discussione, dicendo "questi sono i fatti".

Nella prassi dei nostri processi, la pratica ideologica del costruttivismo della verità è tutt'altro che infrequente.

Spesso significa che una parte, più frequentemente l'accusa, crede di poter cedere qualcosa – spesso molto – all'onere della giustificazione empirica della verità della propria tesi, cioè ritiene di poter dire vere e proprie falsità o di non dover portar prove della verità di quel che dice, *perché preferisce costruire narrazioni giustificate in nome della giustizia di cui si sente portatrice*.

Se si instaura un dialogo, e si chiede se la tesi che l'accusa propugna è corroborata dalla scienza, è facile sentirsi dire dai paladini dell'accusa che la scienza – cui di regola le difese

cercano di riportare il discorso –, è una costruzione sociale perché la scienza è quel che il potere costituito vuole che sia.

Il costruttivismo ha eminentemente una funzione di critica del mondo, qualcuno sostiene che abbia anche una carica di emancipazione e libertarismo.

Il costruttivismo, si arriva a dire, è liberale e democratico.

Negli ultimi decenni del secolo scorso, il relativismo era *trendy*.

Ora un po' meno.

Di relativismo il diritto e il processo muoiono.

Il bello o il brutto è che, talvolta, i costruttivisti hanno davvero ragione.

La storia della scienza è piena di silenzi di scienziati o di menzogne di scienziati comprati da chi ne aveva interesse.

Il caso dell'amianto è un esempio terrificante.

Ne dirò poi.

Talvolta, però, non significa sempre.

Se l'accusa porta le prove che la scienza che propone la difesa è viziata da conflitti di interesse che si sono tradotti in vizi di metodo o *bias* per favorire un interesse, quello dell'industria, sugli altri, quelli dei lavoratori di quell'industria, e che questi vizi e *bias* se corretti cambiano il risultato dell'esperimento o dell'osservazione, allora l'accusa avrà ragione e la difesa torto.

Altrimenti taccia.

Capita, invece, con troppa frequenza che i consulenti dell'accusa brucino su pire metaforiche le figure dei consulenti della difesa, solo perché rei di essersi venduti all'industria, che è il nemico.

L'argomento *ad hominem* serve sempre a nascondere la pochezza dell'argomento *ad rem*.

Il costruttivista, di regole, sa benissimo se la sua narrazione è vera o no, nel senso classico del termine.

Il costruttivista quindi spesso costruisce menzogne.

Il processo *adversarial* è una guerra di parole.

Qualche limite, però, esiste.

Per tutti.

Dall'altra parte, la difesa non è da meno.

Avvocati della difesa spacciano per scienza quel che dice il loro consulente, e per non scienza quella della contro parte.

Come se il giudice non sapesse che, per preparare quel consulente al processo, c'è voluto un lungo *training* in studio, durante il quale lo scienziato è stato educato su quel che da consulente può dire e su quel che invece non può dire.

Non tutti gli scienziati, alla fine, si prestano a fare da consulenti perché fare da consulenti è un po' essere usati per l'uno o l'altro scopo.

Negli USA gli scienziati migliori non fanno quasi più i consulenti, e i consulenti non sono quasi più i migliori tra gli scienziati di quel campo.

Da noi, nei processi per colpa medica, accade già così.

La colpa medica è stracolma di esempi orridi.

Mestieranti del processo fabbricano accuse a imputati colleghi che sanno e hanno fatto in vita assai più di quel che quei consulenti sapranno o faranno mai.

Sul *set* del processo, però, quei mestieranti recitano decentemente, e, se vogliono, sanno come turlupinare il giudice.

Questo è un altro ostacolo sul cammino della verità.

Come portare gli scienziati migliori nel processo?

4.

Sentenze assai belle come Cozzini, rischiano di fare più male che bene.

Ne dirò poi.

Ora un solo cenno.

La Suprema Corte, con la voce di uno dei giudici più intelligenti in circolazione, Blaiotta, chiede che i giudici di merito scioglano il *rebus* se una certa vessatissima questione – A o Non A? – sia o non sia coperta da una legge scientifica universale, *definita come la legge su cui la comunità scientifica è d'accordo*.

Dov'è il problema?

La raccomandazione rischia di essere ininfluenta o addirittura dannosa, perché la questione A o Non A non sarebbe vessatissima neppure nel processo se gli scienziati fossero d'accordo nel senso A o Non A.

Nel campo ontologico dove stanno i fatti che entrano nel processo le leggi di natura universali, purtroppo, non ci sono mai o quasi mai.

Non è difficile capire perché.

Se la comunità degli scienziati (espressione ambigua quante mai) fosse davvero d'accordo intono alla legge di natura A, è altamente improbabile che nasca un processo – o addirittura una pletora di processi interminabile – in cui si discuta intorno ad A.

Il consenso su A, quando c'è, salta fuori facilmente.

Il processo, di regola, si fa proprio quando intorno ad A un consenso nella comunità degli scienziati (che non è il monolite che si potrebbe ingenuamente credere) non c'è.

Ci sono fatti – come quelli che l'epidemiologia tratta – che sono intrinsecamente incerti perché la linea di confine tra fatto e teoria, o tra fatto e visione del mondo, non è così netto.

L'epidemiologia ha uno statuto epistemico ambiguo.

Sta tra le scienze della natura e le scienze umane o della società.

Tra un attimo parlerò del *dubbio statuto ontologico e epistemologico* del rischio relativo, cioè del parametro chiave della statistica applicata all'epidemiologia.

Che un rischio relativo sia un fatto o no è matassa difficilissima da sbrogliare. Talvolta non è decidibile, se non ci si è accordati sulle regole della decisione.

Una buona intenzione come quella di Cozzini può produrre quindi frutti indesiderati.

Nel clima di guerra civile religiosa che si respira intorno a certi processi (parlo dell'amianto, ma non solo), era prevedibile che se la Cassazione avesse manifestato la pretesa di una buona motivazione intorno alla esistenza di una legge di natura universale ai fini di una condanna, come ha fatto in Cozzini, nel 2010, qualcuno avrebbe cercato il modo di costruire le condizioni per *poter indurre un giudice a dichiarare che esiste un consenso scientifico intorno a una legge universale che, invece, non c'è.*

Come si fa?

Ad esempio si costruisce un consenso – anzi un *consensus* – che non c'è, perché si invitano al *consensus* quasi solo gli scienziati che condividono la tesi A.

Gli altri?

