Il ruolo del *peritus peritorum*: l'obbligo di motivazione della sentenza, tra probabilità statistica e credibilità logica. Riflessioni a valle del corso di Teoria Generale del Diritto

Laura Fassina

Abstract.

La riflessione si prefigge di delineare il ruolo del giudice nella valutazione delle prove, nel tentativo di tracciare la linea di confine fra epistemologia giudiziale ed epistemologia scientifica. Il rischio di ogni inopinata sovrapposizione fra i due piani gnoseologici adombra una indebita erosione delle competenze decisionali dell'organo giudicante e la conseguente de-responsabilizzazione di quest'ultimo rispetto alla decisione assunta.

Parole chiave

Prova scientifica; *Peritus peritorum*; Metodo deduttivo; Regola di esperienza; Legge scientifica; Legge statistica; Falsificazione; Positivismo; Nesso di causalità; *Condicio sine qua non*; Ragionevole dubbio; Responsabilità del giudice; Vizio di motivazione; K.R. Popper.

Lo scopo che si prefigge il presente lavoro è quello di approfondire il rapporto fra la decisione del giudice e il supporto scientifico a cui essa attinge, nel tentativo di metterne in luce la fondamentale differenza ontologica[1].

La motivazione del giudice, anche quando sia volta a fondare la responsabilità dell'imputato sulla base del riscontro di elementi il cui accertamento richieda il ricorso allo strumento scientifico, non si identifica né si esaurisce con quest'ultimo.

Il rischio sotteso ad ogni inopinata sovrapposizione è quello di destituire l'organo giudicante dal suo ruolo, trasformando l'accertamento *giudiziale* in un accertamento (soltanto) *scientifico*.

La riflessione nasce dall'osservazione della realtà della prassi giudiziale, nella quale sempre più spesso non si percepisce un'apprezzabile differenza fra le assunzioni peritali e le motivazioni giudiziali che vi fanno ricorso.

In altre parole, non è dato riconoscere il perimetro dell'attività scientifica rispetto a quello dell'ulteriore attività logica dell'organo giudicante, laddove fra più ricostruzioni possibili il giudice sembra preferire non già quella che sia confortata dall'evidenza disponibile, bensì quella che sia "più autorevolmente" suffragata dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico.

Come se l'autorevolezza della scienza fosse sufficiente a fondare l'ipotesi accusatoria.
Un esempio su tutti: il caso Franzoni[2].

In punto di difetto di motivazione rispetto all'attribuzione della dinamica aggressiva alla signora Franzoni, la Cassazione rivela la propria adesione fideistica all'operato del perito, sul presupposto di una sua maggiore credibilità rispetto alla comunità scientifica di riferimento. Il giudice fa poggiare la razionalità dell'accertamento, basato sulle tecniche di tracciamento delle macchie ematiche (BPA),

1 Le tematiche qui proposte sono state trattate e approfondite durante il corso di Teoria Generale del Diritto, a.a. 2011/2012, tenuto dal Prof. Alberto Berardi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova.

2 Cass. Pen. Sez. I, 21 maggio 2005, n. 31456 in *Ced - Cassazione penale*, 2008, 240766. p. 74.

non già sulla coerenza dei risultati peritali rispetto al caso di specie, bensì sulla particolare soggettività del consulente.

Un tale apprezzamento di merito sulla professionalità del perito basta a fondare la credibilità del risultato probatorio e la validazione della tecnica adoperata, e, infine, a condannare definitivamente l'imputata[3].

In questo come in tutti i casi ad esso tristemente simili, si potrebbe obiettare che l'oggettiva lacunosità del quadro probatorio impedisce qualsivoglia riscontro delle ricostruzioni ipotetiche prospettate dai tecnici.

Ora, in tutte le circostanze in cui l'evidenza probatoria non sia tale da fornire adeguata verifica alle teorie scientifiche formulate in tema di responsabilità, l'unica decisione accettabile non può essere quella di affidarsi alla personalità più autorevole del panorama scientifico, bensì quella che dia atto della residua esistenza di un dubbio.

