

Chi ha paura delle neuroscienze?

Ombretta Di Giovine

1. In questo breve contributo, svolgeremo alcune rapsodiche riflessioni sullo spazio che, all'interno del capitolo sulla prova scientifica ⁽¹⁾, sono destinate ad assumere le neuroscienze. Proseguiremo poi indagando, sempre per cenni (non potremmo fare più: il tema è complesso e, come accenneremo, presenta risvolti teorici di non agevole soluzione), i contributi che le stesse potrebbero apportare all'elaborazione di una futura *teoria del giudicante*.

Iniziamo con una osservazione banale: il generoso ricorso che le neuroscienze fanno alle tecniche di *neuro-imaging* (attraverso la PET e soprattutto la **fMRI**), suscettibili di rappresentare in modo visivo il funzionamento del sistema neuronale dei singoli individui, dovrebbe costituire elemento già in sé sufficiente ad assicurare loro il favore delle dottrine penalistiche, sostanziale e processuale, da sempre impegnate in una indefessa *caccia alla certezza*.

Invece non è così. Le acquisizioni neuroscientifiche hanno costituito oggetto di studio in altre discipline, dando addirittura la stura ad una sottospecificazione in plurime tipologie dalla denominazione (ritenuta) a volte fantasiosa (si parla di una *neuro-economia*; di una *neuro-etica* ecc.). L'atteggiamento del diritto è stato invece, almeno finora, decisamente cauto ⁽²⁾.

Le ragioni di tale diffidenza sono facilmente intuibili: si teme che le neuroscienze minino alla base quel principio di libera autodeterminazione su cui fa leva qualunque funzione si possa/voglia assegnare alla pena e che rappresenta dunque il pilastro su cui si erge il sistema punitivo.

Banalmente: il primo indiscusso portato filosofico delle neuroscienze è consistito nella critica e nel superamento di quello che venne evocativamente definito da Antonio Damasio *l'errore di Cartesio* ⁽³⁾, filosofo invisibile ai neuroscienziati -ne hanno fatto quasi un capro espiatorio- per aver riproposto e

⁽¹⁾ La bibliografia sulla prova scientifica è ormai amplissima. Limitando le citazioni alle monografie ed alle opere collettanee, ma già sapendo di incorrere in importanti omissioni, rinviamo a DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, 2005; UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995; DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, a cura di, Cedam, 2010; LORUSSO (a cura di), *Prova penale e metodo scientifico*, a cura di, Giappichelli, 2009; SPANGHER (a cura di), *Le prove. Trattato di procedura penale, vol 2*, Utet, 2009; TONINI (a cura di), *Dossier - La prova scientifica nel processo penale*, Supplemento a *Dir. pen. proc.* n. 6/2008; A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, Utet, 2008; DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, 2007; CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006.

All'interno del capitolo sulla prova scientifica, un sotto-insieme a sé di problematiche è poi offerto dalla c.d. scena del crimine. Per un affresco dello stato legislativo, della giurisprudenza e del possibile assetto dello *ius condendum* sul punto, si rinvia, per tutti, a CURTOTTI NAPPI, SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. Pen. proc.*, 2011, 623 ss.

⁽²⁾ Con poche recenti eccezioni, tra cui il volume di PICOZZA, CAPRARO, CUZZOCREA, TERRACINA, appunto intitolato *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, 2011.

⁽³⁾ DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, Adelphi, 1995 (or. 1994)

difeso l'idea (invero ben più risalente) che corpo e mente siano due entità tra loro distinte.

Le neuroscienze sostengono invece che tali elementi siano compenetrati. La mente è il cervello e la coscienza ha natura biologica: essa non si sottrae dunque alle regole dell'evoluzionismo darwiniano.

A sostegno della visione monistica (che si sostituirebbe all'originaria impostazione dualistica), le neuroscienze argomentano spesso a partire da patologie neurologiche, per dimostrare come molte disfunzioni che per cultura attribuiamo alla nostra "personalità" siano in realtà causate da *deficit* neurologici.

Un *classico* è il già citato lavoro di Damasio, che addusse il ricorrente (e risalente) caso di Phineas Gage, l'operaio che, dapprima mite e collaborativo, a seguito di un'importante lesione del lobo frontale verificatasi nel corso di un incidente sul lavoro (un'esplosione all'interno del cantiere determinò lo sbalzo di una spranga di ferro che gli attraversò da parte a parte il cervello), mutò "carattere", cominciando da subito a manifestare evidenti tratti di antisocialità⁽¹⁾. Tanto per ripercorrere altri esempi famosi, si potrebbero ricordare gli scritti di Oliver Sacks, che hanno ad esempio reso celebre la prosopagnosia e cioè l'incapacità di riconoscere i volti di persone anche molto familiari⁽²⁾. Altri hanno indagato, ravvisandole in un disturbo del sistema autonomico, le cause neurologiche del, per certi versi speculare, *delirio di Capgras* che, pur non impedendo di riconoscere i volti noti, preclude al paziente di capire chi realmente siano coloro che gli si parano innanzi, inducendolo a ritenere si tratti di impostori⁽³⁾. Ramachandran si è poi dedicato allo studio delle lesioni del lobo parietale destro, mostrando come possano comportare anosognosia, detta anche sindrome della negazione (i pazienti che ne sono affetti, pur mantenendo integre le altre sue funzioni cognitive, negano ad esempio di avere un braccio sinistro paralizzato ed affermano con sincera convinzione di poterlo muovere regolarmente) oppure eminenza spaziale, sindrome che con-

(1) DAMASIO, *L'errore*, cit., 31 ss. La vicenda di Gage ebbe inizio nel 1848 ed è ricostruita dal neurologo sulla base delle testimonianze tramandate per iscritto. Ad essa il neurologo fa tuttavia seguire la descrizione di casi attinti dalla propria esperienza professionale, tra cui quello di un suo paziente, chiamato (con nome di fantasia) Elliot al quale, per asportare un meningioma, si era dovuto asportare anche il tessuto dei lobi frontali che era stato danneggiato dal tumore e che, come Gage, dopo l'operazione aveva cominciato a cambiare carattere (p. 71 ss).

(2) E' la disfunzione da cui è affetto il dott. P., eminente musicista e paziente di Sacks, al quale è intitolato il racconto che dà il titolo alla raccolta *L'uomo che scambiò sua moglie per un cappello*, Adelphi, 1986 (or. 1985), 25 ss.

(3) ELLIS, YOUNG, *Accounting for delusional misidentifications*, in *British Journal of Psychiatry*, 157, 1990, 239 ss.

sente di prestare attenzione soltanto ad una parte (ancora la destra) del campo visivo, peraltro perfettamente integro, facendo sì che ci si trucchi o ci si rada soltanto metà faccia, che si mangi soltanto ciò che è sul lato destro del piatto, che si disegni soltanto la parte destra di un oggetto e così via ⁽⁷⁾.

