Mezzi di prova

La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza

Cassazione penale, Sez. IV, 13 dicembre 2010 (17 settembre 2010), n. 43786 - Pres. Marzano - Est. Blaiotta - P.M. Delehaye (diff.) - Cozzini e altri

Quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta al giudice prescegliere quella da preferire. Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sulle quali essi sono condotti; l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca; il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi, sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate; l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato; deve trattarsi, cioè, di una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Gli esperti dovranno essere chiamati non solo ad esprimere il loro personale seppur qualificato giudizio, ma anche a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una "metateoria" in grado di fondare affidabilmente la ricostruzione. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto (massima redazionale).

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: www.ipsoa.it\dirittopenaleeprocesso

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conformi	Non sono stati rinvenuti precedenti conformi.
Difformi	Cass., Sez. I, 29 luglio 2008 (21 maggio 2008), n. 31456.

Il commento
di *Paolo Tonini*

La sentenza non soltanto accoglie i tradizionali criteri enunciati dalla Corte Suprema statunitense nel caso Daubert (1993), ma in più aspetti li amplifica. Infatti, agli ormai consueti requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore, della generale accettazione nella comunità degli esperti, la Cassazione aggiunge i nuovi requisiti dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.
Se è assodato che, in materia di prova scientifica, occorre che vi sia una possibilità di smentita della legge

applicata nel caso concreto (cd. tentativo di falsificazione), non è accettabile che ciò non debba avvenire quando nel processo penale sono utilizzate le massime di esperienza. Anzi, il tentativo di smentita è reso ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono "sperimentabili" e non sono "generali", perché le regole del comportamento umano ammettono eccezioni.

La sentenza in commento ha ricevuto adeguato risalto sulle principali riviste giuridiche (1) e sul massimario della Cassazione (2) soltanto per quanto concerne le novità di diritto sostanziale; non altrettanto può dirsi, viceversa, per le rilevanti novità di carattere processuale.

Sotto un profilo di diritto penale sostanziale, si è affermato che la sentenza ha creato un precedente importante in tema di responsabilità per morte da amianto. Infatti, ha preso atto che tra gli scienziati esiste un contrasto «insanabile» tra due orientamenti opposti (3). Ad un indirizzo che accoglie la tesi della dose-dipendenza si contrappone un altro che si basa sulla tesi della dose-indipendenza. Si è sostenuto che «la sentenza sembra destinata a segnare un punto di svolta, perché, preso atto del contrasto scientifico che si riflette sul piano giuridico, rinvia al giudice di merito il compito di appurare se presso la comunità scientifica esista o meno una legge esplicativa di un eventuale effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione all'amianto. Ricollocando così il giudice nella sua posizione di fruitore delle leggi scientifiche, ma, soprattutto, aprendo alla possibilità di escludere il nesso per mancanza di una legge esplicativa, come si ricava proprio dal contrasto presente già a livello scientifico» (4).

Sotto un profilo di diritto processuale penale, la segnalazione sulle riviste è stata riduttiva. In particolare, in un caso è stata data una massima redazionale che non distingue la pronuncia in esame da altre sentenze in materia. Si è sintetizzato la decisione nel seguente modo: «quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire. La Corte di cassazione, rispetto a tale apprezzamento, non deve stabilire se la tesi accolta sia esatta, ma solo se la spiegazione fornita sia spiegata in modo razionale e logico» (5).

Dal tenore della massima si è indotti a credere che la sentenza si adegui alla giurisprudenza tradizionale, in base alla quale la scelta tra più teorie scientifiche è riservata al libero convincimento del giudice, e cioè alla sua decisione discrezionale, non sindacabile in cassazione. Dalle rassegne di giurisprudenza è possibile trarre un esempio di tale orientamento (6): si afferma che «in tema di prova, costituisce giudizio di fatto, incensurabile in sede di legittimità, la scelta operata dal giudice, tra le diverse tesi prospettate dal perito e dai consulenti delle parti, di quella che ritiene maggiormente condivisibile, purché la sentenza dia conto, con motivazione accurata ed ap-

Note:

(1) In *Cass. pen.,* 2011, 1679, con nota di R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, 1712; in *Guida dir.*, 2011, n. 6, 93 con nota di G. Amato, *Amianto. Il giudice deve motivare la sua scelta in caso di tesi scientifiche in contrasto tra loro*.

