

RIVISTA
DI
STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

COMITATO DI DIREZIONE

R. AJELLO (Napoli); M. ASCHERI (Roma); M. BELLOMO (Catania); L. BERLINGUER (Siena); I. BIROCCHI (Roma); A. CAMPITELLI (Roma); P. CAPPELLINI (Firenze); S. CAPRIOLI (Roma); M. CARVALE (Roma); D. CECCHI (Macerata); A. CERNIGLIARO (Napoli); G. CIANFEROTTI (Siena); E. CORTESE (Roma); P. COSTA (Firenze); A. DE MARTINO (Napoli); E. DEZZA (Pavia); M.G. DI RENZO VILLATA (Milano); M.R. DI SIMONE (Roma); R. FEOLA (Napoli); M. FIORAVANTI (Firenze); P. FIORELLI (Firenze); C. GHISALBERTI (Roma); P. GROSSI (Firenze); F. LIOTTA (Roma); D. MAFFEI (Roma); D. MARRARA (Pisa); F. MARTINO (Messina); G. MASSETTO (Milano); A. MAZZACANE (Napoli); E. MAZZARESE FARDELLA (Palermo); M. MONTORZI (Pisa); L. MOSCATI (Roma); C.M. MOSCHETTI (Napoli); P. NARDI (Siena); A. PADOA SCHIOPPA (Milano); A. PADOVANI (Bologna); G.S. PENE VIDARI (Torino); U. PETRONIO (Roma); V. PIERGIOVANNI (Genova); L. PROSDOCIMI (Milano); A. ROMANO (Messina); U. SANTARELLI (Pisa); R. SAVELLI (Genova); I. SOFFIETTI (Torino); B. SORDI (Firenze); G. ZORDAN (Padova).

Direttore responsabile: GIAN SAVINO PENE VIDARI



FONDAZIONE SERGIO MOCHI ONORY
PER LA STORIA DEL DIRITTO ITALIANO
ROMA

CONDIZIONI DI PUBBLICAZIONE DI ASSOCIAZIONE

L'abbonamento è *annuale*, al prezzo di € 50 anticipate per l'Italia e di € 75 per l'Estero.

La sede della DIREZIONE e dell'AMMINISTRAZIONE della rivista è presso la *Biblioteca Patetta* - Università di Torino - Via S. Ottavio, 20 - Torino, cap. 10124 - tel. 011.670.3763 - fax 670.3355; www.storiadiritto.it.

I collaboratori sono pregati di far pervenire i loro testi, perfettamente rifiniti, in dischetto e dattiloscritto, alla sede della Direzione. Di ogni articolo la rivista offre in dono 50 estratti agli autori.

Si prega di rivolgersi esclusivamente all'Amministrazione per il pagamento di abbonamenti, richieste di fascicoli, pubblicazioni edite a cura della Direzione della rivista, ecc.

Gli autori ed editori sono invitati ad inviare le loro pubblicazioni, se possibile in doppio esemplare, alla sede della Direzione. Di ogni pubblicazione ricevuta sarà data notizia nella rivista.

I cambi di riviste o di altri periodici dovranno essere concordati con la Direzione.

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

U.S.P.I.

Rivista associata alla «Unione Stampa Periodica Italiana»

Printed in Italy - Stampato in Italia

L'ARTISTICA SAVIGLIANO - SAVIGLIANO (CN) - 2008
Stampato su carta Palatina delle Cartiere Miliani Fabriano