Su un terreno destinato ad intersecare in modo ancor più frequente le tematiche penalistiche, è poi ampiamente riconosciuta l'incidenza dell'alterazione dei sistemi (ad esempio del sistema della ricerca o del sistema della paura) sulle c.d. psicopatologie ⁽⁸⁾ e le correlazioni statistiche tra queste e la realizzazione di alcune tipologie di comportamento deviante e/o criminoso.

Sindromi così clamorose esemplificano in modo quasi plastico la radice biologica di alcune disfunzioni cognitive o comportamentali.

L'indagine delle neuroscienze comincia tuttavia a penetrare i segreti della mente anche in situazioni di "normalità". Essa suggerisce spiegazioni biologiche di fenomeni che hanno a che fare con la coscienza e con l'inconscio e che in precedenza costituivano monopolio della psicoanalisi (prospettando ad esempio una neurobiologia dei sogni; decodificando i meccanismi di rimozione dei ricordi traumatici sulla base dei sistemi di memoria ecc.) ⁽⁹⁾.

Se è così, diviene comprensibile che anche il pensiero criminologico cominci, seppur cautamente, ad indirizzare la sua indagine (altresì) verso le correlazioni tra disfunzioni neuronali, comportamento antisociale e crimine ⁽¹⁰⁾, e che ciò faccia prendendo le mosse dal c.d. *modello socio-intuizionista* (SIM) dello psicologo Jonathan Haidt. Pur attribuendosi influenza al contesto sociale e culturale, richiama infatti l'attenzione sul ruolo che, nell'orientamento ai valori da parte dell'individuo, giocano in prima battuta le *intuizioni*: "lampi" intuitivi (l'idea risale a Hume) che si sarebbero sviluppati per consentire l'interazione sociale e non la ricerca della verità e che rispondono dunque a schemi di funzionamento diversi dal ragionamento logico-razionale di tipo classico (e di matrice kantiana) ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ RAMACHANDRAN, *Che cosa sappiamo della mente*, Mondadori, 2004 (or. 2003), 37 ss.

⁽⁸⁾ Per tutti, SOLMS, TURNBULL, *Il cervello e il mondo interno. Introduzione alle neuroscienze dell'esperienza soggettiva*, Cortina, 2004 (or. 2002), 319 s. Un "classico" su queste tematiche è diventato LEDOUX, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Baldini Castoldi Dalai, 2003-2004 (or. 1996), sul punto in part., p. 134 e p. 235.

⁽⁹⁾ Esemplicazioni illuminanti si trovano ancora in SOLMS, TURNBULL, *Il cervello e il mondo interno*, cit.

⁽¹⁰⁾ Vd. CERETTI, NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Cortina, 2009, 53 ss.

⁽¹¹⁾ Tra i suoi primi lavori sul tema, HAIDT, KOLLER, DIAS, *Affect, Culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1993, 65, 4, 613 ss.

Il saggio in cui il modello è stato compiutamente formulato è però HAIDT, *The Emotional Dog and its Rational Tail*, in *Psychological Review. A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 2001, 108

Ora, non v'è dubbio che tali arresti possano a prima vista ingenerare il timore di una nuova e moderna forma di *riduzionismo biologico*, evocando, sebbene in veste *à la page*, gli spettri da poco esorcizzati dell'antropologia criminale di stampo lombrosiano. Né sorprende che, agli occhi del penalista, il fascino delle nuove acquisizioni scientifiche e tecnologiche risulti offuscato dall'immagine, tanto nitida quanto repellente, di un ritorno del determinismo comportamentale, spettro che basterebbe ad abbattere il fondamento di qualunque genere di rimprovero (anche di quello penale) ⁽¹³⁾.

Per dirla tutta, tali preoccupazioni non sarebbero nemmeno fugate dalla declinazione delle moderne teorie in chiave *epi*-genetica, e cioè dall'idea che a determinare l'individualità sia l'intreccio tra dna ed ambiente. Al contrario, se tale acquisizione spiega per quale ragione persone munite di un identico patrimonio genetico possano sviluppare caratteri ed inclinazioni diversi tra loro, sembra invece rafforzare il sentore che, nel momento in cui un comportamento è realizzato, esso sia *agito* da forze diverse rispetto a quelle riconducibili alla libera ed incondizionata determinazione del soggetto.

2. In realtà, non ci consta che qualche pensatore di area neuro-scientifica si sia spinto a negare rilievo all'autodeterminazione individuale.

Ciò forse perché l'esperienza fornisce a noi tutti continuamente evidenze del contrario: assumiamo ogni minuto decisioni, piccole e grandi, e lo facciamo con la sensazione, così netta da non poter essere revocata in dubbio, di non esservi costretti da qualcosa o da qualcuno.

ss. che tra l'altro si apre con l'esempio dell'incesto sul quale torneremo di seguito e si chiude osservando, alla luce dei progressi compiuti in altre branche del sapere, che "i tempi sono maturi per dare un'altra occhiata alla perversa tesi di Hume: e cioè che le emozioni e le intuizioni morali guidano il ragionamento morale proprio come un cane si porta dietro la sua coda".

Merita infine di essere citato GREENE, HAIDT, *How (and where) does moral judgment work?* in *Trends in Cognitive Science*, 6, 2002, 517 ss., in cui gli autori (e su Greene avremo peraltro modo di tornare) supportano la propria indagine sulla predisposizione di alcuni soggetti a compiere violazioni morali attraverso il ricorso alle tecniche di neuro-immagine, avendo peraltro cura di precisare che non esiste una parte del cervello umano preposta in via esclusiva alle scelte morali.

⁽¹³⁾ Un atteggiamento prudente percorre, ad esempio, il saggio di BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in SANTOSUOSSO, *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Pavia, 2009, 121 ss. e in *Criminalia* 2008, 325 ss.; nonché quello di MANNA, *Tutela penale del sofferente psichico*, in RODOTA, ZATTI (dir. da), *Trattato di Biodiritto, Le responsabilità in medicina*, (a cura di BELVEDERE, RIONDATO), Milano, 2011, 1075 ss. e, quivi, 1113 ss.. Mostra invece una decisa apertura verso l'ingresso di tali tematiche nel diritto penale TERRACINA, *problematiche del diritto penale*, in *Neurodiritto*, cit., 187 ss. Sia consentito infine rinviare a O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, 2009.

Forse perché possono essere (e sono state) avanzate spiegazioni plausibili delle ragioni per cui il nostro comportamento *non può* essere predeterminato. Su un piano generale, il molto prolifico filosofo Daniel Dennett ⁽¹³⁾ sembrerebbe ad esempio ripercorrere (seppur con variazione di accenti e/o terminologiche) l'argomentazione secondo cui le possibilità che si incrocino variabili infinite, quand'anche ciascuna di per sé regolata da leggi meccanicistiche, sono anch'esse infinite, il che dovrebbe bastare ad escludere ipotesi di determinismo ⁽¹⁴⁾. Su un versante para-penalistico (con cadenze argomentative decisamente simili), è stato efficacemente notato come, sebbene siamo costituzionalmente equipaggiati per porre in essere comportamenti aggressivi e violenti, tali strategie si manifesterebbero in modo comunque contingente poiché legato a situazioni particolari che non siamo sempre in grado di individuare in modo cosciente, sicché i vettori del comportamento sarebbero prodotti dalla incessante interrelazione tra fattori genetico-temperamentali e fattori ambientali ⁽¹⁵⁾.