Gli altri, che magari propendono per Non A, non sono stati invitati, perché sono considerati non meritevoli perché tutti venduti all'interesse del datore di lavoro che vuole non A.

Storia istruttiva di cui dirò poi, in tema di causalità da amianto, e meglio di me, dirà Alexander Bell in un lavoro *ad hoc* che sarà presto pubblicato su DPC.

Gli scienziati che hanno messo in piedi una formidabile trincea proprio per valicare il muro costituito da Cozzini, sono certissimi e in perfettissima buona fede, d'aver *costruito una tesi giusta e d'essere quindi dalla parte del giusto*.

Forse hanno anche ragione.

La morte da amianto è una tragedia che doveva essere impedita o minimizzata. Invece durerà, implacabile, ancora per decenni.

Una strage di Stato.

Il problema è che gli scienziati che hanno fabbricato il *consensus* non sono dalla parte del vero, perché il consenso sulla tesi A non c'è se non tra coloro che erano già d'accordo prima.

Il muro di Cozzini non è un muro solido, però, se si presta ad essere eluso così.

Anche questo è un problema.

Parlare di verificazionismo empirico, probabilismo o fallibilismo, o salti di paradigma kuhniani, o di costruttivismo sociale, per cercare la linea di demarcazione tra scienza buona e scienza cattiva, produce versioni semplificate di un problema, *il problema della demarcazione o della valutazione normativa delle sedicenti teorie scientifiche*, che è così difficile che l'intera filosofia della scienza del XX secolo ha provato invano a risolvere.

Né *Daubert* né Cozzini possono sperare di risolverlo.

Non deve esserci neppure il sospetto che questo parlare serva, in qualche modo, a celare, cioè come alibi per non dover dire l'ovvio, che, invece, io ho già detto fin troppe volte.

Il giudice non sa di scienza.

Se questo è il vero problema, pensiamo alla soluzione vera.

L'uovo di Colombo.

5.

Altri sostengono che, pur non spingendosi agli eccessi del relativismo o costruttivismo, il giudice e il processo devono mirare a qualcosa di meno della verità magari devono accontentarsi di qualche *compromesso pragmatico* tra le parti in conflitto.

Il pragmatista (da Peirce a James) è un filosofo che ritiene che quel che conti davvero sia ottenere la conoscenza sufficiente per risolvere *un problema pratico*, a sciogliere un dubbio sulla necessità di un'azione, che, in qualche modo angustia e inquieta e, quindi, si vuol risolvere.

Ci sono versioni sofisticate di pragmatismo che sottolineano sì la necessità di una verità, ma di una verità (con la v minuscola) che sia *discorsivamente negoziabile e negoziata* tra i parlanti.

L'agire comunicativo di Habermas confida che quel poco di etica che si può ancora praticare, dopo Kant, richieda la ragionevolezza delle parti, cioè che le parti cooperino tra loro per trovare una verità.

I parlanti debbono condividere il *telos* dell'intesa.

Wishful thinking.

Nel processo penale, come ho già detto, invariabilmente, ci saranno almeno due parti che vogliono risolvere *lo stesso dubbio*, ma lo vogliono risolvere, pragmaticamente, *in due modi opposti tra loro*.

Il giudice che deve decidere è angosciato e pragmaticamente vorrebbe una via d'uscita. Da dove viene l'angoscia?

Gli hanno insegnato che il peccato mortale non è decidere bene o male ma non decidere.

Il peccato mortale del giudice è il *non liquet*.

Un *non liquet*, però, spesso è la decisione più ragionevole di una *res* troppo incerta.

Invece no, da noi risuona come *denegata giustizia*.

Non sia mai.

Ai teorici della ragionevolezza del e nel diritto dovrebbe bastar questo per convincersi di quanto poco ragionevoli siano il diritto e il processo.

6.

Un esempio di compromesso pragmatico che prende il posto del *ver – dictum* è la prescrizione del processo Eternit dichiarata in Cassazione.

Il processo era immane.

Umano, troppo umano, che i giudici di Cassazione abbiano sentito il peso terribile della responsabilità.

Che cosa ne è saltato fuori?

Una strana prescrizione.

La prescrizione del disastro ambientale è stata fatta correre dal tempo della chiusura dello stabilimento.

Perché?

Proviamo a razionalizzare quel che si può.

È reato istantaneo il disastro?

Chissà.

Se il tempo della consumazione dura anche anni (tutto il tempo della vita dello stabilimento), vuol dire che l'istante della consumazione può durare anni.

L'istante della consumazione che dura negli anni però non è un istante (la contraddizione non lo consente) ma, al più, è un macro – istante che è la somma di innumerabili istanti.

La somma di tanti istanti, però, non si definisce meglio come *un'unica durata* che permane nel tempo?

Il *timing* della prescrizione scatta nell'istante in cui la condotta, la chiusura dello stabilimento) cessa?

La somma innumerabile degli istanti in cui è durata la condotta commissiva, consistita nella conduzione dello stabilimento, finalmente, si ferma, in un altro ben preciso istante, in cui la condotta commissiva cessa, perché chiude lo stabilimento, o lo stabilimento è venduto.

Tutto chiaro?

Più o meno.

E dopo?

Tutto quel che accade dopo il fatidico istante in cui cessò la condotta commissiva, cioè la lunga serie di istanti successivi, in cui – secondo l'accusa uomini e donne morirono e si ammalarono – sarebbero *solo* la permanenza degli effetti del delitto che si è consumato o ha finito di consumarsi dall'istante fatale in cui cessò la condotta, cioè lo stabilimento chiuse.

La costruzione, forse, regge, molto forse... se non dovesse presupporre un miracolo. Dov'è il miracolo?

Chi chiude uno stabilimento che, in ipotesi d'accusa, è una bomba, deve anche disinnescare la sua bomba.

C'è l'art. 40 capoverso del codice penale, o no?

Qui le difese giocano il loro gioco. Sostengono a voce alta che l'obbligo giuridico di bonifica e messa in sicurezza esiste solo dal 1997 o addirittura dal 1999.

Le difese confondono ad arte l'obbligo di bonifica e messa in sicurezza, con l'obbligo di impedire che la mia cosa (o la cosa di cui ho la custodia) possa cagionare danni a terzi.

Se l'obbligo di bonifica o messa in sicurezza nasce più o meno tardi nella storia del diritto del nostro capitalismo, l'obbligo di impedire che la mia cosa (o la cosa di cui ho custodia), sia una bomba o altro, non deflagri creando pericolo illecito, *esiste dacché esiste la società umana*.

