

Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche

*Il diritto e il processo penale**

Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. *Premesse generali.* – 2. *L'inevitabile interazione tra conoscenze scientifiche e sapere giuridico nella prassi penalistica attuale.* – 3. *La problematica della causalità.* – 4. *La problematica dell'imputabilità.* – 5. *Considerazioni finali.*

1. Premesse generali

Il problema dei rapporti tra scienza e diritto è andato prospettandosi, sul versante specifico del diritto e del processo penale, secondo angolazioni diverse e concorrenti. Anzi, si può dire che l'apertura verso il sapere empirico e le scienze sociali ha rappresentato – almeno a livello di obiettivo programmatico – il più ambito titolo di legittimazione per i sistemi penali che hanno vantato la pretesa di iscriversi nella cultura della modernità.

Ciò che ha contrassegnato in non piccola parte l'evoluzione del pensiero penalistico europeo, specie a partire dalla fine degli anni Sessanta del ventesimo secolo, è stata l'aspirazione teorica a costruire progressivamente un modello “neoilluministico” di scienza penalistica, volto a realizzare il contemperamento di due esigenze ugualmente avvertite: da un lato, il potenziamento delle garanzie individuali, anche grazie alla rilettura degli istituti penalistici alla stregua dei principi costituzionali; dall'altro, il rafforzamento della razionalità strumentale del diritto penale – specie in termini di auspicato incremento della sua efficacia preventiva – grazie all'utilizzazione di conoscenze empiriche ricavabili dal sapere scientifico. Da qui, il tendenziale profilarsi di un ambizioso e suggestivo modello “integrato” di scienza penalistica: vale a dire, ispirato – sempre a livello di intenti – all'idea dell'unità sistematica tra sistema penale e politica criminale e ritagliato sulla cooperazione stretta tra dogmatica giuridica e scienze empirico-sociali¹.

Invero, l'approccio interdisciplinare, insito nel suddetto modello, avrebbe dovuto proiettarsi sui diversi momenti della fenomenologia punitiva. Più precisamente, il contributo dei vari saperi scientifici avrebbe dovuto supportare le fondamenta dell'edificio penalistico sia nella fase della creazione (o della modifica) delle fattispecie

* Testo rivisto della relazione presentata al convegno “Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche”, Firenze, 7-8 maggio 2004.

¹ Limitandoci alla dottrina italiana cfr., tra altri, Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in “Studi Urbinati”, 1980-81, 3 ss. (dell'estratto); Fiandaca, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in “Delitti e pene”, 1987, 243 ss.; Id., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in “Questione giustizia”, n. 1/1991, 31 ss.; Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 3 ss.; Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, spec. 101 ss.; Stella, *Giustizia penale e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2 ed., 2002.

di reato, sia nella fase della applicazione giudiziale delle norme penali ai casi concreti, sia infine nella fase esecutiva della pena a seguito di condanne passate in giudicato.

Quanto è riuscito finora a tradursi in realizzazione questo progetto teorico di rifondazione del sistema penale (anche) su basi scientifiche? Senza per questo disconoscere i notevoli sforzi compiuti in tale direzione da alcuni studiosi delle ultime generazioni, un consuntivo realistico induce a concludere che il progetto è sino a oggi rimasto in larghissima parte aspirazione teorica. Al di là dei possibili limiti soggettivi degli appartenenti al ceto dei penalisti, e al di là della difficoltà di governare l'interdisciplinarietà senza scadere in indebiti sincretismi metodologici, è verosimile che il progetto di una (per dir così) "scientifizzazione" del diritto penale si alimentasse sin dall'origine di una illusione "scienziata".

Si aggiunga il crescente "disincanto" verso le certezze della razionalità scientifica che è andato, più di recente, diffondendosi nella complessa e frammentata atmosfera culturale di "postmodernità" (o seconda modernità) che stiamo ormai vivendo. Postmodernità in atto testimoniata, nell'orizzonte teorico della scienza penalistica contemporanea, dalla coesistenza di indirizzi metodologici molto diversificati: indirizzi inclini a privilegiare – rispettivamente – l'ontologismo empiristico, il normativismo vuoto di empiria, il temperamento tra empirismo e normativismo o addirittura la riproposizione in forma più o meno rammodernata di vecchi motivi idealistici di ascendenza hegeliana².

Un quadro teorico così eterogeneo, dunque, da rendere poco agevole la ricostruzione di un univoco modello dominante di scienza penalistica moderna (o postmoderna).

2. L'inevitabile interazione tra conoscenze scientifiche e sapere giuridico nella prassi penalistica attuale

Quale che sia il modello teorico di scienza penalistica che si intenda privilegiare, il problema del rapporto tra sapere scientifico e sapere giuridico non potrebbe comunque essere eluso in conseguenza di un dato oggettivo sotto gli occhi di tutti: la realtà odierna produce nuove forme di criminalità, o ci mette di fronte a fenomeni a vario titolo rilevanti per l'ordinamento penale, il cui vaglio processuale implica il possesso di conoscenze e competenze che ben trascendono la tradizionale formazione tecnico-giuridica.

Nell'esemplificare le aree tematiche di nuova o rinnovata emersione, che richiedono oggi un approccio interdisciplinare, c'è solo l'imbarazzo della scelta. È di immediata evidenza che l'esigenza di ricorrere all'ausilio di esperti, che coadiuvino il magistrato (inquirente o giudicante), emerge frequentemente al momento di procedere alla ricostruzione probatoria dei fatti di reato a struttura complessa, il cui accertamento diventa più agevole mediante le cosiddette prove scientifiche: per esemplificare, si considerino «i tests genetici del DNA, gli esami biologici, le analisi chimiche e tossicologiche, gli esami psicologici, le informazioni desumibili da studi epidemiologici, da sperimentazioni su animali, da calcoli statistici e bio-statistici, la ricostruzione della dinamica dell'evento mediante il computer, il metodo spettrografico

² Per un aggiornato quadro ricostruttivo dei diversi orientamenti metodologici che in atto si contendono il campo cfr., sia pure con prevalente riferimento alla cultura penalistica tedesca, Schuenemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1 ss.

di riconoscimento vocale (*voice-print*), la stilometria come tecnica di misurazione qualitativa dello stile letterario di una persona per l'attribuzione ad essa di una dichiarazione scritta o orale ecc.»³.

Se l'interazione tra conoscenze scientifiche e valutazione giudiziale è sempre più spesso imposta dalle difficoltà di prova che insorgono nei processi ad alta complessità fattuale, è anche vero che in alcuni casi l'approccio interdisciplinare si rende necessario ancor prima di procedere all'accertamento processuale. Sono questi i casi in cui il contributo dei saperi scientifici risulta già utile per ricostruire i presupposti della responsabilità sul versante dello stesso diritto penale sostanziale: per cui la necessità di fare ricorso ad esperti portatori di conoscenze specialistiche, lungi dal derivare da esigenze puramente probatorie, costituisce il riflesso della complessità scientifica che caratterizza – più a monte – le categorie sostanziali che vengono in rilievo. In realtà, nei casi di questo secondo tipo, può peraltro diventare in concreto assai fluida e sfumata quella distinzione – che in linea astrattamente concettuale rimane pur sempre possibile – tra “concetto” e “prova”, sulla quale tradizionalmente si regge la consolidata differenziazione scolastica tra diritto penale sostanziale e processuale.