(2) L'Ufficio del Massimario ha elaborato due massime, la prima delle quali si esprime nel modo seguente. «L'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico» (massima ufficiale CED n. 248943).
Riportiamo anche la seconda massima ufficiale, del seguente tenore. «In tema di delitti colposi contro la persona per violazione della normativa antinfortunistica (nella specie, omicidio colposo, conseguente all'insorgere di un mesotelioma pleurico, in danno di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa - esplicata in ambito ferroviario - all'amianto, sostanza oggettivamente nociva), si è in presenza di un comportamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa quando l'attuazione delle cautele possibili all'epoca dei fatti avrebbe significativamente abbattuto le probabilità di contrarre la malattia. (La Corte ha evidenziato che la pericolosità dell'esposizione all'amianto per il rischio di mesotelioma risale - con riferimento al settore ferroviario - almeno agli anni sessanta, e che nella specie gli imputati avrebbero potuto acquisire tali conoscenze sia direttamente, sia tramite i soggetti eventualmente delegati in materia di igiene e sicurezza)» (massima ufficiale CED n. 248944).

(3) G. Amato, *Amianto. Il giudice deve motivare la sua scelta*, cit., 93.

(4) R. Bartoli, *Responsabilità*, cit., 1712-1713.

(5) *Guida dir.*, 2011, n. 6, 93.

(6) Cass., sez. IV, 4 dicembre 2008 (6 novembre 2008), n. 45126, Ghisellini, in *CED*, n. 241907.

profondita, delle ragioni di tale scelta, del contenuto dell'opinione disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti».
Si tratta del noto orientamento giurisprudenziale che è stato efficacemente stigmatizzato di recente con le seguenti osservazioni (7): «dietro il vessillo del libero convincimento, si cela la realtà della decisione delegata all'esperto, nominato dal giudice. (…) il frequente ricorso al perito, nei processi penali in cui si contendono opposte tesi propugnate dai consulenti tecnici di parte, è regolarmente inteso come un passaggio salvifico, volto ad assicurare la acquisizione di un parere imparziale, perché non dominato dagli interessi di parte, e quindi, per definizione, superiore. Dopodiché, ben difficilmente il giudice smentisce il risultato di questa operazione di mimesi del giudicante».

I criteri Daubert sulla prova scientifica

In verità, la novità della sentenza in esame sta nel fatto che all'interno della motivazione, nel § 16, sono riproposti i medesimi criteri enunciati nella nota sentenza Daubert, che è stata pronunciata dalla Suprema Corte degli USA del 1993 e che ha precisato gli indici in base ai quali si deve stabilire se un determinato metodo costituisce o meno una conoscenza "scientifica" (8).
Può essere utile ricordare, per sintesi, quali sono i criteri di affidabilità del metodo scientifico ritenuti validi dalla sentenza Daubert:
1) Verificabilità del metodo. Il primo carattere che la conoscenza scientifica deve possedere è quello della verificabilità: una teoria è scientifica se può essere controllata mediante esperimenti.
2) Falsificabilità. Il secondo criterio richiede che la teoria scientifica sia sottoposta a tentativi di smentita, i quali, se hanno esito negativo, confermano la sua affidabilità.
3) Sottoposizione al controllo della comunità scientifica. Si chiede che il metodo sia stato reso noto in riviste specializzate in modo da essere sottoposto alla cd. *peer review*.
4) Conoscenza del tasso di errore. Occorre che al giudice sia reso noto, per ogni metodo proposto, la percentuale di errore, accertato o potenziale, che quel metodo comporta.
5) Generale accettazione. Soltanto a questo punto il giudice deve considerare se il metodo proposto gode di una generale accettazione nella comunità degli esperti. Tuttavia, si tratta di un criterio ausiliario, ma non indispensabile, poiché la scienza maggioritaria è superabile da un metodo più recente.
In base alle predette regole, i giudice diventa il guardiano (*gatekeeper*) del metodo: egli deve vagliarne la effettiva scientificità (9).