Detto altrimenti, quando le prove raccolte non siano tali da poter dire constatata la validità della ricostruzione scientifica di un determinato fatto, il giudice deve responsabilmente decidersi per l'assoluzione dell'imputato, pur quando tale decisione non sia in grado di soddisfare la sete di giustizia (o di giustizialismo) che alberga dentro e fuori dalle aule dei Tribunali.

Prima di intraprendere qualsiasi riflessione sulla progressiva erosione da parte dell'accertamento peritale del margine di discrezionalità dell'organo giudicante, si impone una breve ricognizione su come la legge scientifica abbia avuto ingresso nel processo.

Infatti, per quanto ad oggi possa risultare inimmaginabile, vi è stato un tempo in cui il conforto della legge scientifica non era considerato né imprescindibile né determinante ai fini dell'accertamento del nesso di causalità.

È solo il caso di richiamare il metodo *individualizzante* e *della generalizzazione del senso comune,* i quali autorizzavano l'organo giudicante a farsi egli stesso produttore di leggi causali, ponderando il proprio apprezzamento personale su una non meglio identificata sensibilità della comunità[4].

La dottrina ha allora elaborato numerose teorie al fine di ricostruire i criteri ai quali ancorare l'accertamento giudiziale del nesso eziologico fra condotta ed evento.

Il legislatore, infatti, non ha fornito agli interpreti sicure direttrici sulle quali verificare la presenza dell'elemento costitutivo della causalità.

La teoria più accreditata sul tema è quella che considera causa dell'evento ogni singola condizione dell'evento stesso, ogni antecedente, cioè, senza il quale l'evento non si sarebbe verificato. Secondo questa impostazione, tutte le condizioni necessarie e sufficienti a produrre l'evento sono causa dello stesso e si equivalgono. Si potrà allora dire che la condotta umana sia eziologicamente legata all'evento allorquando, alla stregua di una valutazione *ex post*, svolta cioè, dopo la produzione dell'evento, possa considerarsi, sia pure unitamente ad altre, *condicio sine qua non* dell'evento medesimo[5].

La tesi della *condicio sine qua non* introduce nel nostro ordinamento un sistema di accertamento del nesso di causalità imperniato sul cosiddetto giudizio contro-fattuale; l'interprete deve procedere all'eliminazione mentale del fattore del quale voglia verificare l'attitudine causale: se risultasse che, tolto l'elemento dato per condizionante, l'evento si sarebbe verificato ugualmente, allora detto elemento deve essere espunto dall'elenco dei possibili fattori causali.

3 Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 21 maggio 2005, n. 31456 in *Ced - Cassazione penale*, cit.: "Relativamene al dedotto vizio di motivazione in ordine alla verifica della validità della tecnica di indagine (BPA) [...] la corte territoriale ha, anzitutto chiarito che essa non si basa su leggi scientifiche nuove ed autonome bensì sull'applicazione di quelle, ampiamente collaudate da risalente esperienza, proprie di altre scienze (matematica, geometria, fisica, biologia e chimica) che, in quanti universalmente riconosciute ed applicate, *non richiedono specifici vagli di affidabilità*". [...] Del pari la sentenza incensurabilmente argomenta la '*particolare competenza nella specifica disciplina' riconosciuta al perito dott. Schmitter e circa le sue comprovate referenze*".

4 .Emblematica in questo senso una sentenza relativa al disastro del Vajont, in cui si afferma che *"se nessuno è in grado di spiegare perché la frana si sia verificata, ciò nondimeno non si può minimamente dubitare che la frana sia dovuta all'opera dell'uomo"*.Cfr. Trib. L'Aquila, 17 dicembre 1969, in *Rass. Giur. en. el.,1970, pp. 197 ss.*

5 L'elaborazione della teoria della *condicio sine qua non* si deve al criminalista tedesco Von Buri, nel 1873. Cfr. M. Von Buri, *Über kausalitat und deren verantwortung*, 1873, Lipsia Gebhardt.