Per esemplificare, come casi emblematici di categorie o istituti sostanziali suscettibili di essere presi in considerazione in una prospettiva interdisciplinare si considerino: la causalità; l'imputabilità e la pericolosità sociale; la coscienza e volontà quali coefficienti psicologici del dolo e, più in generale, la colpevolezza; l'idoneità nel tentativo; la commisurazione della pena, ecc.⁴.

Non essendo possibile in questa sede esaminare le varie ipotesi di rilevanza del sapere scientifico, concentrerò l'attenzione – anche per ragioni di competenza personale – sulla tipologia di casi in cui a implicare il riferimento a conoscenze extragiuridiche sono gli stessi concetti di diritto penale sostanziale: e, per ragioni di tempo, mi limiterò a considerare la duplice problematica della causalità e dell'imputabilità. Come vedremo, a riaprire il dibattito scientifico hanno contribuito casi giudiziari difficili, e tali sotto un duplice punto di vista: da un lato, perché hanno riproposto il problema del rapporto tra i rispettivi concetti, naturalistico e penalistico, di causalità e capacità di intendere e di volere; e, dall'altro, perché la divergenza di vedute riscontrabile tra gli esperti ha posto i giudici nella condizione di dovere prendere criticamente partito tra posizioni tecnico-scientifiche in contrasto.

Come emergerà dalla successiva analisi, sul modo di atteggiarsi della complessa interazione tra scienza e diritto, in rapporto alle due problematiche suddette, incidono valutazioni giuridiche e considerazioni scientifiche strettamente intrecciate: e ciò sino al punto che non sempre è facile distinguere tra momento valutativo e momento

³ Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in “Diritto penale e processo”, n. 10/2003, 1193. Con particolare riguardo alle prove scientifiche a carattere statistico cfr. B.V. Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002. In argomento, si veda pure Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche della formazione della prova penale*, in “Cassazione penale”, 2003, 4034 ss.

⁴ Con riferimento alla causalità e all'imputabilità si rinvia a quanto si osserverà successivamente nel testo. Sul problema dei presupposti empirici del concetto di dolo nell'ottica delle scienze psicologiche cfr. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 13 ss.; rispetto, più in generale, alla colpevolezza si veda Fiandaca, *op. cit.*, 248 ss.; Id., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1987, 836 ss. Sulla idoneità nel tentativo cfr. Giacona, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 63 ss. Sulla commisurazione della pena si veda Koeberer, *Judex non calculat. Ueber die Unmoeglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-matematisch zu rationalisieren*, Frankfurt/am Main, 1996.

conoscitivo. Sicché, anche il terreno del diritto e del processo penale si presta a esemplificare quel fenomeno di “ibridazione” tra saperi, per descrivere il quale è stato efficacemente proposto il concetto di «coproduzione» tra scienza e diritto⁵. Non solo cioè la scienza influenza i concetti di diritto, ma anche le esigenze di quest’ultimo incidono sulla selezione dei saperi da considerare scientificamente più validi. Si tratta di condizionamenti reciproci, che vanno considerati «fisiologici nell’interazione tra sistemi che dialogano traducendo reciprocamente i rispettivi linguaggi»: ma che possono diventare «patologici quando i concetti costitutivi dei due sistemi utilizzati vengono blindati (*black-boxed*), sono utilizzati come scatole nere non ulteriormente decostruibili»⁶.

3. *La problematica della causalità*

3.1. Una esemplificazione emblematica del carattere complesso della possibile interazione tra scienza e diritto, sul versante del processo penale, è rinvenibile nel persistente dibattito sul concetto di causalità penalmente rilevante.

È risaputo che si discute da molto tempo, tra i giuristi (non solo penalisti), circa il rapporto intercorrente tra il concetto giuridico di causalità e quello proprio delle scienze naturali. Certo è che diversi sono gli scopi, e dunque i punti di vista sotto i quali rispettivamente si collocano lo studioso di scienze naturali e il giurista o il giudice: il primo è interessato a scoprire rapporti di regolarità tra fenomeni concepiti come eventi ripetibili, al fine di acquisire conoscenze che consentano previsioni sullo svolgersi degli accadimenti; il secondo è interessato alla causalità come presupposto della possibilità di imputare eventi singoli o concreti già accaduti alla condotta umana. Proprio perché l’ottica del giurista-giudice è quella del giudizio di responsabilità, si comprende perché sul terreno giuridico predominino modelli di spiegazione causale meglio atti a dar conto dell’influenza dell’operare umano sulla dinamica degli accadimenti.

Ma su quale sia la teoria causale che meglio si presta a soddisfare le specifiche esigenze dell’imputazione penalistica non regna, tuttavia, concordia. E non sorprenderà troppo constatare come, in proposito, si assista oggi al coesistere di orientamenti che concepiscono la causalità in diritto penale ora in maniera più vicina, ora in maniera più lontana rispetto alla causalità c.d. scientifica. Ciò emerge in maniera evidente al momento di affrontare il problema della causalità dell’omissione. Predomina ancora, tra i penalisti, l’idea che la causalità omissiva non sia una vera forma di causalità: nel negarlo si muove dal vecchio presupposto – che gli epistemologi moderni bollerebbero come “metafisico” – che la causa vera sia da intendere come un dispiegamento di energia fisica nella realtà, come una forza agente che produce modificazioni del mondo naturale. Concetto, questo, oramai da tempo abbandonato dagli scienziati e dai filosofi della scienza.

È pur vero che la coesistenza di dottrine diverse sulla causalità penalistica non ha impedito un largo uso, e una notevole diffusione peraltro non solo a livello europeo, della nota concezione che va sotto il nome di *teoria condizionalistica* (o *dell’equivalenza*): per la quale la condotta umana è causa di un evento lesivo, se non

⁵ Cfr. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, trad.it., Milano, 2001.

⁶ Tallacchini, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in “Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche”, n. 70, 2003, 89-90.

può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno (c.d. procedimento di eliminazione mentale). È proprio ragionando sui limiti della tradizionale teoria condizionalistica che si è riaperto il problema del rapporto tra causalità giuridica e causalità scientifica.

3.2. Casi giudiziari difficili verificatisi a partire dalla fine degli anni Sessanta del '900 – dal famoso processo c.d. del talidomide celebratosi in Germania⁷ ad altri celebratisi in Italia, come quello delle c.d. delle macchie blu dinnanzi al Tribunale di Rovereto⁸ o quello, più recente, sui sospetti decessi per inquinamento a Porto Marghera svoltosi presso il Tribunale di Venezia⁹ – hanno infatti condotto alla “scoperta” seguente: il procedimento di eliminazione mentale (o giudizio controfattuale), così come tradizionalmente effettuato in applicazione della teoria della *condicio sine qua non*, funziona soltanto laddove si sappia in anticipo se tra fattori antecedenti e susseguenti di un certo tipo sussistano rapporti di connessione regolare (causalità c.d. generale); esso non funziona, invece, se si sconosce (o è dubbia) l'esistenza di tale collegamento generale¹⁰.