Chi non dubita che io risponda del danno causato dal mio pitbull che ha aggredito un uomo, non può dubitare invece della mia innocenza se non impedisco che una bomba grande come centomila pitbull meccanizzati, magari droni, metta in pericolo la vita e la salute della società.

Chi lo nega... fa il suo interesse, nient'altro.

Il datore di lavoro di Eternit – in ipotesi d'accusa – pare che chiuse sì lo stabilimento, ma non impedì che nella successiva serie di istanti accadesse ancora dispersione in aria di *nuove* fibre di amianto che causarono *nuovo* pericolo.

La condotta, prima commissiva ed omissiva (la condotta commissiva – conduzione dello stabilimento – si confonde ontologicamente con la condotta omissiva – il mancato impedimento che esso, lo stabilimento, non producesse pericolo), dopo la chiusura, *si trasforma e resta solo la condotta omissiva*.

L'omissione di cui all'art. 40 capoverso, poi, dura altri innumerevoli istanti, fino all'istante in cui l'evento di pericolo sia stato finalmente impedito, cioè fino all'istante in cui il colpevole delle condotte commissive abbia fatto sì che le fibre letali di amianto non potessero più entrare nei polmoni degli uomini e delle donne (e questo istante non coincide con la bonifica, ma è del tutto indipendente da esso).

Invece no.

Per la Cassazione Eternit l'art. 40 capoverso del codice penale sparì quando decise quel disastro, e proprio quando doveva apparire, al suo posto, comparve la prescrizione.

Qui sta il miracolo.

O il compromesso.

Dichiaro il mio conflitto di interessi, perché, difendo due parti civili in un processo, celebrato in Abruzzo, che ha per oggetto un disastro ambientale, che ha avuto vasta eco mediatica.

In un altro processo, però, in Piemonte, difendo imputati condannati in primo grado proprio per disastro.

I miei interessi confliggono tra loro.

7.

Un compromesso è una tentazione spesso irresistibile, ma è sempre una forzatura. Non è la verità.

Ogni processo ha la sua storia, vive e muore in funzione dei diversi rapporti di potere che corrono tra le parti *hic et nunc*.

Il campo del compromesso possibile che il giudice può trovare varia da processo a processo ed è vastissimo, molto più vasto del... diritto.

Il diritto – se scade la verità come valore – diventa però meno importante.

Perché affaticarsi a produrre significati per Parole come causa, pericolo, dolo ecc. se, alla fine, l'accertamento che è vero che A è causa di B o che Tizio era in dolo, non contano granché, perché conta solo il delicato e irripetibile congegno del compromesso che il giudice prova a costruire nel singolo processo, cui, *a posteriori*, dà o non dà l'etichetta di causa e di dolo?

Il compromesso, però, si potrebbe replicare, se ben costruito, pacifica il conflitto e *fa le veci del diritto, pur non essendo diritto*.

Il diritto, da noi, raccoglie tutta la magmatica conflittualità sociale che la politica non sa trattare.

Il problema vero da noi è che il diritto non c'è quasi più e quindi, i compromessi proliferano ovunque.

Nella parte relativa alla causa, dimostrerò, credo con una certa facilità, che la nozione giuridica di causa che oggi dovrebbe andare per la maggiore, è una formula vuota che chiunque può riempire con qualunque cosa voglia.

Il diritto diventa arte del compromesso?

Il compromesso diventa il diritto incerto di un incerto neofeudalesimo?

Il diritto del caso singolo, il compromesso abborracciato qui è valido *hic et nunc* ma non è più valido qualche chilometro più a nord o a sud.

Un altro degli enigmi del diritto?

8.

Un compromesso, poi, raramente soddisfa tutti.
Accade che non soddisfi nessuno.
Qualche volta soddisfa uno e non l'altro.

Il compromesso, infatti, potrà sempre avere la tendenza a rispecchiare il rapporto di potere tra le parti.

Russell osservava che il pragmatismo è solo la parola elegante per dire che vince il più potente e perde il più debole.
Forse è una diagnosi troppo severa.
Un'aura... di verità però c'è.

Anzi, molto di più di un'aura.

L'aura pragmatista, quindi, sebbene contenga elementi di ragionevolezza – ridurre il conflitto non è uno scopo cattivo, tutt'altro – può anche avere, nel breve o medio periodo, anche dopo il processo, *l'effetto opposto* – magnificare il conflitto –.

Il compromesso Eternit ha pacificato il conflitto?
Forse è vero il contrario.

Una società conflittuale, sempre più drammaticamente incolta e disabituata al confronto ragionevole delle idee, butta tutto, dal litigio più minuto al conflitto più imponente, sul fuoco del processo.

Il processo però fondato su un diritto che c'è sempre meno, lungi dallo spegnere o attenuare i fuochi dei conflitti, per la sua struttura accusatoria, fa di tutto per attizzarli.

Il problema è se si può pensare a qualcosa d'altro e di meglio.

La società ha più bisogno di verità che di punizione.

La verità, quando è acclarata, contiene uno stigma potente, forse più potente dell'umiliazione e della gogna della deumanizzazione del colpevole che si vuole sbattere in gabbia.

9.

Qualcun altro, invece, ha pudore a usare la parola verità, crede che parlare di verità evochi gli spettri della verità *materiale* (chissà perché si aggiunge quest'aggettivo? si

vuole la verità formale? che cos'è?), cioè quel culto tanto spasmodico e paranoide della verità che, secondo loro, fondava il processo Inquisitorio e la tortura.

La tortura è un pezzo della storia del diritto e del processo che faremmo bene a tenere sempre a mente e non a rimuovere, come d'uso oggi.

Sgombriamo il campo da un equivoco.

Il giudice del processo inquisitorio non cercava, con l'uso della tortura, la verità!

Il giudice del processo voleva una buona ragione pragmatica – che pacificasse a buon mercato la sua coscienza e la coscienza di tutti – per infliggere violenza all'uomo che era capitato negli ingranaggi della macchina.

La confessione era il miglior pretesto possibile.

Vera o falsa che fosse la confessione, contava poco.

Non è stato Beccaria e nemmeno Verri ad aver scoperto che la tortura come mezzo di ricerca della prova ha un valore epistemologico discutibile, se l'obbiettivo è la verità.

Non facciamo torto a chi di certo non era meno intelligente di noi!

Montaigne l'aveva detto molto meglio di entrambi nel XVII secolo.