Viceversa, se all'esito del procedimento di elisione mentale del comportamento assunto ipoteticamente come causale, risultasse che l'evento non si sarebbe verificato, detto comportamento deve essere ritenuto causa dell'evento stesso.

La suddetta teoria ha suscitato alcune critiche da parte delle dottrine più avvedute, una delle quali assume un significato particolarmente pregnante alla luce delle argomentazioni che si intendono *ivi* svolgere.

Infatti, si è autorevolmente obiettato che, affinché la formula dispieghi efficacia cognitiva, si dovrebbe presumere che l'utilizzatore della formula stessa conosca a monte le leggi causali che costituiscono la rete di relazioni fra i fenomeni.

In altre parole, in tanto si potrebbe affermare che il fenomeno A, eliminato dalla sequenza, sia causa del fenomeno B, solo in quanto si sappia in anticipo da quanti e quali fenomeni possa derivare lo stesso evento B.

La formula è destinata a restare muta finché non vengano determinati i criteri in base ai quali si possa asserire che, senza l'azione, l'evento non si sarebbe verificato[6].

A detta obiezione si è risposto, appunto, con l'introduzione nel processo della legge scientifica o statistica, quale imprescindibile supporto di ogni affermazione sulla causalità.

Da questo momento in poi la dottrina e la giurisprudenza si sono dimostrate concordi e solide nel ritenere necessaria una legge causale di copertura a sostegno di ogni ricostruzione dell'inferenza fra fenomeni.

Alla luce di questo aggiornamento teorico, come è noto, si ritiene che un antecedente possa essere configurato come condizione necessaria di un evento solo a condizione che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, *sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica*, portino ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto[7].

Pertanto, ad oggi, in tanto si può dire che il fenomeno A sia causa del fenomeno B solo in quanto l'inferenza AB sia confermata da una legge generale ed astratta, elaborata dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico.

Rispetto a questa affermazione, sia pure ispirata dalla comprensibile necessità di ridurre l'apprezzamento del giudice e di scongiurarne la sua già indicata tendenza naturale a farsi egemone produttore di leggi causali, si pongono alcune osservazioni critiche.

In primo luogo, a parere di chi scrive, non sembra superata l'obiezione fondata sulla limitata portata euristica della teoria della *condicio sine qua non*.

Si è sottolineato più sopra come la formula della *condicio sine qua* non possa determinare un risultato cognitivo utile solo a condizione che l'osservatore conosca la legge causale da applicare al caso di specie.

Il ragionamento contro-fattuale, si diceva, presume un'impensabile pre-conoscenza in capo all'interprete della rete di relazioni fenomeniche. Quasi come se colui che debba risolvere un enigma detenesse già le chiavi che portano alla sua soluzione.

Se detta obiezione è certamente condivisibile per quanto riguarda il singolo osservatore-interprete, dal quale, anche se *peritus peritorum*, non ci si potrebbe certo attendere una conoscenza di tutte le possibili interferenze causali, non si vede come tale critica, fondata sull'obiettiva indigenza di conoscenza, non possa essere estesa anche all'intera comunità scientifica, ossia a quella *migliore scienza ed esperienza del periodo storico* che viene indicata quale correttivo della teoria pura.

Nell'affermare che A è causa di B, l'interprete non deve soltanto dar conto della successione fra A e B, bensì deve poter escludere la produzione di B da parte di uno qualsiasi dei fenomeni produttivi alternativi C D E e così via.

Ciò significa che il metodo cognitivo in commento presuppone che colui che ne faccia applicazione non solo conosca la legge di relazione fra A e B, ma anche *tutte* le leggi di relazione fra B e i fattori alternativi di produzione C D E etc, cosicché ne possa escludere l'incidenza nel caso concreto.