Esemplificando: nel caso del farmaco contenente talidomide, assunto da alcune donne gestanti che poi partorirono bambini affetti da gravi malformazioni, non era facile stabilire se la produzione del farmaco da parte dei responsabili della ditta produttrice fosse da considerare una condizione necessaria delle malformazioni fetali, proprio perché non era scientificamente noto se l'assunzione del talidomide avesse in generale l'idoneità a provocare eventi lesivi del tipo di quelli verificatisi.

Analogamente, nel caso delle c.d. macchie blu, il ragionamento controfattuale per cui, se la fabbrica di alluminio non avesse emesso fumo inquinante all'esterno le manifestazioni cutanee alla pelle di alcuni operai e abitanti della zona non si sarebbero verificate, non poteva sfociare in risultati certi perché – anche questa volta – era scientificamente ignoto il meccanismo causale di spiegazione del fenomeno.

Ma come sostituire o correggere la teoria condizionalistica in maniera tale da collegare, in sede di accertamento processuale, causalità generale e causalità individuale? L'interrogativo pone, a ben vedere, il problema di come fare interagire il punto di vista scientifico e il punto di vista giuridico nell'attribuzione eziologica di eventi singoli. Ma affrontare questo problema implica, appunto, che anche il giurista si faccia carico di rispondere alla domanda che cosa significhi oggi causalità nel mondo delle scienze empiriche. Risposta, com'è ovvio, tutt'altro che agevole: essendo – com'è noto – il concetto di causalità assai dibattuto nell'epistemologia contemporanea¹¹.

⁷ Armin Kaufmann, *Tatbestandsmaessigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, in “JuristenZeitung”, 1971, 569 ss.

⁸ Trib. Rovereto 17 gennaio 1969, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1971, 1021 ss.

⁹ Trib. Venezia 22 ottobre 2001, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2002, 1635 ss.

¹⁰ Ad accorgersi per primo di questo problema, in termini di speculazione teorica, fu invero nell'ormai lontano 1931 Karl Engisch, *Die Kausalitaet als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestaende*, Tuebingen, 1931, 18 ss. (ma è stato necessario attendere che il problema stesso emergesse con la speciale evidenza esemplificativa della prassi giudiziaria perché se ne prendesse effettiva coscienza in maniera più diffusa). Cfr. anche Maiwald, *Causalità e diritto penale*, trad. it., Milano, 1999, 7.

¹¹ Per un quadro sintetico dei diversi orientamenti cfr. Maiwald, *op. cit.*, 15 ss. Più di recente, si veda la lucida e aggiornata ricostruzione di Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2002, 634 ss.

3.3. La scienza penalistica, e successivamente – come vedremo – la giurisprudenza hanno tentato di trovare una soluzione guardando all’epistemologia “neopositivista”. Per quanto in atto caduto in crisi, il neopositivismo (o positivismo logico) ha rappresentato per molto tempo l’orientamento teorico dotato di maggiore prestigio nell’additare il modello autentico di scienza: e questo prestigio può, del resto, contribuire a spiegare sul piano sociologico l’influenza che il predetto orientamento ha finito con l’esercitare anche sul versante penalistico.

Invero, in conformità a un modello noto come “schema Hempel-Oppenheim”, la causalità – emancipata da ogni suggestione ontologica – finisce col ridursi a ciò: una connessione regolare tra fenomeni spiegabile in base a un *modello nomologico-deduttivo* di conoscenza scientifica. Alla stregua di questo modello “idealtipico”, la spiegazione causale di un evento (considerato come fenomeno non unico ma ripetibile) consiste in una *deduzione logica* da premesse: costituite – a loro volta – da un certo numero di *antecedenti fattuali* (che sogliono essere definiti “condizioni iniziali” e “condizioni di contorno”) e da una *legge scientifica c.d. di copertura*¹².

Anticipata nel nucleo sostanziale da Engisch negli anni ’30 con la sua teoria della *gesetzmaessigen Bedingung* (cioè della condizione conforme a leggi)¹³, la concezione neoempirista della causalità è andata progressivamente prendendo piede, nella letteratura penalistica europea, appunto allo scopo di sopperire alle lamentate insufficienze della tradizionale teoria condizionalistica. In questa direzione si segnalano, nell’ambito della dottrina italiana, i contributi di Federico Stella maturati già a partire dalla metà degli anni Settanta, e sfociati nella prospettazione di una teoria condizionalistica *orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche*¹⁴; e, nell’ambito della dottrina tedesca, i successivi lavori di Walder¹⁵ e di Puppe¹⁶.

Senza potere entrare nel merito delle diversità di accento con le quali lo schema Hempel-Oppenheim viene dai vari autori trapiantato nel (o riadattato al) diritto penale, preme mettere qui in evidenza i punti più problematici di siffatto trapianto.

Il primo punto riguarda il concetto e la tipologia di “leggi scientifiche di copertura”, cui fare ricorso per potere asserire che tra antecedenti e conseguenti di un certo tipo sussistono rapporti di collegamento regolare¹⁷.

In connessione col punto che precede, v’è ulteriormente da chiedersi se le pretese di rigore logico-scientifico vantate dal modello neoempirista non siano troppo elevate per potere essere soddisfatte ad opera dei giudici nel processo penale.

E, inoltre, rimane da esplicitare quali siano le opzioni di valore sottese a una rigorosa ricostruzione della causalità penalmente rilevante.

Si tratta, a ben vedere, di tre interrogativi in qualche misura correlati¹⁸.

¹² Cfr. Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali o singoli*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, 396 s. e letteratura epistemologica ivi citata; Maiwald, *op. cit.*, 68 ss.; Di Giovine, *op. cit.*, 640 ss.

¹³ Engisch, *op. cit.*, 21 ss.

¹⁴ Ci si riferisce, in particolare, all’opera monografica *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975; più di recente, Id., *Giustizia e modernità*, cit.

¹⁵ Walder, *Die Kausalitaet im Strafrecht*, in “SchwZStr”, 1977, 113 ss.

¹⁶ Puppe, *Der Erfolg und seine kausale Erklarung im Strafrecht*, in “ZStW”, 1980, 863 ss.; Id., *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, in “GA”, 1994, 297 ss.

Per ulteriori riferimenti relativi alla crescente ricezione del modello in questione nell’ambito della dottrina tedesca cfr. Haas, *Kausalitaet und Rechtsverletzung*, Berlin, 2002, 156 ss.

¹⁷ Cfr. Puppe, “*Naturgesetze*” vor Gericht, in “JuristenZeitung”, 1994, 1147 ss.