ALBERTO SCIUMÈ

CAUSALITÀ E CASUALITÀ:
IL PROBLEMA DEL NESSO DI CAUSALITÀ MATERIALE
NEL DIRITTO PENALE ITALIANO TRA IL 1889 E IL 1929

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Imputabilità e volontà. - 3. Il problema della colpa. - 4. Il tema del nesso causale e la sua sottovalutazione. Il fascino della pericolosità. - 5. I maestri destinati all'oblio: Francesco Carrara. - 6. I maestri destinati all'oblio: Gian Domenico Romagnosi. - 7. La teoria della *condicio sine qua non* attraverso la mediazione della dottrina tedesca. - 8. Le concezioni individualizzanti: la causa determinante. - 9. Le concezioni individualizzanti: la causa efficiente. - 10. Le concezioni generalizzanti: la teoria della causa giuridica. - 11. I correttivi alla teoria della causa giuridica. - 12. Le concezioni generalizzanti: la teoria della causalità adeguata. - 13. Dal giudizio di adeguatezza al giudizio di possibilità: il permanente fascino della pericolosità.

1. *Introduzione*

Federico Stella ha rinvenuto nella «mancanza di sufficienti anticorpi» la causa dell'affermarsi, tra gli anni Venti e Quaranta del secolo scorso,

di un pensiero giuridico che costituisce una impressionante espressione dell'asservimento di una intera generazione di giuristi all'ideologia dello stato autoritario¹.

Simile giudizio, così puntuale e così terribile insieme, non può non indurre il giurista che per professione e per vocazione indossa anche gli occhiali dello storico a sviluppare un'indagine diretta a conoscere quale sia stata l'estensione di simile fenomeno e quale profondità esso abbia assunto.

Va detto che questo proposito richiede (naturalmente) di allungare lo sguardo oltre il ventennio, per considerare il periodo ad esso prece-

¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano 2003, p. 69.

ENRICO GENTA

A PROPOSITO DI
STORIA DEL DIRITTO IN EUROPA*

di ANTONIO PADOA SCHIOPPA

Presentare un libro – specialmente essendo presente l'Autore – è un'attività che personalmente trovo un po' imbarazzante. Non perché ci si senta impediti nel criticare il libro – non è certo questo il caso – e comunque il garbo e la benevolenza di Antonio Padoa Schioppa mi autorizzano a sentirmi solo moderatamente toccato dal *metus reverentialis*, ma perché – a mio parere almeno – avvicinarsi ad un libro scritto da altri è in fondo un atto presuntuoso e richiede una sorta di pudicizia: è invadente sentenziare che cosa il libro sia, quali siano i suoi scopi, quando solo il suo Autore sa che cosa sia il suo libro, quanto gli sia costato, quali siano stati i suoi intenti.

Noi oggi abbiamo la fortuna di avere qui con noi l'Autore e quindi Lui stesso ci fornirà, per così dire, l'interpretazione autentica. In ogni modo, se le mie divagazioni lo infastidiranno, Antonio Padoa Schioppa ha l'*upper hand* per bacchettarmi come meglio riterrà...

Ma un libro è anche una cosa "creata", è un "prodotto" che viene, in qualche modo, gettato nel mondo dal suo Autore che, nel momento in cui decide di pubblicarlo, accetta di esporsi, lui e la sua creatura, alle osservazioni altrui: sa che queste potranno essere pertinenti, e se ne sentirà gratificato, contento di essere riuscito a "comunicare" la sua conoscenza argomentata, felice che il processo della conoscenza si realizzi al meglio, in termini d'interesse e fecondità.

Ma l'Autore sa anche che le osservazioni sul suo libro potranno essere più o meno bislacche, più o meno "scollegate" rispetto al suo progetto di comunicazione: e questo gli darà dispiacere, se non dolore, fastidio, se non sofferenza.

* Presentazione del volume di Antonio Padoa Schioppa, tenutasi il 12 giugno 2008 nella sede della Luiss di Roma.

Mi accingo quindi a dire poche cose, con pudore e prudenza, su questo libro, premettendo due piccole osservazioni: bisogna essere consapevoli che la realtà che si vuole conoscere è filtrata da schematismi teoretici che non rendono in realtà possibile la piena "neutralità" dell'osservazione. Non c'è neutralità rispetto alla teoria ... I fatti stessi sono pieni di teoria (Quine)...