In definitiva, in tanto si può affermare che il fenomeno A, eliminato dalla sequenza, sia causa del fenomeno B, solo in quanto si conoscano *tutte* le leggi naturali che presiedono la produzione di B nell'universo terrestre.

6 R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2010, p. 454.

7 Cass. Pen. 6 dicembre 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 2726.

Se, da un lato, tale condizione non è certamente realizzabile rispetto al singolo interprete, il quale, è evidente, non può né potrebbe conoscere la totalità delle leggi causali possibili, dall'altro, non si vede come il ricorso alle leggi scientifiche e statistiche risolva detto problema, posto che neppure gli approdi più spinti ed aggiornati della scienza potrebbero coprire *tutte* le leggi che presiedono alla produzione di un dato evento.

Le acquisizioni della scienza, infatti, sono sempre instabili e problematiche.

In primo luogo, l'applicazione rigorosa del metodo deduttivo determina l'elaborazione di teorie selettive della realtà, condizionate dall'ipotesi di partenza, dal valore epistemologico quantomeno dubbio.

La precarietà delle acquisizioni per via deduttiva deriva dalla funzione operativa e dalla struttura convenzionale del metodo[8].

Il sapere scientifico, infatti, da un lato si giustifica in base ad un obiettivo utilitaristico, il quale orienta se non dirige la ricerca, dall'altro procede per deduzioni dalla posizione di un protocollo assunto in termini aproblematici, il quale precede e condiziona la deduzione stessa.

Secondo l'insegnamento di Popper[9], inoltre, il metodo scientifico consegna alla collettività una conoscenza certa solo quando la c.d. verifica empirica abbia prodotto un risultato negativo.

La conferma della validità assoluta di un teorema necessiterebbe, a rigore, un numero di riscontri positivi pari all'*infinito.* È chiaro che una simile verifica non potrebbe essere ottenuta da alcuno scienziato, e dunque qualunque conclusione assertiva non potrebbe che avere un valore necessariamente provvisorio.

All'opposto, la dimostrazione della falsità definitiva di una tesi abbisogna di *un solo* riscontro. Tanto (poco) basta per escludere senza esitazioni la fondatezza della tesi sottoposta a controllo.

La conoscenza scientifica è dunque assoluta soltanto nelle proposizioni di segno negativo, le sole dotate dei requisiti della certezza e dell'irreversibilità.

Le proposizioni di segno positivo, invece, sono provvisorie, in quanto superabili dalla sempre possibile falsificazione.

Se dunque gli assunti scientifici, in quanto positivi e dedotti da ipotesi acriticamente poste, sono sempre problematici, come ci si può attendere che essi esauriscano l'intera gamma delle spiegazioni relazionali possibili?

Come si può ritenere che il ricorso alle leggi scientifiche, come tali sempre superabili da leggi di segno opposto e dunque intrinsecamente in-*certe*, possano assicurare un risultato di ac-*certamento*?

Alla luce di queste prime osservazioni, possiamo concludere nel senso che la deriva verso l'ingiustificata soppressione del margine di controllo razionale del giudice sulla veridicità dell'accertamento scientifico affonda le proprie radici nella diffusa convinzione dell'infallibilità del metodo deduttivo in quanto tale.

Tale convincimento trae linfa da una visione filosofica positivistica della realtà intesa come insieme di fenomeni divisibili e calcolabili, in quanto retti da leggi fisiche umanamente conoscibili in base ai metodi delle scienze naturali.

In questa visuale anche l'uomo è un fenomeno naturale e come tale regolato da precise leggi costanti, chiaramente conoscibili tramite il metodo delle scienze naturali. Il nesso causale è pertanto inteso come relazione fra una condotta materialmente intesa quale mero movimento corporeo e un evento, altrettanto naturalisticamente inteso, quale modificazione materiale del mondo esterno. Così inquadrato, il problema causale viene risolto utilizzando le stesse nozioni, criteri e metodi usati nel campo delle scienze fisiche e naturali[10].