3.4. Prendendo le mosse dal modello nomologico-deduttivo di spiegazione eziologica sopra accennato, un punto oggetto di diffuso consenso in sede di recezione penalistica delle premesse epistemologiche è questo: per ricostruire la causalità si prestano a essere utilizzate, come leggi di copertura, le c.d. *leggi universali* – cioè le leggi che asseriscono un rapporto di regolarità tra fenomeni non smentito da eccezioni e, pertanto, soddisfano al massimo grado le esigenze di certezza (ad esempio, ogniqualvolta una sbarra di metallo viene riscaldata, essa subisce una dilatazione).

La compatibilità col paradigma deduttivo è, invece, epistemologicamente controvertibile già rispetto alle *leggi probabilistiche a carattere statistico* – le quali asseriscono che la connessione tra antecedenti e conseguenti di un determinato tipo non esiste sempre, ma *soltanto in una certa percentuale di casi* e, quindi, sono ben lungi dal potere garantire conclusioni sicure (ad esempio, la esposizione al morbillo provoca il contagio non sempre, ma soltanto in un certo numero di casi)¹⁹.

Ora, a prescindere dalla questione epistemologica (attinente alla struttura logica del giudizio causale) se le leggi probabilistiche siano compatibili più con l’“induzione” che con la deduzione²⁰, quel che soprattutto conta nell’ottica specifica del giurista è la crescente importanza assunta da questo tipo di leggi per l’accertamento della causalità: si pensi a settori emblematici come quello della responsabilità medica, nel cui ambito la giurisprudenza ha dovuto fare i conti col fatto che la medicina è il “regno della probabilità” e che, di conseguenza, la ricostruzione del nesso causale tra condotta scorretta del medico e decesso del paziente è non di rado un’impresa disperata.

Ma proprio l’irrinunciabilità in sede processuale del ricorso a leggi statistiche solleva il problema dell’individuazione delle loro *corrette condizioni di impiego*. Come conciliare la pretesa di ricostruire il nesso causale in maniera tendenzialmente certa con l’incertezza tipica della probabilità?

Misurarsi con questo grosso problema è divenuto un compito ineludibile non solo per la dottrina, ma anche per la giurisprudenza di questi ultimi anni. E forse sorprenderà non poco che una certa terminologia specialistica – se non proprio “esoterica” – tipica dell’epistemologia neopositivista, poco accessibile al senso comune, abbia finito col trasmigrare dagli studi di taglio accademico²¹ nelle motivazioni delle stesse sentenze: alludo alla distinzione, risalente a Rudolph Carnap²², tra *probabilità statistica* (o *frequentista* o *empirica*) e *probabilità logica*²³.

Ed invero, la “probabilità statistica”, ricavata dall’osservazione di fenomeni concreti, indica il grado di frequenza con cui la connessione tra certi fenomeni si verifica nel mondo esterno (come tale, essa è riferibile a “tipi di eventi”, non già ad eventi singoli). La “probabilità logica”, invece, indica il grado di credibilità con cui si può sostenere che la legge statistica trovi applicazione anche nel caso singolo. Essa ha a

¹⁸ Per una importante rivisitazione critica dei problemi di trapianto della concezione neoempirista della causalità nel diritto penale cfr. Di Giovine, *op. cit.*, 640 ss. Nell’ambito della dottrina tedesca manifesta riserve critiche Maiwald, *op. cit.*, 68 ss.; per una presa di posizione nettamente contraria si veda, invece, Haas, *op. cit.*, 159 ss.

¹⁹ È stato ben osservato da Di Giovine, *op. cit.*, 653 s.: “il modello induttivo, a differenza del suo *antagonista*, non reca mai con sé la *certezza logica* della conclusione, bensì soltanto un (più o meno alto) grado di probabilità logica, il quale *si aggiunge* – secondo un calcolo oltretutto complicato – alla probabilità empirica delle premesse”.

²⁰ Sul punto cfr. Agazzi, *op. cit.*, 400 ss.

²¹ Per tutti, Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 338.

²² Carnap, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaften*, 3 ed., 1976, 30 ss.

²³ Da ultimo, su questa distinzione Di Giovine, *op. cit.*, 643 ss.

che fare, dunque, con la ricostruzione causale dell'evento concreto, e implica che in via induttiva si possa escludere che quest'ultimo sia conseguenza di fattori causali alternativi (diversi cioè dagli antecedenti presi in considerazione dalla legge statistica che viene in rilievo): ad esempio, per affermare che il tumore ai polmoni di un operaio sia conseguenza dell'esposizione a sostanze pericolose, occorre nel contempo escludere che il tumore possa essere l'effetto del fumo di sigarette (lo stesso discorso vale rispetto a tutte le ipotesi di possibile causalità cosiddetta multipla e non lineare).

Ma il punto più controverso, nella prassi giudiziaria, è divenuto questo: qual è il livello di probabilità sufficiente – sotto il duplice profilo statistico e logico – per considerare attendibile una ricostruzione della causalità?

3.5. L'interrogativo – com'è facile intuire – non è puramente teorico, ma ha implicazioni concrete in termini di delimitazione dei confini della responsabilità penale: e, quindi, di rispettiva prevalenza accordabile alle esigenze di prevenzione generale ovvero alle preoccupazioni individualgarantistiche. E non è un caso che in proposito siano affiorati orientamenti discordanti non solo tra dottrina e giurisprudenza, ma anche all'interno di quest'ultima.

Invero, in ambito dottrinale spicca per la sua radicalità la posizione di Federico Stella, la quale è peraltro andata atteggiandosi in maniera sempre più rigorosa nel corso del tempo. Il rigorismo di Stella non è ideologicamente neutrale, ma muove da preoccupazioni a carattere prevalentemente individualgarantistico: la prevalenza accordata a un concetto forte di causalità infatti si sposa alla suggestione di estendere al processo penale italiano il principio, di matrice anglo-americana, dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*. L'indicazione teorica che ne deriva, anche in termini di monito etico-politico (prima ancora che scientifico) rivolto alla prassi applicativa, è questa: per potere condannare in sede penale – a differenza che in sede civile dove varrebbe la regola del *più probabile che no* – il nesso causale deve essere ricostruito con un livello di rigore corrispondente alla soglia di un *coefficiente probabilistico* “vicinissimo a cento” con riferimento sia alla probabilità statistica, sia alla probabilità logica²⁴.

Ora, è evidente che – a volere seguire alla lettera un simile insegnamento – la possibilità per il giudice di accertare un nesso causale penalmente rilevante si riduce in misura sensibile proprio nell'ambito dei settori oggi più problematici: come quelli, appunto, della responsabilità medica o della responsabilità colposa da attività produttive pericolose.

Per esemplificare, si consideri che il Tribunale di Venezia, dichiarando esplicitamente di volersi uniformare a parametri causali molto rigorosi nel valutare l'eziologia dei tumori insorti in alcuni operai del petrolchimico di Porto Marghera, ha escluso che *criteri a carattere epidemiologico* possano assumere rilievo determinante ai fini della prova della causalità individuale²⁵.