In secondo luogo (sto dicendo delle banalità, in verità) va notato che un libro come questo si pone il problema della conoscenza teoretica, cerca di scoprire una realtà esterna (fenomeni politici, fenomeni storici) ma anche – e soprattutto – volendo usare la terminologia di Popper, una "realtà di mondo 3", ossia problemi, teorie... strutture astratte che come tali non esistono nella realtà, ma che servono a far comprendere alcuni suoi aspetti.

Antonio Padoa Schioppa si occupa e si preoccupa di "conoscere" (e di far conoscere) non solo i fenomeni storici ma – appunto – la realtà di mondo 3: il rapporto tra conoscenza e realtà, attraverso la selezione critica fatta dall'Autore, è segnato dalla presenza di realismo e astrazione ("non c'è realismo senza astrazione e non c'è astrazione senza realtà", Robilant).

I nuovi esiti della filosofia della scienza, con il diffuso abbandono della fiducia nell'apoditticità del sapere scientifico (Fornero e Tassinari) portano l'attenzione di uno storico, nel senso più ampio e profondo del termine, come Antonio Padoa Schioppa, a interrogarsi sull'esistenza attuale del diritto (di un diritto, di più diritti?), sulle "metamorfosi" del diritto, sul ruolo attuale del (dei) giurista (i).

Storia esterna (l'insieme dei fatti) e storia interna (prodotta dalla razionalizzazione da parte dello storico) sono – ce lo ha spiegato Lakatos, e non solo lui – complementari. Non esiste senso della storia precostituito rispetto alle interpretazioni e alle decisioni umane poiché la storia assume il senso che gli uomini le danno.

Fin dall'introduzione, l'A. ci comunica due messaggi significativi: *vita magistra historiae*, nel senso che il processo di unificazione del continente europeo ci "ha aperto gli occhi sul nostro passato," il che colloca in una corretta prospettiva scientifica il nostro mestiere di storici.

E poi, la citazione di quanto scrisse Maitland a Dicey: "L'utilità concreta della storia del diritto (non parlo del suo appassionante interes-

se) consiste nell'insegnamento che ogni generazione ha un potere enorme di foggarsi il proprio diritto": il che mi pare esprima in modo chiaro il tipo di problematicità che pervade tutte le quasi ottocento pagine del volume.

Ora, dopo aver ingenuamente commesso un'imprudenza, entrando, anche se in punta di piedi, nell'*hortus* dei filosofi del diritto e dei filosofi della scienza (e cioè in un campo che non è il mio) mi accingo a commettere un altro errore, prendendomi la libertà di visitare terreni scabrosi, anche se invitanti, che sono quelli della storia dell'arte e dell'architettura e che hanno valenze estetiche, anche in un senso corrente (e quindi assai approssimativo se non improprio). Va da sé che si tratta di considerazioni, o meglio di divagazioni, che derivano da impressioni del tutto personali, ma spero che il gentile pubblico – e soprattutto l'Autore qui presente – mi vorranno perdonare il *divertissement*.

Un libro – questo libro – è certamente un prodotto che ha, per più versi, valenze estetiche. Sappiamo che c'è l'estetica della musica, dell'architettura, del cinema, ma anche della sedia, del tavolo, della porta, della finestra, della caffettiera... Anche un libro ha – per così dire – la sua estetica. Non a caso si parla spesso di *come* un libro è costruito, di quale sia la sua *architettura*, tematica e sistematica, di quanto il suo linguaggio sia figurativo, espressivo, allusivo: c'è una forte potenzialità estetica in un libro (un *bel* libro...).

Un libro è una costruzione, quindi un'architettura: se volessimo divertirci un po' e pensare a questo libro come ad un'opera di architettura, non mi pare che potremmo definire il libro di Antonio Padoa Schioppa come un'architettura romanica: la materia, nella Sua costruzione, *non* ci appare piegata a forza, non del tutto domata, nel gioco complesso delle membrature, *non* c'è quella complessità, un po' forzata, che spesso si nota nell'architettura romanica.