Se portata alle proprie coerenti conseguenze, tale prospettiva determina la completa sovrapposizione fra causalità processuale e causalità scientifica e, dunque, fra accertamento giudiziale e accertamento scientifico.

8 A. Berardi, *Gli strumenti per affrontare il viaggio,* in F. Gentile, *Filosofia del diritto – Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006 p. 14

9 Cfr. K.R.Popper, *Congetture e confutazioni,* trad. it di G. Pancaldi, Bologna, 2009, *La logica della scoperta scientifica,* trad. it. di M. Trinchero, Torino, 2010, e *Scienza e Filosofia,* trad. it. di M. Trinchero, Torino, 2000.

10 R. Garofoli, *Manuale, cit.*, p. 453.

Come anticipato nelle premesse, al contrario, l'area del giudizio non si esaurisce né si confonde con le risultanze peritali: l'organo giudicante deve dar conto in motivazione della coerenza logica dell'utilizzo di una data legge statistica rispetto alle caratteristiche della situazione *sub iudice*, ossia dell'attitudine della legge stessa a spiegare *nel caso concreto* l'inferenza dei fenomeni dedotti nel processo.

Il *peritus peritorum* deve verificare razionalmente gli apporti specialistici dei tecnici nel processo. Se egli si limitasse ad acquisire acriticamente le risultanze peritali nel giudizio di accertamento, non potrebbe dirsi libero nel proprio convincimento. E se il giudice non fosse *libero*, non potrebbe nemmeno essere ritenuto *responsabile* delle proprie decisioni.

Il problema della *giustificazione razionale* si intreccia quindi con quello, insieme etico e politico, della *responsabilità* dell'organo giudicante. Come è stato autorevolmente affermato, il processo che venga deciso sulla base di un responso peritale indecifrabile e insindacabile cessa di essere il luogo della funzione giurisdizionale per assumere pericolosamente i connotati di un rito arbitrario e irrazionale[11].

Quando la deliberazione del giudice non sia che la fedele riproduzione dell'andamento del fatto secondo la ricostruzione fattane dal tecnico, l'eventuale fragilità argomentativa, se non addirittura l'erroneità della stessa, non potrebbe essere imputata all'organo che l'ha emessa, bensì a colui che con la propria consulenza l'abbia ispirata. Il giudice, infatti, non potrebbe rispondere della coerenza e logicità interna di un discorso scientifico, pronunciato in un linguaggio specialistico che per giunta non domina né potrebbe dominare.

E ciò è esattamente quanto avviene nella prassi giurisprudenziale quando l'organo giudicante, constatata l'impossibilità concreta di un controllo tecnico interno sull'ipotesi scientifica formulata dall'esperto, rinunci definitivamente al ruolo di *peritus peritorum* e consegni la responsabilità dell'accertamento esclusivamente a quello che, *fra i periti*, sia maggiormente affidabile.

In realtà, l'autentico ruolo del *peritus peritorum*, lungi dall'identificarsi con quello di un improbabile supervisore onnisciente, consiste in un doppio vaglio di razionalità rispetto alla teoria scientifica.

Il primo, esterno, verte nel controllo sulla validità della legge statistica utilizzata per la decisione, ossia sulla regolarità statistica di una data successione di fenomeni. A questo livello l'organo decidente è chiamato a selezionare, fra quelle disponibili e serventi rispetto al caso di specie, solo quelle leggi statistiche che testimoniano che una determinata sequenza di eventi si sia verificata in un numero molto elevato di casi.

Il secondo concerne la c.d. "giustificazione esterna", ossia il controllo sull'attitudine della legge prescelta a spiegare *anche* l'andamento dei fatti di cui si discute nel processo.

In questa fase si dovrà porre a confronto la legge statistica *astratta* con la vicenda *sub iudice* e dare conto delle ragioni per le quali essa sia anche la legge del caso *concreto*[12].