3.6. A prescindere dalla trasferibilità al nostro ordinamento della regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” (regola di forte richiamo etico ed emotivo, ma di applicazione a sua volta non facile nei casi difficili: quando il dubbio finisce di essere

²⁴ Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 332.

²⁵ Trib. Venezia 22 ottobre 2001, cit., 1636.

ragionevole?)²⁶, certo è che il panorama risultante dalla prassi giudiziale complessivamente considerata è invece più articolato e complesso.

Assumendo a campo privilegiato di osservazione il settore emblematico della responsabilità medica, ci si imbatte in un tormentoso cammino, oscillante – in fasi temporali diverse – tra *flessibilizzazione* e *rigorizzazione* più o meno accentuata della causalità probabilistica: e ciò anche in base al contingente prevalere di preoccupazioni rispettive di stampo generalpreventivo o individualgarantistico.

a) L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla prospettiva dell'affievolimento della prova della causalità, delineatosi a partire dai primi anni '80, si è accontentato – per affermare che un esito infausto sia conseguenza di una condotta errata (per lo più a carattere omissivo) del medico – di “serie ed apprezzabili possibilità di salvezza del paziente”, o ha addirittura ritenuto che “sono sufficienti solo poche possibilità di successo dell'azione doverosa”²⁷.

L'aspetto interessante, ai fini della nostra analisi, è che questa sostanziale sostituzione del parametro causale col criterio dell'*aumento* o della *mancata riduzione del rischio* si sposa, nell'argomentare della giurisprudenza, a una giustificazione di carattere *assiologico* (o *ideologico*): e cioè poche possibilità di salvezza del bene protetto, come presupposto della causalità (omissiva), basterebbero “quando è in giuoco la vita umana”, vale a dire un bene giuridico di rango particolarmente elevato²⁸.

b) A partire dai primi anni '90 comincia a fare ingresso, nella prassi applicativa, il modello - di matrice dottrinale - della causalità riveduta alla luce del procedimento di *sussunzione sotto leggi scientifiche* (ingresso di fatto verosimilmente favorito sia dall'accoglimento di tale modello in una parte della manualistica più aggiornata, sia dalla pubblicizzazione fattane da prestigiosi professori-avvocati nell'ambito di importanti processi)²⁹. Ed è sotto l'influenza di questa progressiva penetrazione che va maturando una reazione critica nei confronti della precedente riduzione giurisprudenziale della causalità a semplice aumento del rischio. Reazione che, peraltro, procede a sua volta per gradi.

Alcune sentenze di legittimità appaiono “estremistiche” nella misura in cui manifestano chiaramente di recepire gli ammonimenti teorici dell'ultimo Federico Stella (nel senso di richiedere coefficienti probabilistici vicino al 100% con riferimento sia alla probabilità statistica, sia alla probabilità logica)³⁰.

²⁶ In argomento cfr., di recente, Nobili, *Storia di una recente formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent'anni*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2003, 78 ss.

²⁷ A titolo esemplificativo v. Cass. 5 ottobre 2000, Brignoli, in “Diritto penale e processo”, 2001, 338; Cass. 12 luglio 1991, Silvestri, in “Foro italiano”, 1992, II, 363 con nota di Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*; Cass. 7 gennaio 1983, Melis, *ivi*, 1986, II, 351 con nota di Renda, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*. In argomento v. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, 32 ss.

²⁸ Cass. 7 gennaio 1983, Melis, *cit.*

²⁹ Come prima esemplificazione della recezione giurisprudenziale del modello cfr. Cass. 6 dicembre 1990, Bonetti, in “Foro italiano”, 1992, II, 36.

³⁰ Emblematica, ad esempio, Cass. 28 settembre 2000, Baltrocchi, in “Foro italiano”, 2001, II, 420.

Mentre le sezioni unite della Cassazione, con la ormai celebre sentenza Franzese del 10 luglio 2002³¹, tentano di aggiustare il tiro prospettando una versione il più possibile autonoma del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche.

La sentenza Franzese è particolarmente importante, in realtà, sotto più punti di vista. Essa offre spunti per esaminare i rapporti non solo tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria, ma anche tra diritto penale sostanziale e processo. Sotto quest'ultimo profilo, la sentenza mostra come la stessa definizione di causa penalmente rilevante venga strettamente a dipendere dal metodo dell'accertamento probatorio, il quale non può che essere di tipo induttivo-probabilistico. Ecco che in tal modo quello della causalità viene a esemplificare uno dei settori tipici, in cui è dato assistere al fenomeno della c.d. *processualizzazione delle categorie sostanziali* (fenomeno cioè per il quale si realizza un rapporto di fungibilità o sovrapposizione tra elementi del fatto ed elementi probatori)³².

Quanto al punto centrale della questione che qui interessa, l'aspetto saliente è che le sezioni unite delineano una loro impostazione del rapporto tra *probabilità empirica* e *probabilità logica*. In sintesi, l'assunto è questo: in termini di realistica certezza processuale, decisivo non è il coefficiente percentuale più o meno elevato (vicino a 100 o a 90 o a 50 ecc.) di probabilità frequentista desumibile dalla legge di copertura utilizzata; ciò che conta è potere ragionevolmente confidare nel fatto che la legge statistica in questione trovi applicazione anche nel caso concreto oggetto di giudizio, stante l'alta probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi. Da questo punto di vista, più elevato è il grado di credibilità razionale dell'ipotesi di spiegazione causale privilegiata, più sarebbe consentito in termini di causalità generale fare impiego di leggi o criteri probabilistico-statistici con coefficienti percentuali anche medio-bassi.

Ragionando così, ad esempio, anche se fosse statisticamente bassa in generale la probabilità di contrarre l'AIDS attraverso sporadici contatti sessuali con una persona infetta, sarebbe nondimeno argomentabile il nesso causale tra i suddetti contatti e la morte della vittima contagiata ove fossero ragionevolmente da escludere altre cause di possibile contagio (ad esempio rapporti sessuali con altre persone, emotrasfusioni e simili).

Rimane però da chiedersi, in linea generale, se questa sorta di "bilanciamento" o "contemperamento" tra probabilità frequentista (relativa alla causalità generale o causabilità) e probabilità logica (relativa alla causalità individuale o concreta) abbia un plausibile fondamento nell'ottica della causalità scientifica – o se non soddisfi, piuttosto, esigenze di bilanciamento che affondano pur sempre le radici nella logica specifica dell'imputazione penale: in termini, ancora una volta, di accettabile equilibrio tra prevenzione generale e garantismo individuale. Se così fosse, la pregiudiziale necessità di mediare tra esigenze giuridiche in conflitto eserciterebbe un ruolo determinante nello stabilire portata e limiti di un concetto di causalità orientato secondo il paradigma nomologico. In poche parole: il diritto imporrebbe la propria visione della causalità scientifica!

D'altra parte, quanto alla possibile validità complessiva dell'impianto teorico abbozzato dalla Cassazione, non può essere trascurato che il modello nomologico di

³¹ Cass. sez. un. 12 luglio 2002, Franzese, in "Foro italiano", 2002, II, 601 con nota di Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*.