Gli analoghi criteri elaborati dalla sentenza Cozzini

Ebbene, nel § 16 della sentenza Cozzini si afferma quanto segue.
«Per alcuni filosofi della scienza la base della scientificità di un enunciato è costituita dalla sua conferma induttiva; per altri, invece, l'induzione "non esiste" ed è piuttosto la falsificabilità dell'ipotesi ad essere la chiave di volta del metodo scientifico; per altri ancora, con approccio più pragmatista, è piuttosto importante ciò che "funziona". E così via.
«Ovviamente, per pronunziare delle buone sentenze non è per nulla necessario preferire l'una o l'altra tesi. Tuttavia il dibattito epistemologico, e più ancora le criticità che l'esperienza giudiziaria alle quali si è già fatto cenno, ci forniscono alcune indicazioni basilari.
«Si può provare ad indicarne alcune. Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica.
«Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. È ovvio che, in tema di amianto, un conto è un'inda-

Note:

(7) G. Gennari, *Scienziati e giudici: l'incontro (im)possibile*, in *Medicina e Diritto*, 2010, 3, 7.

(8) *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993), trad. in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 278.
I criteri enucleati nella sentenza Daubert non sono da ritenere tassativi; altri ne sono stati proposti da giurisprudenza e dottrina. Ad es., i sedici criteri proposti da M.A. Farley sono riportati in F. Tagliaro-E. D'Aloja-P. Smith Frederick, *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 719.

(9) La successiva sentenza *Kumho Tire e Co.* del 1999 ha esteso i ricordati criteri alla ammissione degli esperti in materie che richiedono specifiche conoscenze di tipo non scientifico. U.S. Supreme Court 23 marzo 1999, Kumho Tire Co. c. Carmichael.

gine condotta da un organismo pubblico, istituzionale, realmente indipendente; ed altra cosa è un'indagine commissionata o gestita da soggetti coinvolti nelle dispute giuridiche.
«D'altra parte, in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, per le ragioni che si sono ormai ripetutamente dette, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una "metateoria" in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. «La Corte ha la consapevolezza di indicare al giudice di merito un compito assai impegnativo. D'altra parte, le difficoltà non possono essere nascoste ma vanno poste in luce e, se possibile, vanno risolte. La giurisprudenza di merito, d'altra parte, ha dimostrato di saper governare complesse e ciclopiche vicende, imperniate sulla ricostruzione dell'eziologia di numerose patologie connesse all'esposizione a sostanze patogene. Sicché l'itinerario suggerito appare concretamente percorribile. Del resto, considerati i conflitti che dividono esperti e giudici, tale itinerario appare come l'unico strumento per risolvere un dubbio inquietante, gravido di possibili errori di giudizio».

Dalla valutazione all'ammissione della prova

I brani che abbiamo tratto dalla motivazione appaiono singolari. È evidente che la sentenza non soltanto accoglie i criteri Daubert, ma in più aspetti li amplifica. Infatti, agli ormai consueti requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore, della generale accettazione nella comunità degli esperti (nn. 1-5), la Cassazione aggiunge i nuovi requisiti dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.
La sentenza Cozzini concerne sicuramente il momento della valutazione delle contrapposte teorie scientifiche e, quindi, è un pronunciamento autorevole della Cassazione sul punto. Si possono aggiungere, peraltro, alcune considerazioni che permettono di ricavare un corollario, derivante dai princìpi affermati.
Ciò che è stato affermato per la fase della "valutazione" non può non valere anche per la fase della "ammissione" della prova che richiede l'applicazione di un metodo scientifico, quando questo metodo è controverso. Sarebbe singolare che i criteri di valutazione debbano essere differenti da quelli di ammissione. Se una parte dovesse aspettare di sapere al momento della motivazione della sentenza che la prova, della quale ha ottenuto l'ammissione, è reputata non scientifica, sarebbe leso il "diritto alla prova" poiché la parte stessa si troverebbe priva di strumenti argomentativi e potrebbe non avere più la possibilità di reperire elementi a suo favore. Infatti, la prova scientifica è tra le più deperibili, se non assunta con immediatezza.
La sentenza Cozzini, interpretata come contenente i criteri validi anche in fase di ammissione della prova scientifica, costituisce un avallo a quanto è stato sostenuto in dottrina fin dal 2001.
Come è noto, nella materia in oggetto è stata prospettata una implementazione dei requisiti previsti nel codice per la prova atipica (art. 189) attraverso i criteri Daubert (10). Poiché nel nostro ordinamento vi è una lacuna legislativa nella predisposizione dei parametri di apprezzamento della scientificità della prova, l'orientamento dottrinale menzionato ha proposto di colmare la lacuna mediante lo strumento dell'integrazione analogica: vi sarebbe una identità di *ratio* tra il mezzo di prova atipico e il nuovo