Forse, e infine, perché – entrando nello specifico della nostra materia – l'idea che la libertà di autodeterminazione dell'individuo possa *in concreto* risultare in alcuni casi inesistente o attenuata è vecchia quanto e più del diritto penale, ed ivi trova espressione nella disciplina dell'imputabilità ⁽¹⁶⁾. Se cioè il sistema contempla l'eventualità che la capacità di intendere e quella di volere vengano meno o siano diminuite, perché disconoscere rilievo alle acquisizioni neuroscientifiche, le quali si limitano a rafforzare dal punto di vista probatorio l'indagine del giudice? Tale domanda (retorica: si tratta invero di una banale notazione) risulta viepiù incisiva se si pensa alla favorevole accoglienza che la dottrina penalistica ha sempre riservato alle impostazioni volte ad accrescere gli spazi concettuali dell'imputabilità (e, di riflesso, della colpevolezza), come quando – tanto per citare un esempio noto ed ancora recente – le Sezioni Unite Raso della Corte di Cassazione ⁽¹⁷⁾ consacrarono la possibile rilevanza dei disturbi della personalità, oltre che delle vere e proprie psicopatie.

Le neuroscienze, insomma, per lo meno in astratto, non sembrano fare altro che fornire riscontri probatori *ad adiuvandum*, lasciando per il resto le cate-

⁽¹³⁾ DENNETT, *L'evoluzione della libertà*, Cortina, 2004 (or. 2003).

⁽¹⁴⁾ Per tutti, AMSTERDAMSKI, (voce) *Caso/probabilità*, in *Enc. Einaudi*, 2, 1977, 668 ss.

⁽¹⁵⁾ MARCHETTI, *Appunti per una criminologia darwiniana*, Cedam, 2004, *passim*

⁽¹⁶⁾ Limitando le citazioni alle opere monografiche più recenti, COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, 2007; MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, 1997; BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990.

⁽¹⁷⁾ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Mass. Uff.*, n. 230317.

gorie concettuali immutate. Ed un rapido sguardo alle poche pronunce di merito che le chiamano in ballo parrebbe confermare che si tratta di timori esagerati ⁽¹⁸⁾. Gli schemi argomentativi delle suddette sentenze continuano infatti a svolgersi secondo i noti passaggi di natura induttiva (altro non può esigersi), mentre i richiami ai saperi scientifici non fanno altro che proporsi –con una certa, forse addirittura eccessiva, timidezza– accanto agli altri tradizionali elementi valutativi, concorrendo con essi alla formazione del convincimento giudiziario: non li scardinano; non li obliterano; non manifestano alcuna tendenza eversiva dei principi consolidati.

3. Proviamo allora a supporre che le ragioni della freddezza dottrinale siano differenti e che affondino in una matrice psicologica (o, dovremmo dire: neuro-biologica?). Immaginiamo cioè che nell'inconscio del giurista si annidi il timore inconfessato che le neuroscienze possano in un prossimo futuro fornire evidenze tali da espropriare definitivamente il giudice della valutazione della prova, per consegnarla tutta al perito, portando così al punto di zenit quella progressiva rivisitazione del gioco delle parti che l'ingresso della prova scientifica sta da tempo determinando all'interno del processo penale e rinforzando il rischio di un diverso e surrettizio ritorno al sistema delle prove legali.

Beninteso, la preoccupazione del giurista accademico non sarebbe meramente *altruistica*. Si sa che l'atteggiamento della scienza penalistica nei confronti del giudice è complessivamente segnato da un'ambivalente e continua oscillazione tra *critica* ed *invidia del ruolo*: in ogni caso, non c'è dubbio che un depotenziamento del libero convincimento del giudice si tradurrebbe fatalmente in uno sgradevole contenimento delle mai rinnegate aspirazioni *conformative* che la teoria nutre nei confronti della prassi. Se così fosse, la surrelevata diffidenza attingerebbe non già a motivazioni logiche, bensì, piuttosto, all'*emotività* del giurista di stampo classico. E, sia detto incidentalmente, fornirebbe una prova ulteriore, seppure indiretta, della bontà delle tesi neuroscientifiche, le quali assegnano appunto all'intelligenza emotiva, nell'agire pratico, un ruolo determinante (e positivo), ma non sempre consapevole.

4. E' tale timore fondato? Riteniamo di sì, e aggiungiamo che esso non potrebbe essere agevolmente fugato attraverso il richiamo alla cautela, pure indispensabile quando si ricorre ai mezzi di prova neuro-scientifici ed

⁽¹⁸⁾ Vd. Corte d'Assise d'Appello Trieste 18 settembre 2009; GIP Como 30 agosto 2011.

all'interpretazione dei loro (tutt'altro che univoci) risultati. E' sotto gli occhi di tutti che la prova scientifica, il cui ingresso nel procedimento penale è stato inizialmente salutato con favore per le presunte capacità semplificatrici che ad essa venivano attribuite, lungi dal conseguire una *maggior certezza*, si sia invece in alcuni casi rivelata un paradossale fattore di complicazione e di *precarizzazione* della prova. E' parimenti evidente come essa abbia eroso, proprio per la sua (soltanto presunta) maggior evidenza, lo spazio in cui un tempo si muovevano prove che lasciavano al giudice ben più ampi margini di apprezzamento (si pensi alla testimonianza). Ora, abbiamo già evidenziato come eventuali disfunzioni neuronali non si traducono per necessità di cose in un *deficit* oppure in un'attenuazione della capacità di intendere e di volere. Sappiamo altrettanto bene che non sarebbe sufficiente la presenza di una psicopatia o di un'anomalia per escludere l'imputabilità, dovendo l'incapacità sussistere al momento del fatto (le tecniche di *neuro-imaging*, che vengono utilizzate in un momento successivo, possiedono pertanto comunque un valore meramente indiziante). Né vale la pena di sottolineare che tra l'anomalia e lo specifico comportamento criminoso deve intercorrere un nesso causale. Nonostante l'apprezzamento di tutti questi elementi continui a rientrare astrattamente tra i suoi compiti, è però altrettanto evidente che, nella prassi, il giudice sta finendo con il dipendere sempre più da saperi scientifici ad alto contenuto specialistico che non è in grado di maneggiare con consapevolezza. Non più dunque *produttore* (come si lamentava ancora relativamente poco tempo fa) e nemmeno *consumatore* di scienza⁽¹⁹⁾: piuttosto, al limite, garante del rispetto formale, da parte di altri, di procedure (i protocolli procedurali, peraltro *in fieri*) i cui senso e genesi in massima parte gli sfuggono e che oltretutto -c'è da scommetterci- (anche una volta perfezionati) si riveleranno tutt'altro che risolutivi. Paiono cioè trovare conferma quelle impostazioni (sviluppatasi in realtà in rapporto all'interpretazione del testo) che, giustamente ravvisando nell'attività del giudice una forma di agire pratico, rinunciano all'ideale della verità come corrispondenza alla realtà⁽²⁰⁾ e riducono il proces-

⁽¹⁹⁾ L'allusione -ovvia- è alla celebre locuzione di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975.