Isabella Rosoni ha citato da una fonte che, ai tempi della tortura, i briganti veri si allenavano alla sopportazione del dolore che avrebbero subito con la tortura, per non dover essere coartati alla confessione e uscire indenni dalle fauci del processo.

Perché, allora, la tortura?

La confessione rimediava alla necessità “tecnica” che la prova dell'accusa potesse apparire prossima alla certezza e la pezza era necessaria perché – questo è il punto che conta! – *perché anche il giudice dell'inquisizione sapeva che non si può condannare un uomo se la prova d'accusa non è piena e la prova d'accusa è piena quando è più chiara della luce meridiana del sole* (così recitava una costituzione giustiniana, citata da Alessi)

B.A.R.D. è compatibile anche con l'inquisizione e non è una conquista del rito accusatorio?

Il latino giustiniano era ed è molto più elegante dell'acronimo B.A.R.D. ipocritamente ritornato a galla pochi anni fa.

Il significato, però, è lo stesso.

Una qualche regola tipo B.A.R.D. probabilmente è congenita, sta cioè nel DNA, di qualunque forma di processo se il diritto è fondato sulla violenza.

I giureconsulti dell'evo medio e moderno usavano tecniche intellettuali raffinate, lavorando con gli indizi. Il problema era che, pur sommati e sottratti con *l'ars combinatoria* che era già una logica del probabile, cioè dell'incerto tutt'altro che banale, non si arrivava, però, mai nemmeno vicini alla certezza.

La tortura colmava il *gap*.

Come?

Anticipando la pena, per aiutare a costruire la giustificazione epistemica della pena stessa, che poi veniva inflitta ancora, o risparmiata se l'imputato era stato abbastanza forte da farsi bastare una... pena sola.

B.A.R.D. va d'accordo con la tortura?

Il Papa Innocenzo II – che costruì il rito inquisitorio durato poi secoli – volle anche che fosse chiaro che è sempre meglio assolvere un Colpevole che condannare un innocente e riabilitò un altro testo giuridico giustiniano.

La presunzione di non colpevolezza va d'accordo con la tortura?

Garantismo inquisitorio?

Non è un ossimoro?

No.

È un ossimoro solo per gli “sprovveduti teorici liberali”, direbbe Benjamin.

La giustificazione dell'uso dichiarato legittimo della violenza dell'uomo sull'uomo è sempre stata precaria, e, per questo, per renderla meno precaria, lo stato ha sempre costruito intorno a quella violenza ogni sorta di principio *politically correct* la cui declamazione doveva rassicurare tutti senza bisogno di approfondire se il principio fosse osservato per davvero oppure no.

10.

La tortura è un relitto del passato?

La tortura sta nel DNA del diritto e del processo.

Oggi come ieri.

Se serve si usa.

Il processo che mira davvero alla verità è nemico della tortura ed amico della logica.

Il processo che mira alla verità, quindi, è anche nemico di regole false come B.A.R.D., perché non sono regole logiche, ma l'esatto contrario, *regole ideo-logiche*.

Come la madre delle *non regole*.

Il libero convincimento.

L'idolatria dell'illuminismo giuridico è francamente eccessiva.

Mi persuade più l'analisi storica di Mereu che non tutte le altre autodeclamazioni di quanto siamo diventato buoni e civili dacché i lumi ci hanno rischiarato la vista.

Le pene sono diventate meno crudeli, ma lo Stato burocratico –razionale e disincantato – ha costruito un sistema molto più organizzato ed efficiente per l'uso discreto della violenza a fini di addomesticamento e disciplinamento dell'uomo.

La violenza dello stato si è estesa come una coperta nera sull'intera società.

Ne ho già accennato.

PARTE III

1.

La verità è una.

Da quel che ho accennato nel paragrafo che precede, risulta, però, che le teorie sulla verità sono molteplici.

Ho fatto cenno alla verità del realismo filosofico e alla verità del pragmatismo filosofico.

Ad esse si può aggiungere una teoria della verità come coerenza.

Di teorie della verità ce n'è anche di più.

Queste – per la filosofa D'Agostini – sono le teorie più robuste.

Per procedere oltre e far meglio comprendere che cosa io voglia dire, è utile un esempio.

Dall'archeologia del processo inquisitorio, facciamo un salto di secoli, e incontriamo un problema ontologico ed epistemologico tipico della *post* modernità.

Abbiamo per le mani un'indagine epidemiologica.

Nella fabbrica F, dove gli uomini respirano S, i casi di M osservati sono 20 e quelli attesi, od osservati fuori dalla Fabbrica F, sono 10.

Il *rischio relativo* di contrarre M per chi lavora in F rispetto a chi non lavori in F è 2.

La differenza – o *frazione di rischio attribuibile* – del rischio di contrarre M in chi lavori in F è $\frac{1}{2}$, cioè 0,5 più alto che per chi non lavori in F.

È vero?

È falso?

È probabilmente vero e quindi anche probabilmente falso?

C'è un'altra domanda che viene prima di tutte.

Che cosa intendiamo quando ci domandiamo se un RR o una FRA sono vere?

La domanda se un rischio relativo maggiore di 1, o una frazione di rischio attribuibile che si ricava dal rischio relativo, un rapporto tra frequenze di Eventi, è vero oppure falso, non ha una risposta facile.

Le risposte possibili sono tre perché, approssimativamente, come accennato, sono tre i concetti di verità che vanno per la maggiore.

- A. Un RR sopra 1 è vero perché corrisponde a *qualcosa* che sta là fuori nel Mondo; che cosa sia questo qualcosa è un altro problema che per il momento lasciamo in sospeso;
- B. Un RR è vero perché l'RR superiore a 1 risolve *un problema pragmatico* che ci angustia perché l'RR può essere una buona guida per l'azione necessaria a fronteggiare un problema (ad esempio perché dobbiamo decidere se intervenire o no in chiave preventiva e con quante risorse) e dissipare quindi l'inquietudine che il dubbio provoca;
- C. Un RR è vero perché esiste ed ha senso *nel contesto epistemico del mondo statistico dell'epidemiologia*: se i dati sono stati raccolti così come il metodo richiede, la statistica è stata usata come si conviene, *bias* e confondenti sono stati cercati e non trovati, tanto ci basta, perché non è necessario farsi troppe domande sul rapporto tra RR e mondo e RR e scopo dell'azione.