Nota:

(10) O. Dominioni, *In tema di nuova prova scientifica*, in questa *Rivista*, 2001, 1063; Id., *La prova penale scientifica*, Milano, 2005; Id., *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in questa *Rivista, Dossier, La prova scientifica nel processo penale,* cit., 21-22; Id., voce *Prova scientifica*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 1, Milano, 2008, 984.

metodo scientifico del quale si chieda l'ammissione nel processo penale. Di conseguenza, i nuovi metodi scientifici devono essere ammessi dal giudice sulla base dei criteri che sono posti dall'art. 189 e che ricordiamo sinteticamente: a) idoneità del metodo ad assicurare l'accertamento del fatto; b) assenza di pregiudizio per la libertà morale della persona interessata; c) preventiva indicazione delle modalità di assunzione della prova, sulla quale il giudice deve sentire il parere delle parti.

In base alla tesi dottrinale menzionata, il requisito della idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti è così generale che può essere integrato dai criteri elaborati dalla sentenza Daubert, al punto che questi ultimi devono ritenersi operativi nel nostro ordinamento. In effetti, la tesi esposta ha il merito di consentire un ingresso controllato nel processo alle nuove metodologie scientifiche che ancora non abbiano ottenuto un consenso generalizzato da parte della comunità scientifica. Il giudice è il guardiano (*gatekeeper*) del metodo: in passato, la prova scientifica era definita tale *ex ante*; adesso è il giudice che deve vagliarne la reale scientificità.

Se negli effetti pratici appare indiscutibile l'utilità della soluzione in oggetto, sul piano teorico essa rischia di ingenerare quell'equivoco che consiste nel considerare la nuova prova scientifica come necessariamente atipica. Per contro, accade quasi sempre che il mezzo di prova richiesto al fine di applicare il nuovo metodo scientifico sia la perizia (1)). Per questo motivo, la tutela del principio di legalità della prova induce a ritenere preferibile la tesi in base alla quale già la disciplina generale sulla ammissione delle prove tipiche (art. 190) consente un vaglio sulla idoneità accertativa della prova richiesta (12). Dunque, se il metodo innovativo richiede l'esperimento di un mezzo di prova atipico, il canale acquisitivo sarà costituito dall'art. 189. Se, viceversa, l'applicazione di un metodo del genere è richiesta - come quasi sempre accade - nell'ambito di un mezzo di prova tipico (es. perizia), è ben possibile configurare all'interno del sindacato effettuato ai sensi dell'art. 190 una valutazione sulla relativa idoneità accertativa (13).

Sul piano sostanziale, in ogni caso, è impossibile negare che la sentenza in esame costituisce un autorevole avallo dei criteri in base ai quali il giudice deve controllare, in sede di ammissione, le caratteristiche di scientificità della prova.

Dalla natura meramente orientativa alla vincolatività dei criteri Daubert

La giurisprudenza di merito in tempi recenti ha fatto riferimento alla decisione Daubert abbastanza frequentemente, ma la Corte di cassazione finora non l'aveva assecondata. Anzi, in un caso noto alle cronache aveva manifestato un orientamento espressamente contrario (14). Nel processo di Cogne aveva sostenuto che «i rigorosi criteri di validazione della prova scientifica, elaborati dalla giurisprudenza degli USA», hanno per l'autorità giudiziaria italiana «*natura meramente orientativa*».