⁽²⁰⁾ ... molto caro alla dottrina giuridica. Per tutti vd.: in ambito processual-civiltico, TARUFFO, *La semplice verità*, Laterza, 2009; Id., *Sui confini*, il Mulino, 2002; Id., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992; in ambito processual-penalistico, FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005, 310 s.; Id., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Id., *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992, 59 ss.; in ambito penalistico sostanziale, PULITANO', *Etica e politica nel diritto penale ad 80 anni dal Codice Rocco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 512; Id., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, 246.

so alla metafora di una “partita a punti”, in cui vince il concorrente il quale riesce a risultare più convincente dinanzi al giudice ⁽²¹⁾. D'altronde, già oggi in qualche sentenza si rinvencono passaggi in cui i giudici confessano apertamente, oltre che con lodevole umiltà, come non possano far altro che propendere per le tesi che adducono a proprio sostegno il maggior numero di argomentazioni (tra cui quelle di matrice “neuro-scientifica”) ⁽²²⁾, rinunciando così anche al solo tentativo di travestire verbalmente il proprio senso di imbarazzato smarrimento di fronte a saperi estranei e difficilmente dominabili.

Il Golem tecnologico sembrerebbe quindi acquistare ulteriore potenza con il divorare i margini di libero convincimento del giudice: dapprima con riferimento all'accertamento del fatto, ora anche ai profili legati alla persona del reo, un ambito nel quale –sia notato *en passant*– il discrimine tra (ciò che è) processuale e (ciò che è) sostanziale si assottiglia, se possibile, ulteriormente. Mentre, la *fiducia* nella bontà del protocollo (giammai nella sua infallibilità) e nelle capacità anche (perché no?) intuitive di chi è chiamato a *leggere* gli elementi di prova diventa un necessario strumento di riduzione della complessità ⁽²³⁾ anche nell'ambito del procedimento penale.

Posto allora quella che ci troviamo a fronteggiare non è una rivoluzione ideale, bensì una questione di pragmatica necessità (seppur non scevra di risvolti psicologici anche pesanti), torniamo al punto nodale: rappresentano tali preoccupazioni una plausibile ragione per fingere che le neuroscienze non possano svolgere alcun ruolo in ambito giuridico? Sarebbe metodologicamente scorretto ignorare una realtà soltanto perché produce conseguenze ai nostri occhi sgradevoli. Inoltre, probabilmente un siffatto esito non si rivelerebbe nemmeno funzionale all'obiettivo. Lungi dall'arrestare il processo in atto, finirebbe con l'assecondarlo, consentendo ad esso di nutrirsi dell'indifferenza generale e precludendo già la formazione di un meta-linguaggio sulla cui base avviare un dialogo tra discipline destinante, volenti o nolenti, ad interagire in misura crescente.

Il dibattito, in ambito filosofico, non accenna a sopirsi, come dimostrato dall'ampia attenzione che vi ha dedicato il fascicolo n. 5 della rivista *MicroMega* del 2011, in cui sono raccolti i saggi dei “soliti” VATTIMO, FERRARIS, nonché di FLORES D'ARCAIS. Per una ricca ed aggiornata guida filosofica ai diversi concetti di “verità”, vd. Ora D'AGOSTINI, *Introduzione alle verità*, Bollati Boringhieri, 2011.

⁽²¹⁾ La metafora è di BRANDON, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994 ed è stata ripresa, in Italia da CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, 2003.

⁽²²⁾ Così, sent. GIP Como 30 agosto 2011, cit.

⁽²³⁾ Il riferimento, piuttosto ovvio, è a LUHMANN, *La fiducia*, il Mulino, 2002 (or. 2000).

5. C'è poi dell'altro. Sebbene l'imputabilità e le connesse problematiche giuridiche rappresentino il capitolo del diritto penale che più intuitivamente si riallaccia ai portati delle neuroscienze, trascurare queste ultime significherebbe disattendere i progressi (sebbene più faticosi e lunghi a venire) che esse sembrano promettere in campo cognitivo. Ci riferiamo ad un profilo al quale siamo particolarmente interessati: i meccanismi della conoscenza del fatto.

Le possibili declinazioni della tematica sono plurime. Autorevole dottrina ha recentemente evidenziato i riflessi che le acquisizioni delle neuroscienze possono avere sulla figura del dolo. Si pensi all'elemento della "rappresentazione": la tradizione penalistica è abituata a ricostruirlo come un processo di natura psicologica suscettibile di protrarsi nel tempo sino ad abbracciare (tutte) le note di materialità riconducibili al fatto tipico; le neuroscienze ci spiegano invece che esso è contenuto in una durata compresa tra i 2 e i 5 secondi (con una media di 3 secondi), trascorsa la quale lo spazio della coscienza verrebbe occupato da altri contenuti ⁽²¹⁾. E si è parimenti sottolineato come il rilievo che le neuroscienze attribuiscono alle emozioni e l'impossibilità di scindere queste ultime dalla sfera cognitiva si pongano in discontinuità rispetto alla tradizionale e schematica immagine penalistica del dolo quale successione tra i due distinti momenti della coscienza e (poi) della volontà ⁽²²⁾.

Su un piano diverso ma affine, risultano da tempo diffusi nella dottrina oltreoceano studi volti a decodificare i comportamenti criminali in ambito economico attingendo all'*arousal* emotivo, piuttosto che a motivazioni le quali affondino in schemi di ragionamento debitori della razionalità logica di stampo tradizionale, come ci piace ancora pensare (e piace pensare, ad esempio, alla Scuola economica del diritto) ⁽²³⁾: conclusioni che, sia detto per inciso,

⁽²¹⁾ FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte d'Assise*, 2011, 83 ss., il quale cita BONCINELLI, *Mi ritorno in mente. Il corpo, le emozioni, la coscienza*, Longanesi, 2010, 190 ss.

⁽²²⁾ FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli*, cit., 85.

⁽²³⁾ ... che cominciava ad interessarsi anche al sistema penale. Per tutti, FRIEDMAN, *L'ordine del diritto*, il Mulino, 2004 (or. 2000), in part. 421 ss. Per limitare le citazioni a tale autore, «L'assunto basilare dell'analisi economica del diritto è la *razionalità*: un dato comportamento può essere meglio compreso considerando le finalità che tramite esso si intendono razionalmente raggiungere» (*Introduzione*, p. 19). In Italia, per tutti, PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, Milano, 2006, 539 ss. Critico invece ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 126 ss.

laddove confermate, potrebbero addirittura sollecitare un ripensamento dell'apparato sanzionatorio in questo settore ⁽²⁷⁾.

