

## I complessi legami tra il diritto penale e le altre scienze

### *The complex relations between criminal law and other sciences*

Maristella Amisano Tesi<sup>1</sup>

“Ogni lavoro scientifico compiuto comporta nuovi problemi e vuole invecchiare ed essere superato. (...)Non possiamo lavorare senza sperare che altri si spingeranno più avanti di noi. In linea di principio, questo processo tende all’infinito”.

Max Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, p. 18

**Sommario:** Il diritto - soprattutto il diritto penale- è spesso chiamato a confrontarsi con altre e diverse scienze. Spesso il confronto è reso difficile dalla differenza di scopi, di linguaggi e di fasi. Attraverso un breve excursus della teoria della scienza, questo articolo si propone di individuare il modo in cui il diritto penale e le altre scienze possono proficuamente interagire.

**Parole chiave:** legge e delle altre scienze. Interazione. Relazione che fare con il diritto penale altre scienze

**Resumo:** O direito - especialmente o direito penal-frequentemente precisa entrar em contato com outras e diferentes formas de ciência. As vezes o

---

1 Possui pós-doutorado pela Università della Calabria(2007). Atualmente é professora da Università della Calabria.

relacionamento é difícil por causa das diferentes finalidades, diferentes linguagens e fases. Através de uma rápida passagem pela teoria geral da ciência, esse artigo pretende investigar como o direito penal e as outras disciplinas científicas podem interagir proveitosamente.

**Palavras-chave:** *Direito e outras ciências. Interação. Relação do direito penal com outras ciências*

## I. **Il problema di interazione tra il diritto penale e le altre scienze**

Il diritto penale, benché sia spesso definito scienza ‘senza verità’<sup>2</sup>, in quanto formalmente libero nelle sue valutazioni e statuizioni normative, ha la necessità -a volte più stringente, altre meno- di conoscere quella parte del mondo che consente di ricavare la propria idea di verità, intesa come corrispondenza ai fatti.

E per accertare le realtà fattuali sono necessarie, spesso, tecniche scientifiche. Il diritto in generale -ed ancor più il diritto penale- si applica ai fatti concreti ed ha senso solo quando può risolvere problemi di accertamento relativi al mondo fattuale. In buona sostanza, il diritto regola, cioè sottopone a norme, determinati fatti; ed il diritto, per altro verso, accerta determinati fatti storici per verificare se rientrano nello schema definito da una determinata norma, chiamata fattispecie.

Ne discende che profilo normativo e contenuti empirici sono strettamente legati, tanto che il diritto viene ad intrecciarsi con le altre scienze che dei fatti si occupano.

Concentrando la nostra attenzione sul solo diritto penale, molto spesso questo rinvia al sapere scientifico

---

2 Pintore, *Diritto senza verità*, Torino, 1999

attraverso i c.d. elementi normativi, ovvero concetti della fattispecie il cui contenuto è determinato da schemi esterni alla norma penale di riferimento. E per qualunque elemento della fattispecie obiettiva di un reato per il cui accertamento sia necessaria la mediazione del sapere scientifico occorre distinguere fra piano ontologico della fattispecie e piano epistemologico della rilevanza del sapere scientifico. C'è analogia, quindi, tra il rinvio a criteri extrapenalici di qualificazione, che caratterizza i concetti normativi, ed il rinvio al sapere scientifico<sup>3</sup>.

Ciò accade per vari concetti che appartengono al diritto penale. Si pensi alla materia dell'imputabilità, che per quanto riguarda il vizio -totale o parziale- di mente rimanda, molto spesso (se non sempre), alla psichiatria. Sempre nell'ambito dell'imputabilità, relativa ai minori di età, l'accertamento del criterio della maturità-non normativizzato ma usato nei Tribunali come se lo fosse- passa attraverso l'analisi della psiche del minore, spesso demandata a psicologi che determinano sulla scorta del loro sapere un elemento della realtà rilevante per il diritto penale.