Né – credo – che il libro di Antonio Padoa Schioppa sia leggibile come una costruzione gotica: mancano i pilastri altissimi, non c'è la selva di guglie e pinnacoli, gli archi rampanti, non c'è il *rayonnant* e il *flamboyant*. Tantomeno è un libro barocco...

Mi pare invece di poter dire che questo libro sia un bell'esempio d'architettura neoclassica: dall'antico, secondo i neoclassici, si trae una lezione di chiarezza.

Vediamo quali sono alcune parole chiave già usate, anche oggi, per definire il libro di Antonio Padoa Schioppa: nitore, razionalità, sobrietà, linearità, rispetto di regole fondamentali... Se rifletto su questi *mots-clé*, mi viene da pensare alla Milano neoclassica, a quell'architettura impeccabile negli ordini, misurata nelle proporzioni e nella distribuzione dei pieni e dei vuoti, a quella Milano dove nel 1779 viene tradotto Winckelmann....

A me il libro di Antonio Padoa Schioppa – nella sua architettura – ha subito rievocato la Sua Milano, certi palazzi milanesi (la stessa Scala, il palazzo Belgioioso...), un *ordine* milanese, lombardo, asburgico.

È – a mio parere – evidente un classicismo razionalista, in cui il riferimento all'antico si sottrae all'ossequio e cerca nuove basi, in cui c'è – anche – una forte attenzione all'essenziale elemento della funzionalità.

«Grandi e nitidi volumi, forme geometriche essenziali, profili netti, sobrietà d'ornati: la grandiosità si unisce alla semplicità».

Detto questo, e quindi dopo aver cercato di suggerire una lettura anche in termini estetici del libro, vorrei affrontare – seppur brevemente – un aspetto più complesso, e cioè quello di tentare di collocare questo libro nel panorama dell'attuale fase di evoluzione della conoscenza, cercando di orientarsi nel “clima”, nell’“atmosfera” della cultura, non solo giuridica, del nostro tempo.

Proprio per cominciare a orientarci, proporrei che il libro di Padoa Schioppa possa essere visto come un libro post-illuministico, intendendo con questa definizione che il suo Autore (con tutto il suo percorso culturale e con tutta la sua esperienza umana) si situa, con piena consapevolezza, “al di qua” del positivismo statuale costruttivistico, “al di qua” della pedagogia giuridica alla felicità; è un libro che si colloca “dopo” la crisi dello Stato come supremo punto di riferimento conoscitivo, etico e operativo; è “all'interno” della tensione tra il monismo conoscitivo, caratteristico del positivismo scientifico, e la separazione tra le forme di conoscenza fra le discipline scientifiche....

In un recente incontro organizzato dall'Accademia delle Scienze di Torino dedicato (con apprensione e provocazione) alla “fine del diritto?”, Maurizio Fioravanti ha indicato i “paradigmi” della modernità giuridica, articolati sul modello dello Stato nazionale, sul nesso tra diritto e sovranità politica (riandiamo ad Hobbes), sulla razionalità oggettiva

tiva (pensiamo all'economia, alla calcolabilità, a Weber...). Si è detto che l'Illuminismo è la grande metanarrazione della modernità: se questo è – come credo – corretto, allora il libro di Padoa Schioppa è sicuramente post-moderno. Se post-moderni sono i filosofi secondo cui la modernità, almeno in alcuni dei suoi aspetti più caratteristici, sarebbe arrivata al capolinea, allora mi pare che ogni giurista (storico, filosofo, comparatista, sociologo) *non possa che essere post-moderno*. Padoa Schioppa è consapevole – per fare un esempio – che “il mondo non è uno, ma molti”, anche dal punto di vista giuridico...

Ma si sa che il termine post-moderno presenta una spiccata polivalenza semantica e vediamo allora perché – a mio parere – per altri, rilevanti aspetti il libro di A.P.S. *non* sia post-moderno.