Gli esempi potrebbero proseguire. A noi interessa tuttavia richiamare l'attenzione su un aspetto ancora diverso e finora (per quel che ci consta) inedito: lo specifico punto di vista del giudice. Ed anticipiamo che l'insegnamento di saperi diversi da quello giuridico potrebbe, in questo ambito, condurre all'effetto, abbastanza sorprendente ed in controtendenza rispetto al percorso fin qui seguito, di contribuire ad *umanizzare* il diritto penale.

6. L'assunto di partenza è da ricercare nell'importanza che sta cominciando ad assumere il *fatto* (fino a poco tempo pretermesso a vantaggio esclusivo del *diritto*) all'interno della riflessione teorica di diritto penale sostanziale.

Le ragioni del ritardo sono di matrice squisitamente culturale ed affondano nella preferenza che la tradizionale dottrina penalistica dei paesi di *civil law* ha da sempre assegnato al formante legislativo su quello giudiziario, per i significati di garanzia di cui si è caricata nel tempo la riserva di legge. Tale aspirazione di garanzia risulta peraltro oggi ampiamente frustrata, e non solo per ragioni legate alla patologia del sistema. L'affermazione di un sistema multilivello delle fonti ha infatti accelerato l'ingresso, anche nel diritto penale, del costituzionalismo moderno, costringendo a riflettere sul ruolo concorrente del giudice nel procedimento di formazione normativo e rimodulando i contenuti essenziali delle garanzie sulla *prevedibilità dell'esito giudiziario*, oltre che sulla messa a punto di sistemi di controllo reciproco tra istituzioni. Più esplicitamente, non sembra eccessivo affermare che oggi la legalità penalistica (senza dubbio quella convenzionale e cioè dell'art. 7 CEDU, ma probabilmente anche quella nazionale, dell'art. 25 Cost.) viene conformata dalla tassatività in misura maggiore che dalla riserva di legge, come invece si dava per scontato fino a pochissimo tempo fa.

Tale consapevolezza dovrebbe già da sola bastare a richiamare l'attenzione sull'urgenza di cominciare a studiare i meccanismi di formazione del convincimento giudiziale. Su un piano più *teorico*, alla stessa conclusione avevano peraltro condotto le riflessioni (di matrice filosofica) svolte attorno alla natura complessa del procedimento interpretativo, per sua natura inidoneo ad avvalersi di un approccio meramente semantico, non essendo possibile desumere il senso delle parole e delle proposizioni linguistiche dalla semplice analisi del

⁽²⁷⁾ Per un efficace quadro di sintesi, RUSSO, *Diritto penale e neuroscienze: una panoramica oltreoceano*, in corso di pubblicazione su *Riv. It. dir. Proc. pen.*

testo, quasi che esse possiedano un'area pre-definita, delimitabile indagandone la corrispondenza con la realtà esterna. Le parole invece sono *tutte* (quale più, quale meno) vaghe ed ambigue, e così anche le proposizioni: la definizione del senso viene decisa di volta in volta dall'*uso* che se ne faccia e dunque, inevitabilmente, dal *contesto* in cui si calano. Se poi i tipi di contesto sono plurimi, senza dubbio il più importante ai fini dell'assegnazione di senso da parte dell'interprete è quello fattuale. E' cioè possibile conoscere il testo soltanto confrontandolo con le circostanze di fatto. E questo compito -sia detto incidentalmente- può spettare soltanto al giudice.

7. Se fin qui si dicono cose tutto sommato note, meno esplorata è l'altra faccia della medaglia. Le oramai diffusissime metafore del "circolo" e della "spirale" ermeneutica stanno ad indicare il continuo scorrimento del procedimento interpretativo dal diritto al fatto. Ma anche il moto inverso.

La conoscenza del fatto (pure e già a livello investigativo) è infatti a sua volta condizionata dall'operazione mentale che in modo spesso inconsapevole seleziona al suo interno le sole note inquadrabili nel paradigma legislativo o, più genericamente, nella *forma mentis* giuridica ⁽⁸⁾: un passaggio, questo, che evoca la tematica (correlata ma non necessariamente implicita negli approcci di natura pragmatica) del c.d. pregiudizio ermeneutico (la quale, come noto, vanta una matrice nel pensiero di Heidegger ma venne sviluppata dal suo allievo Gadamer, esemplificando anche e principalmente proprio con riferimento al mondo del diritto). Ebbene, le concezioni ermeneutiche, sul versante della conoscenza del fatto, sembrano trovare clamorose (e dunque difficilmente casuali) conferme nella psicologia cognitiva: quando ci rappresentiamo la realtà, per forza di cose ne selezioniamo (alcuni) aspetti che sono conformi e dunque sussumibili al di sotto di schemi mentali precostituiti. I c.d. *frames* conoscitivi consentono dunque, ma nel contempo filtrano e quindi condizionano la conoscenza. Se è così, però, diviene di essenziale importanza comprendere la natura ed il funzionamento di tali schemi, allo scopo di respingere l'illusione che la mente del giudicante possa riprodurre fedelmente ed in modo meccanico, come un registratore, l'intera realtà che gli si prospetta innanzi. E, a scanso di equivoci, riteniamo utile precisare che, lungi dal trascen-

⁽⁸⁾ Queste poche osservazioni sintetizzano un percorso di ricerca di cui indichiamo i punti salienti: O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006; EAD., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 93 ss.; EAD., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, tomo IV, Jovene, 2011, 2197 ss. A tali scritti rinvio per i riferimenti bibliografici omissi nel testo per ovvie ragioni di spazio.

dere nel puro scetticismo, la consapevolezza che il nostro sistema cognitivo ha risorse limitate rappresenta l'antidoto più efficace rispetto ai rischi di dogmatismo⁽²⁹⁾.

Soltanto se sappiamo che, nel momento in cui conosciamo, si attivano automaticamente alcune *euristiche*, noi possiamo prendere coscienza, e dunque porre (almeno in parte) rimedio, alle c.d. distorsioni sistematiche della conoscenza (*biases*)⁽³⁰⁾. Così come se siamo consapevoli del fatto che, quando veniamo chiamati a valutare la plausibilità di una certa ipotesi, raramente ci affidiamo a stime accurate di «predittività», bensì con maggiore frequenza a «stime di frequenza» grossolane, comprenderemo più agevolmente che, per questa ragione, siamo portati a selezionare soltanto i casi in accordo con l'ipotesi e non quelli dotati di reale fondamento statistico. Noi tendiamo cioè ad attribuire credibilità ad una ricostruzione ricorrendo all'euristica della «disponibilità in memoria», che dipende dalla facilità con cui recuperiamo dalla memoria il ricordo di eventi simili a quelli descritti o ipotizzati; altre volte all'euristica della «rappresentatività», basata sulla somiglianza dell'evento descritto o ipotizzato a un caso tipico della sua categoria. Questo meccanismo ingenera errori, piuttosto ricorrenti, quali –per fare due esempi– la «fallacia delle frequenze di base» (che consiste nel confondere la probabilità che un risultato si verifichi se un'ipotesi è vera con la probabilità che l'ipotesi sia vera alla luce del fatto che il risultato si è presentato) e la «fallacia della congiunzione» (e cioè l'erroneo convincimento che la probabilità che due eventi ricorrano congiuntamente sia più elevata della probabilità che ricorra uno soltanto di essi), la quale contrasta con la banale verità secondo cui, invece, un insieme formato da un oggetto (es.: mele) deve essere necessariamente più esteso di un insieme formato da due oggetti (es.: mele rosse)⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ In tal senso, riteniamo lodevole l'attenzione che da qualche anno a questa parte la rivista *Cassazione penale* dedica a tali tematiche nella rubrica, *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale*, curata da UBERTIS.