Altro ambito in cui il diritto penale entra in necessario contatto con altri rami del sapere è quello della pericolosità. La pericolosità sociale non è un elemento normativo in senso tecnico. È elemento normativo nel senso che è delineato da norme penali che gli attribuiscono significato valido in ambito penale. Tuttavia, per l'accertamento di quel criterio -che è, appunto, la pericolosità sociale- definito attraverso la norma penale, ci si rifà a parametri esterni quali, per esempio, la perizia psichiatrica<sup>4</sup>. Ed allora la pericolosità

---

3 Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in Riv.it.dir. e proc. pen., 2006, 795 ss., 800.

4 Solo per completezza di indagine, ricordo che la perizia psicologica nell'ordinamento italiano, per lo meno in sede di cognizione, è vietata,

sociale viene ad essere modificata, non concettualmente ma a livello pratico, dalla variabilità del parametro esterno costituito dal sapere scientifico extrapenale.

Tuttavia, “non si è finora giunti all’elaborazione di una cornice epistemologica generale circa i rapporti fra il sistema della scienza e il sistema giuridico”<sup>5</sup>. E sebbene- come abbiamo visto- in ogni decisione giudiziaria si fondano, oltre alle valutazioni scientifiche e giuridiche, quelle della coscienza del giudice, la sensibilità a dati e valori “può essere la premessa dell’impegno di conoscenza, ma non può dettarne modi ed esiti: la nostra civiltà del diritto ha bisogno di fondamenti di verità e si esprime in modi istituzionali di ricerca di verità”<sup>6</sup>. È per questo che la scienza (non giuridica) deve essere utilizzata per conoscere i fatti, aspirando a risultati di conoscenza che possano essere misurati secondo criteri di accettazione o rifiuto di carattere obiettivo, non dipendenti da scelte soggettive di valore, non influenzati da una volontà politica o normativa che pretenda di sovrapporsi alle esigenti verità fattuali<sup>7</sup>. In una parola, la scienza serve al diritto affinché possa aspirare all’orizzonte della verità teorizzato da Popper. O, per usare altra espressione illuminante, poetica e profondamente vera, in diritto penale ha senso porsi problemi di modeste, parziali o importanti verità di fatto che hanno a che fare con questioni di responsabilità di uomini di fronte ad altri uomini. Certo, ogni passo è un tentativo che non ha garanzie di riuscita, ma questa è la nostra condizione umana e solo in essa possiamo

---

anche se avrebbe potuto essere lo strumento ideale proprio per accertare elementi, quali la pericolosità, che nella maggior parte dei casi prescindono da considerazioni psichiatriche.

5 Tallacchini, Prefazione al libro di Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p.36.

6 Pulitanò, cit., 814

7 Pulitanò, cit., 817

cercare –anche come giuristi- ragioni di impegno intellettuale e morale<sup>8</sup>.

Ed è proprio così: dobbiamo rivendicare autonomia ed indipendenza del diritto di fronte ad altre scienze, dalle quali, però, il diritto stesso non può prescindere, a pena di perdere di vista quella verità fattuale a cui la ricostruzione giuridico-processuale deve cercare di aderire il più possibile, anche per le ragioni morali che devono sorreggere il lavoro del giurista.

Si dice<sup>9</sup> che tra giudici e periti vi sia una naturale divergenza che dipende dalla diversa natura che hanno il diritto e le scienze sociali. Mentre il diritto ha una struttura verticale, che presuppone gerarchia e formalità, le scienze sociali sono tipicamente orizzontali ed aborriscono da ogni costruzione concettuale gerarchica<sup>10</sup>. Benché la personalità del reo debba essere valutata all'interno del processo penale perché da questa valutazione discendono molte conseguenze giuridiche, resta il fatto che il reo è tale solo per quel frammento della sua vita che coincide con la commissione del reato: carattere, temperamento, personalità sono tutti accidenti del giudizio, non la sua sostanza. Certo, anche questo aspetto può avere la sua importanza, come nel caso della pericolosità sociale. Ma non mi sembra il punto centrale. Occorre andare più a fondo ed indagare i rapporti più profondi tra scienza e diritto, non dimenticando che anche il diritto è scienza.

---

8 Pulitanò, cit., 818

9 Eramo, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. E proc.*, 2007, II, 927ss.

10 Eramo, cit., 934

## II. Scienza e metodo scientifico

Vorrei partire dalla scienza e dal metodo scientifico in generale, per poi trarne le conseguenze relative al diritto.