Tre risposte che corrispondono a *tre concetti diversi di verità che corrispondono a tre filosofie: realismo, pragmatismo, coerentismo.*

Sto deliberatamente semplificando.

Quale risposta alla domanda di verità è giusta per il diritto e il processo?

Un RR può essere vero nel senso C e non nel senso A.

L'epidemiologo (non solo, anche il tossicologo e qualunque scienziato che faccia uso di statistica) ha fatto del suo meglio, nessuno ha alcunché da rimproverargli, *ma il meglio non è abbastanza...* perché la poca luce che si è fatta con quel lume è il massimo che possiamo chiedere ma essa non permette di vedere abbastanza nel mondo là fuori.

Un RR può essere vero in senso B ma non in senso A.

Che cosa vuol dire?

L'epidemiologia – a condizione che sia vera in senso C – è utile e quindi produce verità perché risolve il problema pragmatico, cioè *elimina i dubbi ed è utile per l'azione anche se non è possibile concludere che il giudice sa che l'RR costituisce una conoscenza vera, o meglio sufficientemente giustificata in senso A.*

Un RR può essere vero qualche volta in senso A?

Dipende.

Da che dipende?

La risposta che io suggerisco – che esporrò alla fine della parte sulla causa – è che un RR per essere vero in senso A, richiede che sia vero in senso C, e quindi, anche in senso B, richiede una serie di passaggi attraverso una rete di questioni ancora interne alla

statistica dell'epidemiologia, *ma poi richiede il soccorso di un'ulteriore tipo di evidenza della scienza che non è l'epidemiologia.*

La verità in senso A richiede un salto ontologico ed epistemologico, nel campo del meccanismo di azione.

Anche le scienze che indagano meccanismi d'azione pongono problemi di verità e, soprattutto, di grado di giustificazione della credenza nella verità delle loro conclusioni.

Quale è il grado di giustificazione che dobbiamo chiedere all'evidenza per poter concludere che la nostra credenza nella verità di un RR, o di un X qualsiasi il cui accertamento sia rilevante nel processo?

Il problema da ontologico diventa epistemologico e andrà trattato dopo.

Come chiunque avrà capito la risposta, almeno per me, non è B.A.R.D.

2.

Torniamo al nostro caso.

Nella fabbrica F, in cui i lavoratori appartenenti alla popolazione P sono esposti a S, ci sono 20 casi di malattia M, mentre nella popolazione P1, non esposta a E, ci sono solo 10 casi di Malattia M.

Molti credono che basti... contare.

$$20 - 10 = 10.$$

$$20:10 = 2$$

La fabbrica F ha ucciso 10 uomini.

Semplificare troppo rischia di far deragliare il pensiero perché, come dice Kahneman, il pensiero è tentato dall'eccesso di velocità.

Che cosa significano davvero il numero 10 e il numero 2?

L'unico modo che conosciamo per stimare con approssimazione quale significato abbia quel numero da quello vero, è l'uso della statistica.

La dottrina (almeno quella del diritto, sul processo il terreno è più frastagliato) non sa di statistica, e, di conseguenza, il giudice, che deve mostrare autorità, tanto che gli dicono che è il *peritus peritorum*, in qualche modo deve accettare l'auto inganno che quel sapere così misterico non sia importante, *così lo rimuove.*

Dov'è il primo problema?

I 10 casi di M comparsi in P, possono essere solo l'effetto del caso.

Se esegui la medesima indagine epidemiologica in un'altra fabbrica F in cui la popolazione di lavoratori P sia numericamente la stessa di quella di prima, e sia stata esposta a S che è la stessa sostanza di prima agli stessi livelli L, e confrontassi la popolazione P di questa seconda indagine con una P1 eguale a quella di prima, è possibile che il numero di casi di M che trovo in F sia 10 e i casi di M fuori da F sia 20.

L'opposto di prima.

Dove sta la verità?

Nella prima indagine o nella seconda?

Una delle due dev'essere vera e l'altra falsa.

Ovvero una un po' più vera e l'altra un po' più falsa.

Il problema è l'ingombrante presenza del caso.

Il diritto non vuol saperne del caso, tant'è che è fondato sulla... necessità.

Gli attori del processo che, in ipotesi, abbiano per le mani solo la prima indagine epidemiologica, non penseranno mai alla possibilità del secondo caso e quindi rimarranno impermeabili al pensiero... della impossibilità di escludere che ci sia più verità nel secondo risultato che è l'opposto del primo.

È un pensiero scomodo.

La domanda "dove sta la verità?" è una domanda angosciante.

Il senso comune – cioè i circuiti neurali che lavorano indefessamente nel nostro cervello e che ci danno le conoscenze possibili per quel tipo di circuiti neurali che l'evoluzione ha costruito in noi – non vuol saperne del caso – il caso ci angoscia – e troviamo sempre, anche quando non c'è, una regolarità nella successione degli eventi.

La osservazione di 10 casi in più in P di F della nostra prima indagine, può essere molte cose, forse l'effetto del caso o forse no, ma *non sarà mai il risultato di una necessità.*

Il nostro cervello, però, se non è bene educato potrebbe addirittura vedere una necessità in quella successione di eventi causali.

Ne dirò sulla causa.

3.

L'ignoranza e la umana ricerca di fuggire dall'incertezza fanno un connubio tragicomico nel diritto e nel processo.

Il giudice è il *peritus peritorum*, no?

Che cos'è un RR, allora, per il diritto?
Tutto e niente.

C'è qualche sentiero per dirimere l'ipotesi nulla (l'RR non è un RR ma solo un caso) dall'ipotesi non nulla (l'RR, probabilmente, non è un caso)?

Se l'ipotesi nulla è falsa o probabilmente falsa, *che cosa significa* oltre al fatto che probabilmente il fenomeno che abbiamo fatto emergere con la statistica non è l'effetto del caso?

Quel che non è caso e non è necessità, che cos'è?

Chi è Bradford Hill?
Cosa sono le torte di Rothman?

Tornerò sull'argomento nella parte sulla causa.

Una volta tagliato – in modo banale e semplicistico – il nodo gordiano del significato dell'RR, oppure – il che è lo stesso abbandonato il problema perché non si sa come trattarlo – il *penalista*, invece, di aggrottare la fronte e cercare di capire di più l'agrovigliata matassa, comincia solo, quasi per effetto automatico, a cercare la cornice giuridica in cui inserire quel che non ha capito!

Qualcuno pensa che nei processi, oggi, ci sia troppo poco diritto e troppo poco fatto.
È vero l'opposto.
È sempre stato vero l'opposto.