È solo in questa prospettiva che viene assicurato il giudice al suo ruolo specifico: il vaglio di giustificazione rispetto alla validità delle teorie scientifiche che entrano in gioco nell'orientarne la possibile decisione rappresenta l'indefettibile presupposto per poter predicare un giudizio di responsabilità rispetto alla decisione stessa.

Anche la giurisprudenza di Cassazione ha mostrato una certa preoccupazione nei confronti della deriva della prassi giudiziale verso la sottrazione del giudice all'obbligo di motivazione razionale.

In particolare, il Consesso nomofilattico è intervenuto sul punto con la sentenza *Franzese*[13].

La celebre pronuncia ammonisce gli interpreti dal perpetrare la denegata commistione fra il piano dell'accertamento scientifico e quello della motivazione razionale.

11 F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3520.

12 È quanto afferma la stessa Cass. Pen. Sez. I, 21 maggio 2005, *cit*, con ciò descrivendo una premessa metodologica davvero pregevole se non fosse destinata a contraddirsi con la già evidenziata conclusione che àncora la validità dei riscontri probatori non già alla loro coerenza interna ed esterna, bensì alla qualifica professionale del consulente soggettivamente più autorevole.

13 SS.UU. 11 settembre 2002, in *Foro It.*, 2002, II, p. 602.

La Suprema Corte fa poggiare le proprie argomentazioni sul carattere necessariamente probabilistico dell'accertamento scientifico. Già in abbrivio la sentenza dimostra di non aderire alla fede giuspositivistica che vorrebbe l'uomo capace di coprire la conoscenza di tutte le possibili cause dei fenomeni: l'organo nomofilattico prende atto dell'incontestabile stato di indigenza di verità riscontrabile in capo al giudice quanto allo scienziato e si pone il problema di coniugare il carattere instabile delle asserzioni statistiche con le garanzie del processo penale.

Ora, mentre l'accertamento sul fatto può essere suffragato da una legge che attesta la stessa sequenza di fenomeni in una percentuale statistica più o meno alta, il convincimento del giudice, invece, deve sempre formarsi in modo ugualmente rigoroso.

La Corte di legittimità ha introdotto la distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica, la quale, a sua volta, riflette la duplice attività di giustificazione razionale, interna ed esterna, che il giudice deve compiere rispetto alle teorie ipotetico-deduttive confluite nel processo.

La Cassazione rileva che, mentre *la probabilità statistica attiene alla individuazione della frequenza che caratterizza determinate successioni di eventi, la probabilità logica contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva razionale credibilità dell'accertamento giudiziale*[14].

Individuata la legge statistica, è necessario compiere la verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge scientifica nel caso concreto, onde poter predicarne la cosiddetta probabilità logica. Il nesso causale potrà considerarsi giudizialmente accertato solo quando, a prescindere dal coefficiente di probabilità statistica, vi sia un'elevata probabilità logica o credibilità razionale che la condotta del soggetto sia stata causa dell'evento.

In presenza di leggi di copertura statistica, pertanto, affinché l'accertamento giudiziale del nesso di causalità, oltre ad essere statisticamente probabile, sia anche logicamente credibile, è necessario che il giudice escluda l'intervento di altri fattori causali, i quali, nel caso concreto, potrebbero aver determinato l'evento in alternativa alla condotta del reo.

Il giudizio penale comporta una valutazione del giudice che non si esaurisca nell'adozione di un determinato coefficiente di probabilità statistica bensì approdi ad un risultato che, sulla base di tutti gli elementi conoscitivi acquisiti nel giudizio, affermi la pertinenza di quel coefficiente e la sua razionale credibilità rispetto alla singola vicenda processuale[15].

Se il giudizio di condanna o di assoluzione dipendessero soltanto dalla più o meno alta percentuale con cui una determinata sequenza di eventi è attestata attraverso verifiche empiriche, il processo si trasformerebbe nel luogo in cui si accerta non già la verità dei fatti, bensì la plausibilità in astratto delle possibili ricostruzioni di essi.