Si tratta di un cammino già percorso egregiamente, quindi mi permetto di seguire i passi di Stella<sup>11</sup>. La ragione principale dell'incertezza che caratterizza ogni branca della scienza è rinvenuta nella perenne mutabilità della scienza e nei limiti che questa incontra. Per questo è così importante il metodo, che assicura che gli approdi a cui si perviene si fondino su una metodologia corretta in quanto rispondente alla logica ed alle premesse costituite dalle conoscenze relative alla scienza nella quale si sta operando. Non voglio addentrarmi oltre nel problema del metodo, che mi porterebbe su un terreno pieno di ostacoli: basti pensare a Feyerabend ed alla sua teoria dell' "Against method". Ciò che rileva qui è tener conto che è proprio per garantire la scientificità del metodo che è stata pronunciata la famosa sentenza nel caso Daubert e che oggi regola l'ingresso delle prove scientifiche nel processo penale. Benché il metodo scientifico non sia direttamente specificato, prima della sentenza Daubert che è del 1990, la Cassazione, nel caso Stava, aveva stabilito che le leggi della scienza debbono ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili.

Fino qui, appunto, il metodo. Che resta uno dei pochi appigli certi. Infatti, la teoria della scienza, nella sua continua evoluzione, non ha ancora raggiunto un approdo certo per quanto riguarda la validità delle leggi scientifiche.

Partendo da tempi piuttosto recenti, possiamo ritenere che l'avvio della vera e propria teoria della scienza venga dalle c.d. teorie della conferma. Carnap<sup>12</sup> sostenne che è

---

11 Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001.

12 Cfr. Carnap, *An introduction to the philosophy of science*, ed. by Martin Gardner,

possibile ricevere sempre più conferme di una legge, sino a poter dire che ha un fondamento forte. Tuttavia il numero di osservazioni resta finito, quindi non si può escludere teoricamente che possa rintracciarsi un contro-esempio. Quel che possiamo limitarci a concludere è che se l'esperienza ci ha condotti a trovare un grande numero di esempi positivi e nessun esempio negativo, allora la conferma a quell'ipotesi potrà dirsi forte.

Che è il medesimo punto di vista di Hempel<sup>13</sup>: la scienza inventa ipotesi per tentare di dare risposta ad un problema e poi sottopone questa ipotesi al controllo empirico, che non potrà mai essere definitivo ma soltanto più o meno forte.

Si vede chiaramente che le teorie della verifica nascono già fallaci. Per questo, da Popper in poi, si sono sviluppate le c.d. teorie della falsificazione.

Popper sostiene che l'induzione non esiste, non fonda nulla, non giustifica alcuna conclusione. Inferire asserzioni generali da asserzioni singolari non è corretto, né esiste un modo per verificare un'ipotesi scientifica. L'unica progressione possibile è quella sugli errori: problemi, teorie, critiche.

Da qui la famosissima frase: " Inciampiamo in qualche problema, tentiamo di risolverlo, impariamo dai nostri sbagli"<sup>14</sup>.

Il criterio tra scienza e non scienza non è, quindi, la verificabilità bensì la falsificabilità, tanto che la teoria della scienza non è che un "cimitero di teorie errate". Alla certezza scientifica si sostituisce il progresso scientifico.

---

1966

13 Cfr. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, Free Press, 1965

14 Popper, *La scienza e i suoi nemici*, Baldini, 2001, 13ss.

Le sconvolgenti affermazioni di Popper sono state valiate ed elaborate e ne sono nate teorie con accenti e sfumature diversi. Al contrario di Popper, che si riferisce alla scienza in generale, Khun distingue tra scienza normale e scienza straordinaria. Solo alla scienza straordinaria è riservato il compito di operare la rivoluzione scientifica. L'idea centrale è quella che nella scienza esistono paradigmi, ovverosia conquiste scientifiche universalmente riconosciute che, per un certo periodo, forniscono soluzioni accettabili. Quando la comunità scientifica di riferimento accetta un paradigma, elabora la scienza c.d. normale, a cui ci si adegua nell'ordinario scorrere delle cose. Tuttavia la ricerca scientifica mette continuamente in luce fenomeni nuovi ed escogita teorie nuove, apparentemente azzardate. Quando la comunità scientifica prende coscienza di una anomalia, deve sostituire il vecchio paradigma con uno nuovo: è la rivoluzione scientifica. La differenza rispetto a Popper è che per Popper la rivoluzione è continua, permanente; per Khun<sup>15</sup>, invece, esistono periodi di scienza "normale", rotti da momenti di rivoluzione. Personalmente, malgrado l'esistenza di paradigmi temporanei, credo che il processo scientifico abbia una progressione costante, solo talvolta più eclatante e talaltra meno. Ma questo non cambia la sostanza del discorso che sto conducendo: nessuna legge teorica possiede il dogma della certezza.