⁽³⁰⁾ Le linee di ricerca su *euristiche* e *biases* sono state inaugurate da TVERSKY, KAHNEMAN in *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 4, 1973, 207 ss. In Italia, vd. Per esempio CHERUBINI, *Psicologia del pensiero*, Milano, 2005, 85 ss., da cui trarremo le esemplificazioni che seguono.

⁽³¹⁾ L'esemplificazione classica, fornita ancora da TVERSKY, KAHNEMAN, *Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment*, in *Psychological Review*, 90, 1983, 547 ss., è la seguente: "Linda ha 31 anni, è single, estroversa ed è molto intelligente; è laureata in filosofia; da studentessa si interessava dei problemi di discriminazione e giustizia sociale e si recava alle dimostrazioni antinucleari. Alla domanda: "che cosa è più probabile: che faccia la cassiera in banca oppure che faccia la cassiera in banca e sia attiva nel movimento femminista?" l'89% dei partecipanti rispose: "che

Un altro fenomeno che dovrebbe essere ben presente ad una futura, auspicabile «teoria del giudicante», è la c.d. «correlazione illusoria». Siamo cioè predisposti a notare associazioni in accordo con le credenze già formatesi e contro-predisposti a notare associazioni in contrasto con queste (inutile chiosare che conoscenze basate su teorie precedenti bloccano l'apprendimento impedendo di valutare in modo corretto un'associazione tra due variabili). La «correlazione illusoria» può però anche non fondarsi su conoscenze precedenti (ciò solitamente accade nei processi di attribuzione sociale): in tal caso, le informazioni relative alla (provenienti dalla) minoranza colpiscono di più l'attenzione di quelle maggiormente diffuse e restano quindi più impresse (tecnicamente: sono più «distintive»). Similmente, è assodato che nel sistema cognitivo la tendenza a notare qualcosa (un elemento positivo) è più forte della tendenza a notarne l'assenza (a notare un elemento negativo) ecc.

Da queste poche ed incomplete note emerge tra l'altro come anche il confine tra percezione e memoria –che noi siamo abituati a pensare piuttosto netto- sia in realtà sottile. «Una serie di evidenze sperimentali [...] ci dicono che la maggior parte di ciò che consideriamo appartenente all'ambito della percezione in realtà è memoria [...]. A differenza dei neonati, noi adulti “*proiettiamo* continuamente le nostre aspettative (ovvero i prodotti delle nostre esperienze passate) sul mondo esterno. In tal modo noi, in massima parte, *costruiamo* -invece di percepire- il mondo intorno a noi. Pertanto la nostra esperienza quotidiana (...) è doppiamente distaccata dalla “realtà in sé” [...]» e ciò «anzitutto per via dell'interposizione del nostro apparato percettivo (che è progettato per *selezionare e rappresentare* alcune caratteristiche specifiche del mondo); in secondo luogo per come è strutturata la nostra memoria (la quale, sulla base dell'esperienza passata, organizza e trasforma tali caratteristiche specifiche facendole divenire *oggetti riconoscibili*)»⁽³²⁾.

Gli esempi potrebbero continuare: interessa però qui notare soltanto come le euristiche si siano sviluppate per consentirci di assumere decisioni in tempi brevi e che sono dunque indispensabili nella vita quotidiana (la loro utilità non va però sottovalutata, tanto per fare qualche esempio, neppure nello sport, nel mondo della finanza o in quello sanitario)⁽³³⁾. Ciò non signi-

faccia la cassiera in banca e sia attiva nel movimento femminista”, ad onta dell'evidenza logica che la probabilità della prima soluzione è molto più elevata della seconda.

⁽³²⁾ SOLMS, TURNBULL, *Il cervello e il mondo interno*, cit., 176 s.

⁽³³⁾ Per una rivalutazione delle c.d. «euristiche del pollice», vd. l'interessante indagine di GIGERENZER, *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Cortina, 2009, or. 2007, il quale, tra le altre cose, riprende (a p. 94 s.) il citato esempio di Linda. «Quegli accademici che parlano di fallacia

fica però che si rivelino sempre corrette sul piano logico. Tutt'altro: esse possono comportare *biases* e dunque, se applicate in contesti diversi da quelli che impongono rapidità decisionale - come sicuramente in quello giudiziario - sono destinate a rivelarsi in molti casi sub-ottimali. Si pensi - per fare un solo esempio ma significativo - alla tendenza, assolutamente "naturale", a giudicare della prevedibilità di un evento nei delitti colposi sulla base del c.d. «senno del poi» (alla luce del quale tante sciagure appaiono *ex post* annunciate, anche quando non lo erano affatto), tendenza la quale altro non rappresenta se non un'applicazione della citata euristica della disponibilità. Lo ribadiamo: soltanto però se si sa che tali meccanismi esistono e come operano diviene possibile correggere gli errori sistematici che comportano.

8. Questo breve *excursus* di problematiche che interferiscono con l'ambito della decisione giudiziaria in materia penale non sarebbe completo se non si accennasse all'inanità dei tentativi (in cui la scienza penalistica risulta ancora ampiamente impegnata) volti a tenere distinti "fatto" e "valore" ⁽³⁴⁾. Se è vero che le componenti fattuale ed assiologica non possono essere distinte (se non per comodità espositiva e didattica), ciò comporta che, quando conosciamo un fatto, noi siamo più o meno consapevolmente condizionati dal nostro sistema assiologico di riferimento.

Nulla di nuovo: uno dei vantaggi riconosciuti al c.d. modello di trinceramento (e cioè della decisione per "regole") rispetto al c.d. modello conversazionale (legato invece al fatto concreto) ⁽³⁵⁾ consiste nel rendere le decisioni cieche ai possibili e deprecati soggettivismi. Il suo principale demerito risiede però nella *deresponsabilizzazione* del giudicante che, invocando la generalità della regola, è in questo modo legittimato a disinteressarsi della sua possibile sovra -(o sotto-) inclusività. La fuga nelle regole (quand'anche possibile)

della congiunzione sono convinti che per stabilire se un giudizio è razionale o irrazionale ci si debba basare sulla logica matematica. Ora, nel problema di Linda le sole cose che contano ai fini di una decisione logica del ragionamento razionale sono le parole [...] e, e *probabile*, che si presume abbiano un solo significato corretto: rispettivamente la E logica (che usiamo, per esempio, negli algoritmi di ricerca) e la probabilità matematica (cioè il confronto fra il numero degli esiti favorevoli e quello degli esiti possibili). Chiamo *cieche al contenuto* queste norme logiche, perché ignorano il contenuto e gli scopi del pensiero. Nella loro rigidità, le norme logiche dimenticano che l'intelligenza deve operare in un mondo vago, non nella precisione artificiosa di un sistema logico, e deve andare oltre l'informazione ricevuta» (integrandola nelle parti mancanti).