³² Sul fenomeno cfr., per tutti, Volk, *Sistema penale e criminalità economica*, trad.it., Napoli, 1998, 204 ss.

spiegazione causale di matrice neoempirista è entrato in crisi nell'ambito della riflessione epistemologica più recente. Ciò anche per effetto della crescente presa d'atto di fenomeni di c.d. *causazione multipla*, tali cioè per cui l'evento singolo insorge per effetto di una «rete di causazione (*web of causation*) in cui non è isolabile il ruolo determinante ed esclusivo di un unico agente»³³.

Sicché, si prospetta un rischio: e cioè che i progressivi tentativi di aggiustamento del modello causale neoempirista, da parte della stessa giurisprudenza, abbiano a oggetto un concetto di causalità scientifica che è tale nella testa dei giudici, ma che è ormai obsoleto secondo gli esperti delle varie discipline coinvolte.

Ma è venuto il momento, a questo punto, di vedere come la sentenza Franzese sia stata valutata da quanti hanno avuto l'interesse di commentarla sotto angolazioni extrapenalistiche.

3.7. Ci risulta che alcune verifiche critiche sono state già effettuate sia dal punto di vista epistemologico, sia da quello medico-legale.

a) Sotto il primo profilo, risulterebbe in linea di principio corretta – secondo l'analisi di Paolo Garbolino³⁴ – la tesi della Cassazione, secondo cui «non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, sull'esistenza del nesso causale» nel caso concreto; mentre gli ulteriori assunti (della Cassazione), relativi alla possibilità di corroborare la probabilità statistica in base ad un elevato grado di probabilità logica, andrebbero riconsiderati alla luce di sofisticate teorie della probabilità dei controfattuali. Solo che in proposito sorge un problema di scelta della metodologia scientifica da preferire, essendo oggi disponibili più teorie sulla stima della probabilità controfattuale. Guardando le cose nell'ottica della giustizia penale, tutto questo vuol dire che i tribunali dovrebbero avere l'opportunità – non facile – di potersi avvalere di esperti statistici che non soltanto siano in grado di far uso di tali teorie, ma che le considerino anche rilevanti per l'identificazione del nesso causale (non essendo, in realtà, tutti gli studiosi concordi circa siffatta rilevanza)³⁵.

Come giudizio conclusivo di sintesi, lo stesso Garbolino osserva che la teoria condizionalistica è una teoria della causalità formulata nell'«età dell'innocenza», quando si pensava che le cause fossero deterministiche. «Oggi l'innocenza è perduta. Oggi abbiamo motivo di credere che esistano cause probabilistiche». Ma la ricerca sulla causalità probabilistica è recente, ed è ben lungi dall'aver raggiunto risultati oggetto di sufficiente consenso scientifico. «Nel frattempo, se si vuole usare il principio formulato dalla Cassazione, un *caveat* è d'obbligo, perché, sebbene esso sia bene intenzionato, di buone intenzioni è lastricata la strada dell'inferno»³⁶.

Dal fronte degli studiosi di epistemologia proviene, dunque, un ammonimento a guardarsi dai rischi di arbitrio di un diritto penale che pretenda di precorrere la scienza.

³³ Vineis, *Modelli di rischio*, Torino, 1990, 22, 49 ss. Nella letteratura penalistica cfr. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico*, cit., 661 ss.; Id., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in corso di stampa.

³⁴ Garbolino, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in «Cassazione penale», 2004, 298 ss.

³⁵ Garbolino, *op. cit.*, 309.

³⁶ Garbolino, *op. cit.*, 309.

b) Sotto il profilo medico-legale³⁷, si pone in evidenza come il modello di soluzione proposto dalla sentenza Franzese sollevi difficoltà dal punto di vista del contributo richiedibile ai periti e ai consulenti tecnici, in vista di un accertamento causale da compiere in quei termini di pratica certezza pretesi dai giudici di legittimità: «i medici legali, anche se si avvalgono di un metodo scientifico razionale (...), non sono in grado, se non in un numero ridotto di casi, di fornire pareri che obbediscono al criterio di certezza o di elevatissima probabilità vicina alla certezza»³⁸.

Il punto più problematico consiste nel passaggio dai principi generali in tema di causalità alla loro applicazione ai casi concreti. E, sotto il profilo della concretizzazione, v'è chi imputa alle sezioni unite di avere addirittura errato nella ritenuta applicabilità dei principi enunciati al caso concreto oggetto di giudizio (relativo a un chirurgo responsabile di una divisione ospedaliera, al quale secondo la Cassazione sono state correttamente attribuite omissioni che avrebbero assunto un ruolo determinante nel non impedire lo sviluppo, nel giovane paziente operato d'urgenza per perforazione dell'ileo, di un'infezione post-operatoria a esito letale)³⁹. Ora, a prescindere dalla valutazione del caso specifico, quello della concretizzazione applicativa è, in effetti, un grosso problema. E la ragione è evidente. Se l'elaborazione del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche è nelle sue coordinate generali frutto della dottrina e della giurisprudenza di legittimità, la sua concreta gestione operativa è di fatto in larga misura nelle mani dei periti e dei consulenti tecnici: saranno pur sempre questi ultimi, nei processi relativi a casi difficili, a predisporre i giudizi tecnici necessari per poter poi i giudici ragionare in termini di “oltre ogni ragionevole dubbio”, “alta probabilità logica o razionale” e simili.

Senonché queste nuove formule, che la stessa giurisprudenza mutua – come abbiamo visto – da un certo filone dell'epistemologia neopositivista, recano con sé un intuibile rischio: di diventare cioè formule magari suggestive sul piano retorico e rassicuranti su quello psicologico, ma rimanendo pur sempre formule suscettibili (come accade a tutte le formule generali!) di essere manipolate in contesti di giustificazione apparente. Quando un dubbio è veramente ragionevole? E la probabilità logica quando, e come, può essere definita elevata?⁴⁰.

4. La problematica dell'imputabilità

4.1. Nel pensiero penalistico contemporaneo si converge per lo più nel considerare l'imputabilità, che il nostro ordinamento continua a definire “capacità di intendere e di volere”, come un concetto di natura sia *empirica*, sia *normativa*.

³⁷ Cfr. Fiori, La Monaca, Albertacci, *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2002, 1614 ss.

³⁸ Fiori, *Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indifferibile*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2002, 264.

³⁹ Fiori, La Monaca, Albertacci, *op. cit.*, 1621.

⁴⁰ Cfr. anche Fiori, La Monaca, Albertacci, *op. cit.*, 1634.

Il problema consiste, appunto, nel modo di combinare questa duplice dimensione⁴¹.

L'approccio più ovvio suggerisce una forma di divisione del lavoro: gli esperti dovrebbero limitarsi ad accertare le condizioni biologiche e psicologiche dell'imputato per diagnosticarne lo stato di normalità o di infermità, mentre i giudici dovrebbero – sulla base di un loro autonomo procedimento valutativo – trarne le conseguenze sotto il profilo più specifico della capacità di colpevolezza e di pena. Ma le cose, in realtà, non sono oggi così schematicamente semplici.