Anticipo ora quel che scriverò poi.

Il diritto nel processo ha rivestito l'RR con ogni possibile vestito, ma non avendo capito che cosa ci sia sotto il vestito, sono stati fatti sterili esercizi di scadente qualità.

Primo.

L'esposizione ad E *ha causato* 10 casi di M, non so chi, ma non importa.
Soluzione del senso comune, quello che non vede l'ora di trovare cause e le trova ovunque gli paia che possano esserci.

Secondo.

L'esposizione ha *causato un pericolo* nella popolazione P.

Dov'è il pericolo?

Due variazioni sul tema del pericolo.

Prima variazione.

Il pericolo sta nel fatto che S ha causato 10 casi in più.

Il pericolo sta... in un danno?

Seconda variazione.

Il pericolo sta nel fatto che S poteva far accadere, oltre ai 10 casi in più, anche altri casi, magari tutti, che, però, non sono accaduti.

Due versioni antitetiche di pericolo.

Terzo.

L'RR è una legge statistica – l'explanans – dentro cui è possibile coprire explanandum che è il caso X di M comparso in P, perché X è un caso individuale della legge generale.

Quarto (variazione sul tema del terzo caso).

La probabilità che l'esposizione abbia causato il caso X, dato il rischio relativo di 2, è la frazione di rischio, che, dato l'RR di 2 è 0,5, cioè il 50%.

È vero?

Negli USA, per le corti civili, sì.

Chi lo sapeva?

In Italia?

Basta o no il 50% di probabilità?

50% di probabilità per... chi?

Il caso X.

Chi è X?

Il caso X è allo stesso tempo uno nessuno e centomila.

Non ha identità, è una costruzione della statistica.

La probabilità del 50% vale anche per chi... non si è ammalato di M!

Che razza di probabilità è questa?

Frequentista o logica?

Il caso X è l'evento morte richiesto dalla norma penale?

Come facciamo a dirlo o disdirlo, posto che X può anche non essersi ammalato o invece sì, ma non conta, perché X non è reale?

Quinto.

Il caso X è effetto dell'esposizione a S se l'accusa provi, oltre alla legge statistica (che è la causa generale e che può essere o non essere l'RR), anche che l'esposizione ha causato proprio il caso dell'uomo A.B., che è un uomo in carne ed ossa (causa individuale) perché non basta la probabilità del caso X che è un uomo statistico.

Franzese sta qui (la bipartizione causa generale – causa individuale).

Come si prova la causa individuale, però?

La logica ignora se e come sia possibile passare dalla probabilità espressa dalla FRA, 0,5, che è la probabilità del caso X, ad una probabilità diversa, più alta, che sia la probabilità del caso A.B., dell'uomo in carne ed ossa.

Ho detto dappprincipio che l'euristica dell'esclusione della causa alternativa, non funziona.

Una plausibile causa alternativa c'è sempre.

L'accusa lo sa e non demorde affatto quando la difesa rilancia con la causa alternativa, ed anzi, l'accusa risponde e a sua volta sostiene che la presunta causa alternativa è una concausa.

Non c'è una concausa per il mesotelioma della pleura da amianto?

La ipotesi che la causa sia stata un'esposizione alternativa a quella della fabbrica F c'è sempre, perché l'amianto era ed è in parte ancora ubiquo (sta anche nei tribunali).

L'ipotesi che il MM di A.B. – che pure ha lavorato in fabbrica – sia stato causato durante i suoi frequenti viaggi in treno, o in chiesa dove andava tutte le domeniche, o a scuola, non può mai essere ragionevolmente esclusa e, quindi, in virtù di Franzese, è sempre un dubbio ragionevole?

Perché, allora, il giudice Blaiotta chiede di più?

Perché, allora, gli altri giudici della stessa sezione di Blaiotta, accettano un apparato di motivazione per la imputazione dell'MM a tutti gli imputati che hanno esposto ad amianto A.B., che è perfettamente compatibile con innumerevoli spiegazioni alternative del caso A.B. ammalatosi di MM?

Perché nessuno dice queste cose così come le sto dicendo io?

Qualcuno si offende?

Ci sono anche mesoteliomi a origine incerta (tra il 10 e il 20%).

Sono malattie che potrebbero essere state causate dal fattore Y, ancora ignoto.

Una probabilità del 10 o 20 % che il MM del signor A.B. sia a origine ignota perché sta in quel 10 o 20%, non è un dubbio ragionevole?

Perché no?

Come posso escluderlo?

Quid?

Se un RR o una FRA è vera, in che senso è vera, è come domandare se un RR o una FRA sono fatti oppure no.

Il diritto penale del fatto trova un bel problema.

Non sa più discernere i fatti dai non fatti.

Se invece non fosse una concausa e fosse una possibile causa alternativa, dovremmo ricorrere all'abduzione, cioè all'inferenza la migliore spiegazione possibile.

Come si inferisce, però, la spiegazione migliore?

Il processo solo al datore di lavoro è già una inferenza a quella che convenzionalmente è stata definita dal diritto, la soluzione migliore.

Forse è giusta ma non è obbligatoria. È pragmatica.

Ma è un'inferenza che ha mille possibili e plausibili spiegazioni alternative.

Ecco il diritto, signori.

Il diritto liquido della contemporaneità.

Nulla è facile. Mai.

Ci tocca sempre riparare la nave in mezzo al mare o durante una tempesta.

Porti tranquilli non ci sono.

4.

Cambio campo.

Una procedura di *Risk Assessment* dà come risultato che l'esposizione a E aumenta il Rischio di M nella popolazione P di 3 alla meno 5.

È vero?

In quale delle tre possibili accezioni della parola verità?

Quando si tratti di un numero del *risk assessment* non c'è neppure dissenso, tra tecnici del rischio e scienziati, sul fatto, che il numero non corrisponda al vero, almeno di tipo A.

La tecnica è stata inventata per funzionare nel senso del vero di tipo B.

L'inventore del *Risk Assessment*, il primo Presidente di EPA, nei primi anni '70 del secolo passato, equiparava il *risk assessment* alla... tortura. Tortura di numeri, ovviamente, e non di corpi. Più si tortura i numeri più è probabile che il *Risk Assessment* confessi il numero che va bene al torturatore.

I giudici, o qualche giudice, non lo sa perché non sa che cosa sia un *Risk Assessment*.

Tornerò dopo sull'argomento.

5.

Altro esempio.