Ebbene, il predetto orientamento appare oggi superato. Con la sentenza Cozzini la S.C. ha imposto i criteri Daubert alla Corte di appello di Trento e lo ha fatto mediante lo strumento dell'annullamento con rinvio.

Merita svolgere una considerazione finale. Afferma ancora la sentenza in esame che «vi sono tesi in irrisolto conflitto» e che spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire. Ebbene, se in concreto il conflitto dovesse restare non risolto, allora la conseguenza inevitabile sarà l'applicazio-

Note:

(11) S. Lorusso, *La prova scientifica*, *La prova scientifica*, in Aa.Vv., *Le prove*, a cura di A. Gaito, vol. II, Torino, 2009, 25 ss.

(12) Così G. Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 91. Considera apprezzabile il tentativo della dottrina di ricorrere a norme diverse dall'art. 189 al fine di garantire il vaglio preliminare di attendibilità dello strumento scientifico, F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.,* 2008, 3529.

(13) Per considerazioni analoghe, C. Conti, *Il processo si apre alla scienza: considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, 1210 ss.; Ead., *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio e al giudizio di revisione*, in Aa.Vv., *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2010, 153 ss. È appena il caso di precisare che l'eventuale ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione della prova peritale può essere impugnata insieme alla sentenza ai sensi dell'art. 586 c.p.p., come avviene per tutte le ordinanze emesse nel corso del dibattimento.
Inoltre, qualora la perizia sia stato richiesta a titolo di prova contraria, la parte che si è vista negare l'ammissione può ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. *d* c.p.p., nel caso in cui ritenga trattarsi di una prova decisiva; anche se sul punto la giurisprudenza si esprime in senso contrario.
Non consideriamo accettabile questo orientamento giurisprudenziale, che considera la perizia come una prova "neutra": con tale locuzione si vuole significare che le parti non hanno il diritto alla prova in relazione alla ammissione della perizia. Né è accettabile l'ulteriore conseguenza di tale impostazione, che nega il diritto alla prova scientifica quando la perizia è chiesta da una parte "a prova contraria". Il punto non può essere sviluppato nelle presente sede; rinviamo al nostro contributo *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in questa *Rivista*, 2011, 360 ed a C. Conti, *Il processo si apre alla scienza,* cit., 1220.

(14) Cass., Sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456, Franzoni, in *Cass. pen.,* 2009, 1867.

ne della regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" (15).

Applicabilità del metodo scientifico alle massime di esperienza

Si è più volte evocato, nelle pagine che precedono, il criterio della possibilità di smentita, che appare ormai assodato in materia di prova scientifica. È pacifico che, perché possa parlarsi di "scientificità", la legge applicata nel caso concreto deve essere sottoponibile al cd. tentativo di falsificazione (16).
Ebbene, malgrado esistano numerose voci contrarie, riteniamo che il medesimo criterio debba operare quando nel processo penale sono utilizzate le massime di esperienza. Anzi, la possibilità di smentita è resa ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono "sperimentabili" e non sono "generali", perché le regole del comportamento umano ammettono eccezioni (17).
È inaccettabile che, in materia di regole di esperienza, l'accertamento giudiziale continui a basarsi soltanto su quello che sembra avvenire "nella maggior parte dei casi" e non accolga il metodo scientifico anche nell'individuare la singola regola di esperienza applicabile al caso concreto. E ciò, in un momento in cui tutte le altre discipline si stanno orientando nell'accogliere un metodo di conoscenza strutturato su quello scientifico; da ultimo, la storiografia (18).
Come si è accennato, il nostro convincimento, da tempo, si scontra con l'opinione di alcuni studiosi, i quali ritengono che le regole di esperienza siano proprie di una "persona di cultura media", mentre altri fanno riferimento alle conoscenze dell'uomo "comune". Sono posizioni che si rifanno ad una dottrina civilistica datata: e cioè a Chiovenda e a Denti (19). Purtroppo, sono opinioni diffuse anche tra alcuni processual-penalisti contemporanei.
Un'impostazione del genere è suscettibile di gravi effetti ove si tenga presente che proprio il processo penale è la sede elettiva per l'applicazione delle massime di esperienza; e il rilievo concerne anche l'accertamento del rapporto di causalità, nonostante le controversie sul punto (20). Pertanto, il sottovalutare il metodo da seguire, nell'applicazione delle massime di esperienza, rischia di sviare l'accertamento e, in alcuni casi, finanche di sgretolare il principio di tipicità della fattispecie.
In verità, si ha l'impressione che sia stata operata una contaminazione con le regole cautelari che si applicano alla nozione di "colpa" nel diritto penale sostanziale. E cioè, con la colpa dell'uomo medio, a meno che non abbia cognizioni superiori.
Una soluzione del genere, tuttavia, è accettabile quando occorre effettuare una valutazione sulla "rimproverabilità" della colpa in base al criterio dell'agente modello. Non può essere trasferita nel momento in cui si deve accertare la fondatezza dell'ipotesi ricostruttiva, formulata dal pubblico ministero nell'imputazione. Si tratta di profili completamente differenti.
Nel processo penale dal 2006 si deve effettuare un accertamento della responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio; e quindi, occorre impiegare i migliori strumenti di conoscenza disponibili. In un noto scritto a proposito del rapporto di causalità Ferrando Mantovani richiede la miglior scienza ed aggiunge «e la migliore esperienza» (21). All'evidenza il riferimento non assume come parametro l'uomo medio.