Affina la teoria della falsificazione Lakatos<sup>16</sup>, secondo cui occorre distinguere un falsificazionismo sofisticato da quello dogmatico e da quello ingenuo. La scienza è –e deve essere– una competizione fra programmi di ricerca. Il falsificazionismo dogmatico incarna l'idea che la scienza si sviluppi attraverso congetture ardite e falsificazioni infallibili.

---

15 Cfr. Khun, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1979

16 Lakatos, *Scritti filosofici*, Il Saggiatore, 1985



Ma la realtà è differente: la base empirica della scienza non è certa e questo implica che le stesse falsificazioni possano essere sbagliate. Il falsificazionismo ingenuo concepisce, invece, lo sviluppo della scienza come una serie di duelli successivi tra una teoria ed i fatti che la supportano e/o la verificano. Tuttavia, secondo il punto di vista di Lakatos, la lotta tra il teorico ed il fattuale non si svolge in maniera semplicemente dualistica ma coinvolge perlomeno tre elementi: ci sono i fatti e una o più teorie in competizione. Sarebbe semplicistico dire che si propone una teoria e i fatti la falsificano. Esiste un labirinto di teorie che rendono più complicata la falsificazione fattuale. Certo, è chiaro che nella realtà le teorie si differenziano e la dimostrazione sta proprio nella moltitudine di teorie che sono nate, tutte per appoggiare la falsificazione.

Ma la falsificazione non ha affascinato tutti gli studiosi. Laudan<sup>17</sup> ha sostenuto che i criteri di razionalità e progresso di una teoria non sono legati né alla sua conferma né alla sua falsificazione. Ciò che è decisivo è la tradizione della ricerca in cui la teoria si inserisce. Per tradizione di ricerca si intende un insieme di assunti generali che riguardano le entità ed i processi presenti in un certo dominio di studio. Il problema è che il successo della tradizione della ricerca non è direttamente controllabile; abbandonare la teoria della falsificazione significherebbe non poter rintracciare una linea di demarcazione certa tra scienza e non scienza e tra scienza e pseudoscienza.

Comunque la si vuole vedere, se come una sequela di falsificazioni o come violazione necessaria del metodo, come fa Feyerabend<sup>18</sup>, la teoria del sapere cresce attraverso rotture

---

17 Cfr. Laudan, *Progress and Its Problems: Toward a Theory of Scientific Growth*, Berkeley, University of California Press, 1977

18 Cfr. Feyerabend, *Against method*, Verso Press, 1979

e non continuità. Per questo, nulla è mai deciso e il sapere di oggi può diventare la favola di domani. Conclusione poco tranquillizzante per un verso, ma che per altro verso assicura il progresso. D'altronde, essere superato sul piano scientifico è destino di ogni studioso ed è anche il suo scopo: l'opera della scienza sta nel fornire strumenti o anche solo chiarezza<sup>19</sup>.