⁽³⁴⁾ Per tutti, PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Fazi, Roma, 2004 (or. 2002).

⁽³⁵⁾ La terminologia è di SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, 2002 (or. 1991).

si rivela un comodo, ma disfunzionale, strumento per neutralizzare l'*ansia del decidere* e per rendere il giudice invisibile dietro lo schermo dell'universalità⁽³⁶⁾, quando non in un tecnicismo peraltro solo apparente.

Ebbene, non può escludersi che molti dei timori legati alle contaminazioni tra diritto e morale ed al conseguente possibile ritorno ad una sorta di stato etico si diraderebbero se ci si aprisse all'idea (ampiamente validata in sede scientifica) che esiste una intelligenza emotiva e si potesse confidare nell'operatività di un meccanismo di giudizio morale condiviso. Soprattutto, rassicurerebbe non poco la conoscenza (ovviamente tutta da venire) dei meccanismi con cui tali sistemi funzionano. E' proprio a questo proposito che le neuroscienze offrono il contributo a nostro avviso più interessante.

Alcuni recenti studi delineano un'ipotesi (invero tutt'altro che implausibile) delle origini del nostro giudizio morale. Se confermati, essi fornirebbero elementi per decodificare i *biases* del nostro agire pratico esattamente come oggi si ritiene possibile decodificare quelli conoscitivi. Uno dei maggiori tratti di *umanità* è infatti rappresentato dal possesso di un senso morale comune nei tratti essenziali a tutti gli individui⁽³⁷⁾. Marc Hauser, professore di psicologia, biologia evolutiva e antropologia biologica di Harvard, ipotizza l'esistenza di una *grammatica morale comune*, sulla falsariga di quella postulata dal più celebre Noam Chomsky in campo linguistico⁽³⁸⁾.

Si è poi in precedenza già accennato al *modello socio-intuizionista* di Haidt, che l'autore contrappone a quello razionalistico classico e che articola in una serie di fasi volte ad esemplificare le interrelazioni tra l'intuizione iniziale, veloce, e la successiva (nonché lenta) fase di giustificazione *post hoc* (la quale spesso conduce soltanto a cercare conferma delle conclusioni intuitive preordinate)⁽³⁹⁾.

In una prospettiva parzialmente diversa, Joshua Greene ed altri stanno oggi lavorando sulla loro teoria del "processo duale" che attribuisce, nell'ambito del giudizio morale (quando si debbano assumere decisioni), un ruolo più importante (e più positivo) di quanto faccia il modello SIM al ragionamento classico di stampo utilitaristico, basato sulla ponderazione razionale -in senso classico- tra costi e benefici, senza però trascurare quello dell'intuizione

⁽³⁶⁾ Questa è la tesi di BAŃKOWSKI, *Il giudice e la vita etica del diritto*, in *Ragion pratica*, 34, 2010, 73 ss.

⁽³⁷⁾ Vd. ora il recente e godibile GAZZANIGA, *Human. Quel che ci rende unici*, Cortina, 2009 (or. 2008) e già ID., *La mente etica*, Codice ed., 2006 (or. 2005).

⁽³⁸⁾ HAUSER, *Menti morali. Le origini naturali del bene e del male*, il Saggiatore, 2007 (or. 2006).

⁽³⁹⁾ GREENE, HAIDT, *How (and where) does moral judgment work* cit., ricordano una frase di William James, secondo cui la maggioranza delle persone pensa di star pensando mentre sta soltanto risistemandolo i suoi pregiudizi.

morale originaria ⁽⁴⁰⁾. Ovviamente però tale *grammatica* è tutt'altro che infallibile. Il senso morale è un marchingegno che, al pari di qualunque altro, può condurre a risultati bizzarri. Condanna l'omicidio, lo stupro, ma pure l'incesto, e lo fa anche quando il rapporto sessuale sia assolutamente consensuale, non ripetuto e realizzato tra adulti in segreto, oltre che con cautele atte ad evitare la riproduzione: anche quando, cioè, non se ne possa in alcun modo ipotizzare la dannosità sul piano individuale oppure sociale ⁽⁴¹⁾. La scelta di questo esempio -sia detto per inciso- non è casuale: come tutti sanno, la fattispecie di incesto assurge nel dibattito penalistico ad emblema della tensione tra diritto e morale: da tempo registra un'ampia convergenza in ordine alla sua carente legittimazione criminale; eppure è (o è stata) presente in gran parte delle legislazioni ⁽⁴²⁾.

Ancora, interessanti (ed ampiamente reiterati) esperimenti evidenziano i *biases* che inficiano i giudizi morali, ampiamente diffusi, relativi alla minor gravità di un'omissione rispetto ad un'azione le quali comportino lo stesso risultato. Ed anche in questo caso la mente (dei filosofi, prima ancora che dei giuristi) è andata a tematiche note, quali il (ritenuto) maggior disvalore dell'eutanasia attiva rispetto a quella passiva. Un giudizio che contrasta con l'evidenza, ormai acquisita, che lasciare morire un paziente (terminale) tra atroci sofferenze dovrebbe essere più grave del cagionarne la morte mediante una semplice iniezione ⁽⁴³⁾. Dato per dimostrato dunque che le nostre reazioni emotive di fronte a dati dilemmi sono le stesse, perché noi giudichiamo in modo distorto? La spiegazione dei *biases* morali -quasi imbaraz-

⁽⁴⁰⁾ Vd. per esempio CUSHMAN, GREENE, *Finding faults: how moral dilemmas illuminate cognitive structure ...*; PAXTON, UNGAR, GREENE, *Reflection and reasoning in Moral Judgment*, in corso di stampa su *Cognitive Science*. I saggi di questo autore sono liberamente consultabili nella sua *homepage* (<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/>).

⁽⁴¹⁾ PINKER, *Tabula rasa. Perché non è vero che gli uomini sono tutti uguali*, Mondadori, 2005 (or. 2002), 331 ss., il quale richiama HAITT, *The Emotional Dog and its Rational Tail*, cit. L'incesto è usato spesso come "cartina di tornasole" nell'ambito degli studi americani di psicologia. Vd. Anche GIGERENZER, *Decisioni intuitive*, cit., 188; da ultimo, PAXTON, UNGAR, GREENE, *Reflection ad Reasoning in Moral Judgment*, cit.

⁽⁴²⁾ Come noto, in ambito penalistico, il dibattito si è di recente rianimato a seguito della dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale da parte del *Bundesverfassungsgericht*, in data 26 febbraio 2008. La sentenza e la *dissenting opinion* di Hassemer possono essere lette per esteso in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con nota di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti* (p. 2115 ss.)