Note:

(15) Sull'argomento, si leggano le riflessioni di C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006, 86 ss. In giurisprudenza, si veda, Trib. Torino, 28 aprile 2011 (dep. 28 giugno 2011), Giud. Collidà, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* (massima a cura di Stefano Zirulia): «In caso di morte derivata da mesotelioma pleurico - patologia monofattoriale unanimemente ricondotta all'inalazione di fibre di amianto - insorto in un lavoratore che aveva subito, dapprima, una elevata esposizione al cancerogeno per un brevissimo lasso temporale (circa un mese), e successivamente una bassa esposizione al medesimo fattore di rischio, di tipo ambientale, per un periodo di media durata (sei anni), sussiste un dubbio - reso ragionevole dall'incertezza scientifica che contrassegna la materia de qua - in merito alla individuazione del concreto decorso causale che ha determinato la patologia - ossia se la stessa debba essere riferita soltanto alla prima esposizione, piuttosto che soltanto alla seconda, ovvero ad entrambe quali concause dell'evento - con la conseguenza che gli imputati in relazione alla seconda esposizione devono essere assolti con la formula "perché il fatto non sussiste"».

(16) In proposito, v. anche C. Conti, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in Aa.Vv., *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, Napoli, 2009, 335 ss.

(17) Sulla necessità di costruire correttamente la massima di esperienza si veda P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 12 ed., Milano, 2011, 220.

(18) E. Di Nuoscio, *Tucidide come Einstein? La spiegazione scientifica in storiografia*, Soveria Mannelli, 2004, 193 ss.
Secondo P. Ferrua, *Metodo scientifico e processo penale,* cit., 13, è valido per ogni scienza quel modello, elaborato da Karl Popper, che implica i tre fondamentali passaggi problemi-teorie-critica.

(19) G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1027. Analogamente V. Denti, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944, 22.

(20) Sulla delicata materia, C. Conti, *La prova del rapporto di causalità*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 135 ss. e ivi indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

(21) F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2004, spec. 990 e 992-993.

Dalla regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio consegue che anche per le massime di esperienza occorre adottare il metodo scientifico; e cioè, è necessario far seguire, all'induzione ed alla conferma, il tentativo di smentita. Da un lato, il metodo induttivo deve ricavare da fatti simili alla circostanza indiziante la "migliore" regola di esperienza. Ma occorre poi valutare se la regola è applicabile al caso concreto, alla luce di tutte le particolarità che lo caratterizzano. Si tratta di una valutazione che prescinde dalla probabilità che in astratto connota la massima di esperienza.
Inoltre, come per la legge scientifica, occorre operare il tentativo di smentita, andando a ricercare in concreto se vi sono tutte quelle conseguenze che dovrebbero riscontrarsi se la massima di esperienza ipotizzata avesse davvero operato nel caso di specie. All'evidenza, occorre procedere nel medesimo modo in cui si applica una legge scientifica. Se non si trova quella conseguenza che dovrebbe esserci, allora si può mettere in dubbio che la regola di esperienza sia applicabile al caso concreto (22).