A renderle più complicate, proprio sotto il profilo dei rapporti tra sapere scientifico e diritto, ha contribuito l'*entrata in crisi* del concetto di imputabilità: «Sul tema della imputabilità, gli psichiatri forensi specie in questi ultimi anni, sono giunti ad abbracciare posizioni sempre più contrastanti, a volte del tutto inconciliabili, con la conseguenza di una diffusa conflittualità, che non infrequentemente si è trasformata in disamore ed a volte in vero e proprio abbandono della disciplina»⁴². Un eccesso di pluralismo scientifico, anziché favorire, complica inevitabilmente il lavoro dello psichiatra forense, al quale riesce sempre più difficile rilasciare pareri sufficientemente condivisibili. Come giudicare il “*serial killer*” che uccide tante donne, o il giovane “*perbene*” che elimina i genitori per carpirne l'eredità? La questione, peraltro, non è nuova. Già Michel Foucault⁴³, analizzando un celebre caso di parricidio avvenuto nel diciannovesimo secolo, ha mostrato «come interpretando con parametri differenti le condizioni psichiche del giovane Pierre Rivière, che aveva ucciso la madre, la sorella e il fratello, magistrati e medici di differente orientamento, giungevano a risultati opposti. Gli uni considerandolo un crudele sanguinario, pienamente capace di intendere e di volere, gli altri un delirante, non imputabile»⁴⁴. E, per fare una esemplificazione a noi più vicina, si consideri il caso Chiatti, cioè del giovane pedofilo – soprannominato “il mostro di Foligno” – responsabile di abusi sessuali e omicidio ai danni di due fanciulli, che è stato alternativamente valutato capace o infermo di mente da esperti e giudici diversi nelle differenti fasi di giudizio⁴⁵.

Da tutto ciò derivano implicazioni sulla gestione giurisprudenziale della problematica dell'imputabilità sotto più profili.

Da un lato, i giudici non dispongono più – a differenza che in passato – di punti di vista sufficientemente omogenei nel valutare i presupposti empirici della capacità di intendere e di volere.

Dall'altro, il problema è reso più complesso dal fatto che la crisi dell'imputabilità è il riflesso di un mutamento di paradigmi scientifici che incide, più in generale, sul modo di atteggiarsi del rapporto tra esperti e giustizia penale: cioè gli esperti (psichiatri e psicologi) tendono ormai a rifiutare il ruolo di collaboratori subalterni rispetto ai giudici e respingono la “delega” del controllo sociale, in nome di una recuperata e rivendicata

⁴¹ Le considerazioni sviluppate nel testo rappresentano il frutto di una sintesi del mio precedente saggio *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2002, 867 ss.

⁴² Bandini, Gualco, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, a cura di A. Manna, Milano, 2002, 19.

⁴³ Foucault, *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, 1976.

⁴⁴ Bandini, Gualco, *op. cit.*, 25.

⁴⁵ Corte d'Assise Perugia 28 dicembre 1994, Chiatti: in proposito, anche per ulteriori riferimenti, si veda Manna, *Il “diritto giurisprudenziale” nel sistema penale: il caso dell'infermità di mente*, in AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, 74 s.

(per dir così) purezza terapeutica della funzione psichiatrica. Riproponendo con adattamenti un passo del celeberrimo romanzo *L'uomo senza qualità* di Robert Musil, potremmo dire che in questo modo l'“angelo della medicina” recupererebbe la propria missione e cesserebbe di fungere nei tribunali da “angelo di complemento della giurisprudenza”.

4.2. L'accentuazione del pluralismo delle posizioni nel campo delle scienze psichiatriche e psicologiche, in un orizzonte epistemologico che peraltro ne relativizza le pretese di scientificità, pone il magistrato nella condizione di potere scegliere tra orientamenti scientifici concorrenti: egli potrà così essere indotto a prendere partito anche (se non soprattutto) sulla base di preferenze culturali personali, con la ulteriore tentazione di prescegliere come perito o consulente quell'esperto, le cui concezioni risultano più funzionali a un esito decisorio (in termini di condanna o assoluzione o mitigazione della responsabilità) intuitivamente perseguito in via pregiudiziale.

D'altra parte, stando così le cose, non sorprende che proprio sul versante della psichiatria siano andate crescendo le voci critiche inclini a denunciare una eccessiva discrezionalità insita nell'accertamento giudiziale dell'imputabilità (discrezionalità che rasenterebbe addirittura l'“arbitrio” nel caso della verifica della “seminfermità”).

Né sorprende, altresì, il fatto che da parte di qualificati psichiatri sia provenuto crescente consenso alla ricorrente proposta legislativa di abolire l'istituto dell'imputabilità, circoscrivendo la rilevanza dell'infermità psichica soltanto nell'ambito dell'esecuzione della pena, che si vorrebbe improntata a prevalenti finalità terapeutiche⁴⁶.

In realtà, questo atteggiamento di favore di una parte della psichiatria contemporanea verso la posizione “abolizionistica” è suscettibile di essere spiegato in base a più ragioni. Per un verso, il già richiamato rifiuto dello psichiatra-esperto di assumere deleghe in punto di valutazione della responsabilità penale o della pericolosità sociale. Ma, per altro verso, la rassegnata presa d'atto che la psichiatria odierna è incapace di distinguere con precisione tra sanità e infermità e, perciò, di valutare esattamente la capacità di intendere e di volere dei portatori di disturbo mentale⁴⁷. Inoltre, non mancano psichiatri che ritengono che la pena (sia pure in qualche modo riadattata) possa fungere da strumento reattivo anche per i rei affetti da disturbi psichici, contribuendo a promuoverne il senso di responsabilità.

4.3. La tendenza della prevalente psichiatria contemporanea a rifiutare un ruolo tradizionalmente ancillare nei confronti della giustizia penale, accentua la responsabilità valutativa del giudice al momento di stabilire la capacità di intendere e di volere degli imputati affetti da anomalie di personalità.

Né sono assenti, d'altronde, orientamenti interni alla scienza penalistica (specie di lingua tedesca) i quali, funzionalizzando il concetto di colpevolezza alle esigenze di prevenzione generale, finiscono col privare il giudizio di responsabilità di substrati empirici, e ciò sino al punto di ridurre anche l'imputabilità a pura creazione o finzione normativa. In questo ordine di idee, per qualificare un imputato sano o malato di mente non sarebbe decisivo il giudizio degli esperti. Piuttosto, competerebbe soprattutto al

⁴⁶ Cfr. Introna, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, 657 ss.

⁴⁷ Ponti, Merzagora, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993.

giudice valutare se, per elaborare il conflitto prodotto dal reato (e, dunque, per riaffermare agli occhi del pubblico la validità della norma infranta), sia nell'ottica del diritto penale più conveniente la strategia di riconoscere l'agente responsabile del proprio comportamento, dichiarandolo di conseguenza colpevole, ovvero la strategia di trattarlo come un malato di mente⁴⁸. Detto in poche parole: il processo penale – così ragionando – serve non già ad accertare, bensì ad *ascrivere* l'imputabilità nell'eventualità che ciò risulti utile per una più efficace riaffermazione simbolica della validità dell'ordinamento violato.