IARC (Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro) nella monografia X classifica la sostanza S in classe 1A, cioè come cancerogena per l'uomo.

È vero?

In quale delle tre possibili accezioni della parola verità?

La valutazione della stessa evidenza della scienza può portare a conclusioni contraddittorie?

Certamente sì.

Dipende.

Da che dipende?

Dipende dal concetto di verità che presupponiamo vigente nel diritto e nel processo penale.

QED.

6.

Le tre proposizioni – RR superiore a 1, Rischio pari a 3 alla meno 5, S classificata in classe 1A da IARC – possono essere false, o non abbastanza vere, cioè più o meno probabilmente false, nell'accezione di vero di tipo A, e vere nell'accezione di vero di tipo B e C.

Il dilemma – o trilemma... – ha che fare con il problema – riccamente studiato nella letteratura sul rischio soprattutto anglosassone e soprattutto degli USA – del *rapporto tra scienza e Policy Science*.

Il problema del *rapporto tra scienza, il vero in senso A, e Policy Science, cioè il vero di tipo B*, a che fare con il principio di precauzione.

Il principio di precauzione è solamente una regola sull'onere della prova. La prova che la sostanza S è sicura grava su chi produce o vende o espone in qualunque modo qualcuno a S. Far del principio di precauzione l'anima della colpa – della causa o del pericolo non si dovrebbe neppure parlare – nel diritto, significa accettare l'inversione dell'onere della prova della colpa o del difetto di colpa, sgravando l'accusa e aggravando la difesa.

Si può fare nel nostro diritto e processo?

Non sento in giro grande interesse a rispondere alla domanda.

Nessuno sente un certo stridore coi grandi principi, prima tra tutti la presunzione di non colpevolezza?

Il vero del tipo A, non è permeabile al principio di precauzione.

Il mondo è come è.

Quasi sempre pericoloso.

Il vero di tipo B, sì.

La precauzione, a sua volta, ha molti possibili gradi o livelli.

La precauzione è un valore dell'azione dell'uomo che vuol fare del mondo un luogo meno pericoloso e non una qualità del mondo.

Anche il vero di tipo A, ovviamente, non è uno specchio innocente.

Nemmeno la scienza è innocente.

Anche quando è innocente, cioè non è inquinata da conflitti di interesse, la scienza non giustifica quasi mai la credenza in un RR fino alla certezza.

Anzi.

La scienza non giustifica quasi mai la credenza in qualunque X fino alla certezza.

7.

La giustizia presuppone la verità.

Dire che la verità è difficile da trovare, non equivale a rassegnarsi che la verità non esiste.

Quale verità, però?

A, B o C?

La distinzione tra vero in senso A, B o C è molto più sfumata di quanto io l'abbia fatta apparire.

Il positivismo logico è caduto – lo dirò poi intorno alla causa – perché è fallito il tentativo (tra gli altri del primo Wittgenstein) di ridurre il linguaggio ai suoi atomi logici fondamentali, che dovrebbero essere i cosiddetti enunciati protocollari, cioè gli enunciati della scienza sui fatti.

I fatti sono sempre, più o meno, carichi di teoria.

Non sono mai innocenti.

Chi guardi il tramonto oggi, sapendo che la terra gira e non il sole, non guarda lo stesso tramonto di chi ieri credeva che il sole andasse a riposare oltre l'orizzonte.

I due non hanno la stessa esperienza visiva?

O sì?

Esperienza e interpretazione non sono separabili sempre e facilmente.

Popper – che era un realista e non un positivista o empirista – scrive che la scienza è come una palafitta. I pali sono conficcati nel fondo torbido e paludoso.

Stabilire se un fatto è un fatto o no, richiede sempre una *decisione convenzionale* tra i parlanti.

Lo stesso confine tra verità A, B e C è molto meno facile di come l'ho dipinto.

Popper ha dovuto concludere che per decidere che cosa è un fatto e che cosa no, *che è come dire decidere che cosa è vero e che cosa no*, abbiamo bisogno di metterci d'accordo.

Abbiamo bisogno anche noi di un accordo intorno a un *corpus* di regole di metodo e di valutazione dell'evidenza scientifica e non scientifica.

Come più volte ho accennato, abbiamo necessità di una *epistemologia legale nuova di zecca*. Altrimenti saremo esposti a dire e disdire le peggiori sciocchezze e il diritto non vive bene in mezzo al liquame delle sciocchezze.

La regola del RR 2 cioè della FRA 0,5 è una regola convenzionale.

Ci va bene?

Prima, però, dobbiamo studiare e tanto.

Chi ha la forza si faccia avanti.

8.

Che fare?

Malgrado tutto, malgrado le trappole dialettiche e retoriche delle parti, o semplicemente le loro menzogne non è possibile deflettere dal principio che il giudice sia il custode della verità nel processo.

La verità in senso A, io credo.

Il tema merita riflessioni assai più approfondite di quelle che finora ho letto nella dottrina del processo penale.

Bernard Williams (*Genealogia della verità*) scrive che, soprattutto nelle *Humanities*, la posta in gioco è così alta che se non si trova il modo per ridurre l'abisso tra la volontà di verità, che pare animare la cultura dei nostri tempi, e lo scetticismo che si arrende alla difficoltà di trovare la verità, si rischia di perdere tutto.

Perdere tutto significa accettare il caos, o la legge del più forte.

Diritto e processo possono avere un senso solo se vanno d'accordo con la verità.

La verità sta fuori dal diritto, però.

Posso misurare la verità del diritto, quindi, solo stando fuori dal diritto.

Lo stesso vale per la giustizia.

Altrimenti non ho modo di criticare il diritto.

Altrimenti il diritto parla di sé allo specchio e non del mondo o dell'uomo cui deve applicarsi.

La dottrina del diritto privilegerà sempre l'autoreferenzialità.

Il diritto è un sistema chiuso, autopoietico, che determina da sé i propri postulati, libero di inventare metafisiche o psicologie o epistemologie di comodo, per farsi tornare sempre i conti e immunizzarsi dalla critica razionale.

Se la proposizione è coerente col postulato, è vera.

Non lo ammetteranno mai esplicitamente i dottori del diritto ma praticheranno questo credo fino a quando potranno farlo.

Anche un postulato – una metafisica o una psicologia – vecchia e falsa (magari un'antropologia di fine ottocento buona per la morale vittoriana) può andar bene se cambiare registro costa troppo in termini di fatica intellettuale.

Oggi il diritto (non) funziona così.