Benché le sue riflessioni nascano prevalentemente per descrivere il mercato, ritengo utile tratteggiare anche le considerazioni di Hayek<sup>20</sup>. Egli muove dalla nozione di 'ordine', inteso come uno "stato di cose in cui possiamo riuscire a crearci delle prospettive e delle ipotesi circa il futuro"<sup>21</sup>. L'ordine è lo stato di cose che ci permette di prevedere e di calcolare il futuro e può assumere due diverse forme: *cosmos* e *taxis*. "Un *cosmos* risulterà dalla regolarità del comportamento degli elementi che esso comprende. Esso è, in questo senso, un sistema endogeno, intrinseco, oppure, come dicono i cibernetici, auto-regolato, oppure auto-organizzato. Una *taxis*, invece, è determinata da un'azione che si trova al di fuori dell'ordine ed è nello stesso senso esogena o imposta". L'ordine, soprattutto nella forma del *cosmos*, manifesta la sua importanza anche nell'ambito della pericolosità sociale, poiché qualora vi sia regolarità di comportamenti il giudizio prognostico sarà più facile, oltre che più affidabile. L'ordine, infatti, si fonda sulla regolarità dei comportamenti, intesa come l'attesa di comportamenti identici a fronte delle medesime circostanze. Se davvero ci si potesse affidare all'ordine hayekiano tutti i problemi relativi alla predizione di comportamenti umani –così importanti nel diritto penale– sarebbero superati. Ma così non è.

---

19 Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, 1967

20 Hayek, *New studies in philosophy, economics, an history of ideas*, 1978.

21 Hayek, nella traduzione del 1988, pp. 83ss.

Le azioni umane non sono fenomeni regolati da leggi naturali. Per questo Hayek deve risalire alla regola che garantisce la regolarità e che lui individua in *nomos* e *thesis*. Al *cosmos* corrisponde la *nomos*, cioè la norma generale ed astratta che si limita a proporre mezzi, lasciando alla spontaneità dei singoli la concreta scelta dei fini. Alla *taxis* corrisponde la *thesis*, ovverosia una qualsiasi norma che sia applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di colui che formula le norme.

Ma non è questo il punto che interessa il nostro discorso. Ciò che conta è il processo evolutivo. Processo che si ottiene attraverso la competizione. Il modo di operare degli elementi che contribuiscono a formare il mercato, vale a dire la competizione, viene pensato da Hayek come un processo di ampliamento della conoscenza. Ma questo processo ha come caratteristica proprio quella di non essere prevedibile. Ed il processo non riguarda solo il mercato bensì anche le conoscenze di carattere scientifico: "Today is almost heresy to suggest that scientific knowledge is not the sum of all knowledge: but a little reflection will show that there is beyond question a body of very important but unorganized knowledge which cannot possibly be called scientific in the sense of knowledge of general rules: the knowledge of the particular circumstances of time and place. It is with respect to this that practically every individual has some advantage over all others because he possesses unique information of which beneficial use might be made, but of which use can be made only if the decisions depending on it are left to him or are made with his active cooperation"<sup>22</sup>.

La conoscenza delle 'circostanze di tempo e di luogo' è il punto in cui la concorrenza si mostra più aperta alle

---

22 Hayek, *The use of knowledge in Society, in Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948, p. 80.

novità e conduce a scenari non previsti all'inizio del processo di competizione. Insomma, attraverso la competizione emergono nuove risorse e nuovi modi di valorizzazione come processo di adattamento alla variazione delle circostanze. Ordine, quindi, ma anche evoluzione. Calando questo discorso, per quanto possibile, nel diritto penale, all'ordine corrisponde la predittività nella maggior parte dei casi in cui sia necessario un giudizio prognostico, come nel caso della pericolosità sociale. Ma la concorrenza delle varie teorie scientifiche porta all'emergere ora dell'una e ora dell'altra, in un clima di mancanza di assoluta ed immutabile certezza che genera evoluzione. Così che anche la previsione di pericolosità viene a risentire dei cambiamenti insiti nell'evoluzione della scienza di riferimento.

In fondo, è l'antica diatriba tra diritto e tecnica, recentemente di nuovo tirata in ballo, seppur con nuovi accenti<sup>23</sup>. Il diritto-si sostiene- dopo la crisi del giusnaturalismo, non ha altra scelta se non quella del diritto positivo, nel senso di un diritto "posto dagli uomini nella storicità del loro vivere". Le norme giuridiche, quindi, hanno validità processuale ma non verità di contenuto. Il concetto non è nuovo; esiste una verità processuale ed una fattuale che possono non coincidere, tuttavia non può negarsi che l'aspirazione debba essere quella della sovrapposizione. La tecnica sarebbe, invece, "l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni". La tecnica non sceglie scopi e bisogni, quindi in questo senso è astratta ed indeterminata. La domanda di fondo, però, è se la norma riesca in qualche modo a controllare la tecnica e la risposta che ne vien fuori da questa dicotomia dialettica è che la tecnica sia destinata non solo a non soccombere ma, anzi, ad imporre la sua volontà