Quali sono, tra i tanti, alcuni, significativi, connotati del post-modernismo?

Premesso che moderno e post-moderno – anche nel campo del diritto – non possano dirsi separati da quella cortina di ferro, da quella muraglia cinese di cui parlava Lyotard, il post-moderno si può configurare come la “fine dei grandi racconti”, è “post-istorico”: per Arnold Gehlen la storia (la *post-historie*), dopo aver offerto tutto quello che poteva, ha cessato di essere elemento propulsivo.

È post-moderno il “nomadismo culturale”, che porta a viaggiare nella storia come in una banca dati, come si naviga su Internet.

È post-moderna la visione del “mondo a frammenti” (l'immagine del labirinto, della Torre di Babele), il relativismo epistemologico, il relativismo morale, il nichilismo, anche giuridico.

Molti, non solo Roberto Esposito, ci autorizzano a vedere nel normativismo kelseniano la più efficace trasposizione del nichilismo sul piano giuridico e Irti afferma che formalismo e nichilismo sono stretti da un' “intima fraternità”...

Non voglio dilungarmi troppo in un discorso che – naturalmente – meriterebbe ben altri approfondimenti, scusandomi ancora per la superficialità del mio dire, ma non mi pare che in Padoa Schioppa ci sia quella sfiducia programmatica che per più versi pervade il post-modernismo. Certamente, egli non concepisce la storia come la “piattaforma” garantita dell'umanità verso l'emancipazione e il progresso (è un post-illuminista, come ci siamo permessi di definirlo) ma nemmeno – credo – come un brancolante e incostante tentativo di muoversi nel labirinto

di un mondo definitivamente “scollato” e sconnesso: pensiamo a quella definizione di Vattimo della storia, che non è più un filo conduttore unitario ma è invece come «molti televisori in una casa, una quantità d'informazioni e di cronache»...

In occasione di un incontro tra gli storici del diritto a Padova nel 2005 Antonio Padoa Schioppa, ricordando che i giuristi stanno diventando oggi «cinghia di trasmissione di interessi economici potenti», che per molti il diritto ha perso – o sta perdendo – la sua autonomia contenutistica, operativa e metodologica (citando Anthony Kronman e il suo *lost lawyer*, il giurista perduto), riflettendo, da storico, sul fatto che già nella Firenze dei Bardi e dei Peruzzi, nella Genova dei Fieschi, nell'Olanda della Compagnia delle Indie si erano anticipate condizioni non dissimili, rivendicava un'attualità – pur nella forte problematicità dell'attualità (post-moderna!) – del ruolo del giurista e dello storico-giurista: per quanto informatica e telematica siano influenti non ci sarà mai la “robotizzazione” del giurista, il totale automatismo; il giurista avrà sempre ampi margini di autonomia...così diceva, insegnava, nel 2005 Padoa Schioppa.

E questo credo sia il messaggio (o almeno uno dei principali messaggi) che oggi con questo libro Antonio Padoa Schioppa comunica: un libro pervaso da razionalismo epistemologico, che si fonda sulla formulazione di congetture, nella consapevolezza che ogni teorizzazione si pone come conoscenza argomentata.

Pensiamo a un piccolo fatto, che è però significativo, in quest'epoca di crisi del diritto e del giurista: proprio in quel mondo anglosassone che ha avuto il pregio di non disancorarsi dalla storia, nelle *Law Schools* statunitensi, c'è una crescente consapevolezza della necessità di attingere agli elementi di conoscenza offerti dalla storia. Cito testualmente Antonio Padoa Schioppa: «Non è che si trovano nel passato le soluzioni ai problemi del presente, ma si rende più maturo e consapevole il lavoro del giurista: si deve arrivare al giurista *colto*».

Concludendo, mi pare che si possa dire che questo libro si pone come un importante strumento per rendere il giurista (non solo lo storico del diritto) *colto*.