In realtà, posizioni talmente estremistiche nel fare della colpevolezza e dell'imputabilità categorie serventi della prevenzione generale (e, più precisamente, della prevenzione generale c.d. positiva), vanno facilmente incontro a obiezioni critiche⁴⁹. Ma, pur volendo continuare a salvare le basi empiriche del rimprovero di colpevolezza, non c'è dubbio che la stessa categoria dell'imputabilità non è riducibile a realtà naturalistica: la capacità di intendere e di volere rimane un concetto a forte connotazione normativa, in quanto al diritto penale essa interessa pur sempre quale presupposto perché l'agente possa comprendere l'"illiceità" del fatto e il significato di una eventuale punizione. Ed è in questa ottica che, del resto, si spiega la proposta – contenuta nel Progetto di riforma elaborato dalla Commissione Grosso – di allargare i presupposti dell'incapacità di intendere e di volere: precisamente, affiancando al tradizionale riferimento all'infermità di mente la espressa menzione di "altro grave disturbo della personalità". Questa proposta estensiva, oltre a presupporre la consapevolezza dell'entrata in crisi del paradigma medico-nosografico quale unico o prevalente parametro di identificazione del disturbo mentale, tiene infatti conto del fatto che la possibilità di comprendere l'illiceità del proprio comportamento può essere ostacolata anche da condizioni psicologiche anomale non riconducibili a ben definite malattie.

Senonché, la suddetta proposta di riforma legislativa non suscita entusiasmo tra gli esperti, e non pochi appaiono decisamente contrari⁵⁰. Come abbiamo rilevato sopra, una parte degli psichiatri forensi propende oggi più per un restringimento, che per un allargamento delle ipotesi di incapacità di intendere e di volere. Se così è, sarebbe saggio che il legislatore penale rivendicasse la propria autonomia valutativa sino al punto di introdurre una riforma della disciplina dell'imputabilità destinata a suscitare resistenze nel mondo della psichiatria forense?

Con ogni probabilità, una riforma simile, se venisse approvata, correrebbe il rischio di rendere ancora più difficili i non facili rapporti tra scienze psichiatriche e giustizia penale.

⁴⁸ Cfr. Jakobs, *Schuld und Praevention*, Tuebingen, 1976, 8.

⁴⁹ Sia consentito rinviare a Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1987, 836 ss.

⁵⁰ Per un quadro ricostruttivo degli atteggiamenti degli psicopatologi v. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in AA.VV., *Imputabilità e misure di sicurezza*, cit., 63 ss.

5. Considerazioni finali

Siano consentiti, a questo punto, alcuni rilievi di sintesi.

Ancorché diverse nei rispettivi presupposti giuridici e scientifici, le due grandi problematiche della causalità e dell'imputabilità lasciano emergere analogie quanto all'attuale modo di atteggiarsi dei rapporti tra scienze e sistema penale. Quel che era noto da più tempo riguardo al sapere psichiatrico e psicologico, e cioè che si tratta di conoscenza "debole" incapace di fornire certezze ai giudici impegnati nell'accertamento dell'imputabilità, tende ormai a riproporsi anche per la verifica della causalità nei processi su fatti a struttura complessa. Entrata in crisi la prospettiva di un ferreo determinismo causale, anche gli studiosi di scienze della natura sono ben lontani dal coltivare il mito della certezza assoluta: non leggi causali infallibili, ma criteri di tipo probabilistico sono i parametri dominanti oggi nelle diverse discipline scientifiche che entrano in contatto col processo penale. E tende a crescere, nell'ambito di quasi tutte le discipline, il pluralismo di concezioni e di metodi.

Se questo è lo scenario complessivo, i giudici si trovano più di prima nella condizione di dovere scegliere tra orientamenti scientifici in concorrenza: non di rado, senza che sia neppure chiaro se esista, con riferimento all'ambito disciplinare che viene in questione, una corrente di pensiero dominante. Ne deriva di certo un ampliamento della discrezionalità valutativa del giudice: il che comporta come inevitabile costo un maggiore livello di responsabilizzazione, e come onere aggiuntivo l'esigenza di una formazione professionale più evoluta e sofisticata.

Cresce, nel contempo, l'"interazione" tra scienze e diritto: anche nel senso che la giurisprudenza può dal canto suo – mediante la preferenza accordata a certe scuole piuttosto che ad altre – contribuire, rispettivamente, ad accreditare o screditare determinate correnti scientifiche. Anche i giudici, in poche parole, possono così contribuire a distinguere tra scienza valida e "scienza spazzatura".

Ma la medaglia, pure nel nostro caso, ha un rovescio. Il frequente ricorso agli esperti nei processi su fatti complessi, per altro verso, rischia di porre i giudici in una condizione di sostanziale subalternità. In proposito, mi piace citare il grande comparatista Damaska: «Un sintomo di imminente pericolo è la crescente preoccupazione rispetto alle funzioni esercitate dall'esperto nominato dal giudice, poiché i giudici spesso non riescono a comprendere i suoi misteriosi accertamenti (....). Il servitore del giudice sta forse diventando il suo segreto padrone?»

Nonostante gli eroici sforzi compiuti dai giuristi per giungere ad una conciliazione teorica, dover fare affidamento su affermazioni scientifiche impenetrabili aumenta le contraddizioni rispetto alla possibilità che l'organo giudicante analizzi la prova sulla base dei processi cognitivi ordinari. Una delle pietre angolari del diritto delle prove europeo moderno, e cioè il principio della libera valutazione delle prove, dovrà essere ripensato e riconcettualizzato nel prossimo futuro⁵¹.

Il fatto che nei codici di rito, anche più recenti, non esistano disposizioni che fissino regole su come il giudice debba comportarsi in presenza di orientamenti scientifici contrastanti, può essere considerata una lacuna normativa⁵². Ma sarebbe davvero opportuno cominciare a pensare di colmare una simile lacuna?

⁵¹ Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it., Bologna, 2003, 215.

⁵² Cfr. Puppe, "Naturgesetze" vor Gericht, cit.

Comunque sia, ci troviamo di fronte a un paradosso. Per un verso, lo statuto tendenzialmente debole dei saperi scientifici che fanno più frequente ingresso nei processi difficili, sollecita il giudice ad assumere un ruolo attivo di fruitore selettivo e critico; per altro verso, tuttavia, è la esoterica complessità dei linguaggi tecnico-scientifici a porre il giudice in una condizione di inferiorità cognitiva. È un paradosso al quale oggi non ci si può sottrarre. Si tratta di saperlo gestire, guardandosi dal duplice pericolo che la scienza espropri il diritto, e che il diritto ignori o rinneghi la scienza. Impresa realizzabile in linea di astratto principio, ma difficile nei fatti.