---

23 Irti, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

perché la sua essenza non mira a scopi escludenti, ovverosia la realizzazione di uno scopo non mira ad escluderne la realizzazione di altri. In questo senso, la tecnica mira all'onnipotenza, senza che questo significhi che la norma venga eliminata. Dal punto di vista del giurista, però, anche la tecnica ha un costitutivo bisogno di diritto, quindi la tecnica così concepita diventerebbe *Grundnorm* che impone al diritto di sottostare alle sue regole. Il diritto sarebbe mezzo della tecnica. Ma a sua volta la tecnica non sarebbe un nuovo Dio: tutto è transitorio ed il Dio metafisico ha definitivamente soppiantato la tecnica. Prospettiva che non mi pare accettabile né a livello metodologico né contenutistico. La ricerca di un necessario primato contrasta con le più recenti asserzioni della teoria della scienza, ove ciò che conta è il progresso ottenuto attraverso rotture, non il primato che viene dalla continuità. Senza contare che il primato della tecnica mi sembra una conclusione semplicistica e chiaramente errata. Se –come è vero– le conclusioni a cui la tecnica perviene non possiedono il dogma della certezza e possono essere superate da approdi successivi, il primato della tecnica non porterebbe da nessuna parte. Mi pare che questa teoria risenta dell'idea marxista secondo cui la storia si viene atteggiando a 'svolgimento della tecnica', cioè di una prassi umana che, mediante strumenti sempre più raffinati e perfetti, genera i successivi 'terreni artificiali' e così determina anche nuovi istituti politici e forme giuridiche. In questo senso, la tecnica è considerata determinatrice di diritto. A mio sommesso parere, senza negare l'importanza della tecnica, resta il fatto che la tecnica ispira il diritto ma in rapporto non di supremazia bensì di mezzi e fini. La tecnica usa il diritto come mezzo, ma senza diritto non potrebbe realizzare i propri fini. E il diritto può operare solo con base nella tecnica. Inutile, quindi, parlare di supremazia.

Meglio ricorrere ad un indispensabile legame strumentale, ove tecnica e diritto si influenzano reciprocamente in una alternanza di mezzi e fini.

### III. Singole scienze e teoria della scienza

Proviamo ad uscire dall'astrattismo e caliamo questo modo di pensare in ognuna delle branche in cui la scienza si divide. Molto diverso, infatti, è il tipo di relazione del lavoro scientifico con i suoi presupposti a seconda della sua struttura. A tal proposito, se alcune scienze possono anche accettare punti di arrivo transitori, ve ne sono altre ben più restie ad accettare che le conoscenze raggiunte possano un giorno rivelarsi tanto errate da sembrare ridicole. E tra queste scienze trova senza dubbio posto la medicina. Per questo i medici che, come Federspil<sup>24</sup>, si sono occupati di teoria generale della scienza, sono arrivati alla conclusione che, siccome le diagnosi fanno riferimento ad un sistema di conoscenze mediche comunemente accettato perché costituito dal sapere che si è consolidato in quel determinato momento storico, accettando che la struttura teorica della medicina possa cambiare con il tempo, occorre accettare che, col tempo e col mutare della scienza, certe diagnosi possano rivelarsi false. Il che significa che non esiste diagnosi che vada oltre ogni ragionevole dubbio. Non c'è differenza: la medicina è una scienza e come tale soggiace alla fallibilità e mutabilità che caratterizza ogni forma di scienza.

È da questi presupposti teorici che nasce la sentenza Daubert relativa alla prova scientifica nel processo: se non ci sono certezze scientifiche, almeno che venga rispettato il metodo scientifico e venga così ridotto il possibile margine

---

24 Federspil, *Logica clinica. I principi del metodo in medicina*, McGraw Hill, 2003

di errore. Il giudice non potrà che decidere l'affidabilità della ipotesi scientifica e la sua corroborazione attraverso risultati provvisori. La conferma resta provvisoria, così come provvisorio è il consenso della comunità scientifica.