Il tentativo di smentita applicato alle massime di esperienza nel caso Garlasco

Un'applicazione del metodo scientifico alle massime di esperienza è stata effettuata nel caso Garlasco (23). Com'è noto, in quella sede ci si è interrogati a lungo sulla verosimiglianza della versione, data dall'imputato, che affermava di aver raggiunto, dalla porta di ingresso, un determinato punto della casa, e cioè le scale, ma non si era sporcato le suole delle scarpe, mentre, viceversa, il percorso tra l'ingresso di casa e il punto in questione era disseminato di macchie di sangue fresco (24).
Il ragionamento del pubblico ministero si basava sulla seguente massima di esperienza: "l'uomo cammina seguendo il percorso più breve da un punto ad un altro". Se così fosse stato, non sarebbe apparsa verosimile la versione dell'imputato, che affermava di aver raggiunto, dalla porta di ingresso, la scala della cantinetta, ma non si era sporcato le suole delle scarpe: questa era una delle prove a carico.
Il giudice di Vigevano ha disposto una perizia sulla posizione delle macchie di sangue e sulla probabilità di evitare le stesse nel percorrere tale cammino. In particolare, il giudice ha conferito l'incarico ad un esperto dell'Università di Torino, un ingegnere, che ha effettuato un esperimento utilizzando un finto pavimento, macchiato di sangue, e ha chiesto ad alcuni sperimentatori di correre da un punto all'altro della stanza così ricostruita in laboratorio. Tutti hanno evitato di calpestare le macchie di sangue.
L'esperimento è stato apprezzato dagli studiosi di psicologia, perché ha accertato quale è il comportamento umano "spontaneo", cioè senza caratteristiche di intenzionalità.
In verità, si tratta di una vicenda importante anche per i giuristi perché in tal modo è stato fatto un tentativo di falsificazione della massima di esperienza e si è applicato il medesimo metodo con cui si deve operare per la prova scientifica. Si è così dimostrato che l'essere umano tende a camminare evitando di calpestare le macchie di sangue fresco. L'esperimento ha offerto al Giudice una spiegazione, che è contraria a quanto ha sostenuto l'accusa, ma che è basata su un metodo "scientifico" in relazione al comportamento dell'imputato al momento del rinvenimento del cadavere della fidanzata e in relazione al possibile motivo, per cui le sue scarpe non si erano sporcate. Se il Giudice avesse condiviso l'ipotesi d'accusa e avesse utilizzato nel suo ragionamento decisionale la massima di esperienza comune "l'uomo cammina seguendo il percorso più breve da un punto all'altro" (massima che *prima facie* sembrava vera a chiunque), avrebbe operato una considerazione non rispondente a come in effetti l'essere umano si comporta nella situazione specifica osservata.
La morale è: non dobbiamo limitarci a lamentare che nella prassi giudiziaria le massime di esperienza sono costruite in modo non corretto o sono applicate in modo errato, così che spesso si ragiona in base a pregiudizi. Il compito delle parti (del pubblico ministero e del difensore) è di sottoporre la singola massima al tentativo di smentita, alla stregua di quanto accade - o dovrebbe accadere - quotidianamente per le leggi scientifiche.

Note:

(22) Per una osservazione analoga in relazione alla scienza psicologica, si veda P. Cherubini, *Inferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.,* 2010, 4029: «l'inquirente deve essere all'erta nel chiedersi e osservare, oltre a cosa ci sia in una scena, anche cosa manchi: la mente non lo registra spontaneamente, come abbiamo visto, e per farlo sistematicamente occorre attitudine ed abitudine ad uno stile di pensiero molto analitico».

(23) Gup Trib. Vigevano, sent. 17 dicembre 2009, inedita. La vicenda è descritta da M.T. Zampogna e C. Rey, *I criteri della prova scientifica nel processo penale: utilizzo e valutazione della consulenza tecnica*, in *Psichiatria, psicologia e diritto*, 2011, n. 4, 18.

(24) M.T. Zampogna e C. Rey, *I criteri della prova scientifica*, loc. ult. cit.