Ciò che viene sottoposto alla cognizione del giudice non è un confronto astratto fra percentuali bensì prima di tutto un fatto concreto, il quale ben potrebbe rientrare in quell'1% dei casi che la legge statistica, sia pure riscontrata al 99%, non comprende.

Si tratta di verificare se, nel caso concreto, non sia stata l'eventualità meno frequente a realizzarsi: il dato di conoscenza espresso in forma statistica va incorporato nello schema logico-valutativo imperniato sul grado oggettivo di conferma che gli elementi di prova forniscono all'ipotesi da accreditare[16].

Il giudice non deve decidere quale fra la tesi dell'accusa e quella della difesa goda del maggior conforto percentuale, bensì quale delle ricostruzioni proposte dagli organi peritali sia compatibile con l'evidenza disponibile.

Autorevole dottrina ha affermato che la causalità scientifica esige che il grado *reale* di probabilità della condotta-evento debba essere verificato rispetto all'insieme delle circostanze del caso concreto, in quanto queste possono accrescere o diminuire il grado di probabilità statistico astratta espresso in termini percentuali. Onde determinare, così, il *grado di probabilità logico-concreta*, che può non coincidere con la

14 SS.UU. 11 settembre 2002, *cit.*

15 R. Garofoli, *Manuale*, cit., pp. 461 ss.

16 F. Caprioli, *La scienza*, *cit.*, p. 3537.

probabilità statistico – astratta e che costituisce, esso soltanto, il dato decisivo per stabilire se quella condotta è causa di quell'evento[17].

Pertanto, si daranno ipotesi in cui, pur se la teoria ricostruttiva sia supportata da un coefficiente probabilistico prossimo al 100%, ossia attesti in astratto che un dato evento consegua molto spesso ad una data premessa eziologica, essa sia smentita nei fatti per l'intervento assorbente di un altro fattore causale.

In particolare, si possono verificare tre possibilità.

La prima, potremmo dire fisiologica, in cui ad una elevata probabilità statistico – astratta corrisponda anche la probabilità logico – concreta, allorché in dibattimento non siano emerse ipotesi ricostruttive alternative.

La seconda si verifica allorquando l'elevata probabilità statistico – astratta sia contraddetta da una bassa probabilità logico – concreta, per la ricorrenza di un fattore causale diverso da quello verificato dalla legge statistica.

È il caso di chi, per esempio, sia trovato in possesso di elevato quantitativo di droga nel viaggio di ritorno da un viaggio in Romania e alla difesa riesca di provare che tale quantitativo sia stato fraudolentemente immesso nell'auto dell'imputato da parte di un'associazione criminale, allo scopo di sfruttare "il passaggio" della merce in Italia[18].

La statistica deporrebbe a sfavore dell'imputato, dal momento che, nella maggior parte dei casi, colui che introduca droga in Italia, specie se già dedito in passato a simili traffici, presumibilmente, o meglio, *con un elevato grado di probabilità statistica*, è animato dal fine di impiegare la droga stessa nell'attività di spaccio.

Questa inferenza, *trasporto internazionale di droga/fine illecito*, pur se certamente ragionevole in astratto, potrebbe essere confutata dalla prova di una diversa e meno statisticamente probabile ricostruzione del fatto, ossia l'introduzione furtiva da parte di altri nell'auto al fine di nascondervi la droga e così profittare del trasporto di essa da parte dell'imputato, inconsapevole del servizio reso.

È chiaro che la teoria dell'accusa sembra certamente la più plausibile, tanto più che corrisponde ad una regola di esperienza ad elevato coefficiente statistico: "*se una persona trasporta della droga in macchina, molto probabilmente quella droga è sua*".

Il coefficiente statistico, però, non basta a fondare il giudizio di responsabilità del soggetto: solo la probabilità logica dell'inferenza accusatoria può essere posta a buon diritto a fondamento della sentenza di condanna[19].