⁽⁴³⁾ Su queste tematiche sia consentito rinviare, anche per la bibliografia penalistica e filosofica, al secondo capitolo di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, cit.

zante per la sua linearità- sarebbe da cercare (ancora una volta) nell'idea dell'evoluzione naturale che oggi percorre trasversalmente, dominandolo in modo quasi assoluto, il pensiero scientifico (in senso stretto). In particolare, la nostra struttura biologica morale si sarebbe sviluppata per consentire all'uomo di sopravvivere prendendo la decisione *migliore* in situazioni semplici che, all'origine, contemplavano ovviamente quale forma di interrelazione soltanto il contatto fisico tra individui. Per questo noi avremmo ad esempio consolidato una reazione comune in situazioni calate all'interno di *scenari personali*, che cioè implicano il coinvolgimento in concrete vicende di vita; viceversa, il nostro *arousal* non sarebbe altrettanto viscerale nel caso invece di *scenari impersonali*, quali sono quelli solitamente implicati dalle moderne tecnologie (le quali hanno avuto uno sviluppo relativamente molto recente) e (tanto per tornare al diritto penale) solitamente caratterizzati dalla configurabilità della condotta in forma omissiva. Questa tesi, formulata dal citato Joshua Greene nei primi anni del 2000, è oggi dallo stesso autore sottoposta ad una parziale revisione negli scritti più recenti. Dopo aver condotto vari esperimenti (anche mediante il ricorso alle solite tecniche di neuro-immagine) su un ampio campionario di persone cui sono stati somministrati alcuni ricorrenti dilemmi morali, l'autore avanza l'ipotesi che il nostro sistema di conoscenza morale (incorporato) si attivi quando siano *compresenti* l'uso della forza personale e l'intenzione e che tali elementi siano strettamente tra loro connessi ⁽⁴⁾.

Ovunque conducano gli studi in esame (è presto a dirsi), certo è che comprendere che il nostro giudizio morale ha un fondamento biologico (ad oggi questa è la sola ma importante certezza offerta dalle neuroscienze cognitive) aiuterebbe, anche in questo caso, a fare chiarezza sulle nostre reazioni emotive, consentendoci di scartare le risposte che, pur manifestandosi in modo intuitivo ed essendo perfettamente in linea con il percorso evolutivo della specie, non trovino conferma in una successiva ponderazione logico-razionale (di tipo utilitaristico) dei costi e dei benefici ⁽⁵⁾. Nel contempo e in

⁽⁴⁾ Vd. Per esempio. GREENE, CUSHMAN, STEWART, LOWENBERG, *Pushing moral buttons: The interaction between personal force and intention in moral judgment*, in *Cognition*, 2009.

⁽⁵⁾ Con riferimento all'altro esempio prima citato, nulla impedisce di filtrare attraverso una lettura evolutivista anche la nota tesi del "divieto di incesto come dono" (della donna ad un altro gruppo familiare) formulata da LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, il Saggiatore, 1990 (or. 1964). Non sarebbe cioè assurdo pensare che il tabù dell'incesto si sia radicato (universalmente) per sostituire -come voleva il brillante antropologo- «un sistema di relazioni consanguinee, di origine biologica, con un sistema sociologico di acquisizione di parentela» (*op cit.*, p. 75); che ciò abbia agevolato la coesione sociale e ridotto le occasioni di litigiosità tra gruppi diversi, e che tale coesione rispondesse al disegno finale di consentire una maggiore diffusione della specie umana (!). E' - più o meno - l'argomento *forte* suggerito

direzione inversa, sapere che la conoscenza non può prescindere, almeno inizialmente, da una componente intuitiva a forte connotazione emotiva e che questa che si atteggia diversamente a seconda della vicinanza/lontananza dal fatto potrebbe forse aiutare a rivalutare il ruolo che l'*ansia* gioca nella *responsabilità* del decidere. E chissà che recuperando la consapevolezza che ogni giudizio è fallibile non si riescano a contrastare gli eccessi cui a volte ci sembra portare l'elevato grado di normativizzazione (e dunque) di astrazione raggiunto dal diritto e dal ragionamento giuridico ⁽⁴⁶⁾...

Si tratta ovviamente di azzardi, oltretutto fondati su ipotesi scientifiche ancora in fase di discussione. E' valsa la pena prospettarle?

9. In una società che ha spinto la tendenza alla specializzazione sino a rendere difficile e quasi precludere (per il venir meno di un meta-linguaggio) la comunicazione tra discipline che erano nate invece allo scopo cooperare (tutte pongono al centro delle loro attenzioni l'*uomo*), crediamo non sia vano il tentativo di recuperare il senso di un sapere unitario. «La conoscenza è [...] un fenomeno multidimensionale, nel senso che essa è, inseparabilmente, fisica, biologica, cerebrale, mentale, psicologica, culturale, sociale». Ovviamente una conoscenza complessa esige anche una epistemologia complessa, che esamini «non soltanto gli strumenti di conoscenza in se stessi ma anche le condizioni di produzione (neuro-cerebrali, socio-culturali) degli strumenti di conoscenza. In questo senso, la conoscenza della conoscenza non potrà fare a meno dei problemi e delle acquisizioni delle conoscenze scientifiche che riguardano il cervello, la psicologia cognitiva, l'intelligenza artificiale, la sociologia della conoscenza ecc., ma perché tutto ciò assuma un senso, non dovrà essere trascurata la dimensione epistemologica: la conoscenza degli elementi costitutivi biologici, antropologici, psicologici, culturali

to altresì in PAXTON, UNGAR, GREENE, *Reflection ad Reasoning in Moral Judgment*, cit., sebbene in un differente contesto argomentativo.

⁽⁴⁶⁾ E' questa l'idea sottesa al nostro *Un diritto penale empatico?*, dove, allo scopo di ipotizzare una risposta ad alcune irrisolvibili questioni bioetiche, abbiamo suggerito di predisporre strumenti normativi che consentano una maggiore vicinanza del decisore alla concreta situazione di vita, sulla base del presupposto che il contatto (soprattutto visivo) comporti una implementazione della risposta empatica (tale teoria è sostenuta in ambito scientifico sulla scorta dello studio del funzionamento di alcuni neuroni, c.d. *specchio*, che si attivano non soltanto quando si agisce, ma anche quando si guarda altri agire). Per una diversa applicazione del medesimo concetto, sia consentito rinviare altresì a O. DI GIOVINE, *Note sulle "neuro-penalistiche" intorno alla presentazione del volume "Il Diritto di uccidere" curato dal prof. Pietro Costa (Foggia, Facoltà di Giurisprudenza, 8 aprile 2011), La Corte d'Assise, 2011, 109 ss.*

della conoscenza non può essere privata di una conoscenza di secondo grado vertente su questa conoscenza medesima».

Così scriveva Edgar Morin, nell'introdurre il suo tanto ambizioso quanto importante progetto epistemologico, nel 1986 ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ MORIN, *La conoscenza della conoscenza*, Cortina, 2007 (or. 1986), *Introduzione generale*, rispettivamente, p. 8 e p. 21.