Siete d'accordo?

Io non ci sto.

So bene che non c'è alcuna ricetta facile.

Val la pena di pensare però un po' più di quanto si faccia oggi.

9.

Non c'è contraddizione tra sostenere verità A e reclamare regole su cui trovare un'intesa per concordare se e quando un fatto è un fatto.

L'accordo su una nuova ontologia ed epistemologia del diritto e del processo, deve essere costruita sulla base solida del sapere e della cultura e non sulla base fangosa dell'ignoranza e della supponenza.

La differenza è tutta qui.

Prendere sul serio la verità significa, per il grande filosofo americano Williams, recuperare *il valore etico della verità*, che si manifesta nelle virtù della veridicità – che dovrebbe annichilire l'ipocrisia – e della precisione – che dovrebbe annichilire la superficialità e l'inaccuratezza dell'accertamento del fatto e della soluzione della *quaestio iuris*.

Non c'è giustizia possibile senza verità.

Veridicità significa sincerità.

Le parti, però, non hanno il dovere di essere sincere.

Le regole del gioco non lo prevedono.

Cambiamo le regole?

Ne ho detto all'inizio.

Il giudice deve pretendere almeno la virtù della *precisione*.

Oggi non è così.

Nel fascicolo del PM, e poi in quello del dibattimento, spesso non c'è nemmeno uno straccio di letteratura scientifica, o ce n'è poca, cioè quella che le parti, hanno gettato nel processo, nel loro interesse.

Il giudice è così peritus peritorum che non legge mai o quasi mai per conto proprio un articolo scientifico che riguardi il fatto su cui si prende la responsabilità della decisione.

Se legge non capisce, forse, ma se non legge non capirà mai.

Al giudice basta sentire i consulenti dell'accusa e della difesa.

Spesso non capisce quel che sente, ma non deve darlo a vedere.

Finge di capire.
Va a tentoni al buio.

Il giudice oggi è poco più che uno sciamano, un raddomante della verità.

PARTE IV

1.

Il giudice *peritus peritorum*?

Oppure, peggio ancora, il giudice *gatekeeper* della scienza?
C'è qualcosa di grottesco.

Ne ho già accennato, tanto vale andare fino in fondo.

Il lettore provi ad immaginare di ricevere una lettera con cui gli vien comunicato che sarà lui ad arbitrare il prossimo Super Bowl di football in USA, al cospetto di 100.000 persone allo stadio e una quindicina di milioni alla TV o su Internet.

Poi vi coglie il dubbio (ragionevole).

“Io non so nulla di football (quello americano)”.

Pensate ora che non potete tirarvi indietro.

Che fate?

È un incubo?

È la realtà di moltissimi processi, oggi.

2.

In USA, già dalla fine degli anni '80 del secolo passato, il problema dell'analfabetismo del giudice, cominciò a destare preoccupazione.

Qualcuno – la influente Carnegie Commission Hall – scrive, nel 1992, che i giudice e le giurie non sanno quel che fanno, quando decidono di scienza, e che il risultato, l'assoluta imprevedibilità dei verdetti, *sta minando la credibilità della società nel sistema giudiziario*.

Laggiù quelli che da noi sono processi penali, sono, il più delle volte, processi civili.

È questione di soldi, dunque.

Non di vita o di morte.

Il movimento d'opinione che pretende riforme, quasi certamente, è la *lobbies* delle grandi industrie.

Nei processi civili, per un fatto di malattia associata alla esposizione a una sostanza tossica, le giurie possono far fallire un'industria infliggendo una sanzione criminale di centinaia di milioni di dollari.

Ovvio che a qualcuno non vada bene.

La razionalità del sistema giudiziario, però, è un valore che dovrebbe stare a cuore a tutti. Dovrebbe. Ai potenti e ai deboli. Da noi non è così.

Nel 1992, la Corte Suprema pronuncia la celeberrima sentenza *Daubert*.

La sentenza non vale tanto per quel che dice, che è poco. Una breve vulgata di filosofia della scienza, tra positivismo, fallibilismo, convenzionalismo, etc., e, infine, l'incoronamento del giudice come *gatekeeper* del metodo della scienza.

Il senso giuridico, però, è importante.

Daubert abroga il principio contenuto nella precedente vecchia sentenza *Fry*, che stabiliva come requisito di ammissione della scienza nel processo, il generale consenso della comunità scientifica.

Il consenso non basta, dice *Daubert*.

La verità, in effetti, non è democratica, neppure nella scienza.

Un consenso può essere allestito con una buona messa in scena, l'abbiamo già visto.

Il messaggio di *Daubert*, allora, è un altro.

Il giudice deve uscire dallo stato di minorità in cui un po' è stato messo e un po' ci vuol stare, e decidere – studiandola – quale della scienza che gli è stata buttata nel processo sia buona e quale cattiva.

Parole al vento?

La sentenza *Daubert* vale per quel che ne è seguito.

Il *Federal Judicial Center* (ignoro a quale istituzione pubblica italiana corrisponda) e la *National Academy of Sciences* reclutano il meglio della dottrina e della giurisprudenza assieme al meglio della scienza USA, con un compito ambizioso.

Il *team* dovrà redigere un manuale della evidenza della scienza usata nei processi.

Detto fatto.

Il *Reference Manual on Scientific Evidence* è giunto alla terza edizione.

Non manca nulla di quel che serve, almeno per iniziare.

Ci sono capitoli sulla epidemiologia, sulla tossicologia, sulla statistica, sulle scienze del cervello, sulle scienze ingegneristiche dell'esposizione, sulle scienze del DNA, sulle neuroscienze...

Il volume è preceduto dalla prefazione del giudice della Corte Suprema, Stephen Breyer, e del Presidente della *National Academy of Sciences*.

Il manuale viene spedito a tutti i giudici USA, e i giudici studiano e imparano.

Allo stesso tempo viene implementato un complesso *iter* per monitorare l'evoluzione del diritto sui temi della scienza, per verificare se quel che si è fatto sia abbastanza.

Il livello culturale dei giudici cresce inevitabilmente.

Basta già dare un'occhiata alle citazioni di sentenze di Corti americane in materia di epidemiologia, per farsi un'idea del livello di raffinatezza intellettuale che, almeno alcuni giudici, hanno raggiunto in materie non loro, come la statistica.

Il manuale si trova facilmente e altrettanto facilmente può essere scaricato dal sito della [National Academy of Sciences](#).

Questo è solo l'inizio, però.