Infine, si danno anche episodi in cui ad un basso grado di probabilità statistico – astratta corrisponda un elevato grado di probabilità logico – concreta. Esemplare in questo senso è la famosa vicenda Lucini, il quale, affetto da AIDS, ebbe rapporti sessuali non protetti con la moglie, peraltro ignara della malattia del marito[20].

17 F. Mantovani, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, p. 63.

18 L'esempio è tratto dal romanzo di G. Carofiglio, *Ragionevoli dubbi*, 2006, Palermo 2006.

19 L'avvocato Guerrieri, protagonista del romanzo, passerà in rassegna tutti i punti dell'ipotesi formulata dal pubblico ministero per sottolineare come essa non sia l'unica ricostruzione possibile e la sua aproblematica acquisizione nel processo non tiene conto delle circostanza del caso concreto, sulla base delle quali è invece possibile individuare una soluzione ad essa alternativa. Egli concluderà in questo modo l'arringa a difesa del proprio assistito: "Ogniqualvolta sia possibile costruire *una pluralità di storie* capaci di inglobare tutti gli indizi di un quadro di coerenza narrativa, bisogna arrendersi al fatto che la prova è dubbia, che *non vi è certezza processuale*, che bisogna pronunciare una sentenza di assoluzione. Inutile dire che in questo campo non si tratta di una competizione fra livelli di probabilità delle storie. Per dirla in altri termini: al pubblico ministero non basta proporre una storia più probabile per vincere il processo. Il pubblico ministero per vincere il processo, per ottenere cioè la condanna, deve proporre l'unica storia accettabile. Cioè l'unica spiegazione accettabile dei fatti di causa. Alla difesa basta proporre una spiegazione possibile. Lo ripeto: non si tratta di uno scontro fra livelli di probabilità. Lo so bene che la storia del pm è più probabile della mia. Lo so bene che la regola di esperienza posta a base della storia del pm è più forte della mia. Ma questa regola di esperienza non è la vita. È, come tutte le regole di esperienza, un modo di interpretare i fatti della vita, nel tentativo di dare loro un senso. Ma la vita, anche e soprattutto quei pezzi di vita che finiscono nei processi, è più complicata dei nostri tentativi di ridurla a regole classificabili e storie ordinate e coerenti".

20 Cass. 3 agosto 2001 n. 30425 in *Guida al Diritto Il Sole 24 Ore*, n. 33/2001, pp. 41-49

I rapporti sessuali costituiscono causa di contagio in una percentuale del tutto residuale di casi, ma l'accertamento *in concreto* ha dimostrato che, dal momento che la donna non aveva avuto relazioni extra-coniugali, non aveva subito interventi chirurgici né emotrasfusioni, né era dedita all'uso di eroina, il contagio doveva essere imputato ai rapporti con il marito, pur se questi ultimi, a parere dell'intera comunità medico – scientifica siano stati accertati quale causa di contrazione della malattia in un numero estremamente esiguo di casi.
In conclusione, nel valorizzare la differenza ontologica fra probabilità statistica e probabilità logica, la dottrina e la giurisprudenza citate dimostrano di rifiutare ogni sovrapposizione fra verità scientifica e verità processuale.
La già citata sentenza delle SS.UU. – imp. Franzese ricusa qualsiasi automatismo fra i due livelli di accertamento: "*non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata processualmente la conclusione che la condotta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*"[21].

Ogni tentativo di ridurre l'area del controllo razionale dell'organo giudicante si tradurrebbe, infatti, in uno svilimento della funzione del processo e in una indebita eliminazione della paternità e responsabilità della sentenza in capo all'organo emittente.

Laura Fassina, laureata in giurisprudenza presso l'Università di Padova, attualmente dottoranda di ricerca presso la Scuola di Dottorato in Giurisprudenza della stessa Università.

fassina.laura@gmail.com

21 SS.UU. 11 settembre 2002, *cit.*