Ma non dobbiamo dimenticare che tale sentenza è stata pronunciata in una causa civile e questo complica non poco le cose. Il diritto penale soggiace al principio della certezza oltre ogni ragionevole dubbio, certezza incompatibile con l'incertezza delle conclusioni scientifiche. Solo che sarebbe assurdo richiedere per il processo penale la certezza propria della chimica o della fisica, ci si deve accontentare della coerenza logica di una teoria e del suo grado di affidabilità. Ed anche le pronunce della Cassazione –persino a Sezioni Unite- sono concordi nel ritenere che i giudici debbano fare riferimento alle acquisizioni scientifiche più aggiornate e generalmente accolte dai relativi protocolli della scienza di riferimento.

Al termine di questo breve *excursus*, per chi ama il solido terreno delle certezze, non ci sono buone notizie. La scienza evolve attraverso rotture e falsificazioni. Ogni scienza evolve attraverso rotture e falsificazioni. Ed ogni scienza evolve in modi e tempi diversi. Il che significa che l'interazione tra scienze diverse si complica di un ulteriore elemento. Non si tratta più solo di linguaggi diversi e diverse finalità. A queste si aggiungono tempi e tappe di progresso diversi: una scienza può essere più statica dell'altra, una scienza può attraversare un momento di crisi delle certezze e l'altra no. Il processo, quindi, è diacronico.

#### IV. Conclusioni su diritto penale e altre scienze (in particolare: la scienza medica ed il riferimento alla pericolosità sociale)

Per tornare al punto da cui ho preso l'avvio, il diritto penale spesso usa come strumento la medicina per la definizione fattuale di elementi normativi necessari per l'interpretazione ed applicazione delle norme. Molto probabilmente esiste una forte diacronicità tra medicina e diritto, c'è senz'altro discrasia di scopi<sup>25</sup>, ci sono specificità e presupposti differenti. Gli stessi sistemi di giustizia penale, salute mentale e welfare differiscono per l'equilibrio che raggiungono tra costrizioni fisiche e incentivi morali e materiali<sup>26</sup>. La giustizia penale tende ad enfatizzare le restrizioni fisiche; la salute mentale enfatizza costrizioni fisiche (sempre meno) e terapia psicologica e farmacologica; il welfare enfatizza premi e sanzioni economiche. Differenze che non occultano il fatto che si tratta pur sempre di sistemi parzialmente organizzati al controllo del comportamento.

Quanto ai presupposti, nella scienza medica il punto di partenza è il compito della conservazione della vita e della riduzione al minimo del dolore. La giurisprudenza -o, più precisamente, il diritto- ha come presupposto quello di stabilire ciò che è valido secondo le regole del pensiero giuridico, in parte imperativamente logico ed in parte vincolato da schemi convenzionali: "vale a dire, stabilisce se

---

25 Merzagora- Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale. Un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in Manna A. (a cura), *Verso un codice penale modello per l'Europa - Imputabilità e misure di sicurezza*, Cedam, Padova, pp. 199 ss., 2002.

26 Ceretti, Cornelli, *Malattia mentale e controllo sociale: nuove configurazioni all'inizio del nuovo millennio*, in *Criminalia*, 2006, 323ss.



sono riconosciute obbligatorie determinate regole giuridiche e determina i modi per la loro interpretazione”<sup>27</sup>. Finalità diverse a cui si aggiunge che talvolta il magistrato chiede al perito di esercitare vari mestieri non suoi. Ed è quello che lamentano gli psicopatologi, tanto da dire che i giudici, per la paura dell’ignoto e l’ansia del non comprensibile, hanno condotto a cercare nell’etichetta della nosografia una spiegazione. La diversità di linguaggi e scopi diventa qui patente. Non si tratta di ansie o paure: il magistrato è di fronte ad un reato già commesso e che quindi ha già turbato l’ordine sociale. La sua domanda circa la futura possibilità di un ritorno al crimine è legittima e non chiede un appoggio alla nosografia per creare etichette ma per rendere il giudizio prognostico più affidabile. Né si tratta di pregiudizi: il binomio pericolosità-malattia mentale è da tempo scomparso, ma è innegabile che la presenza di una qualche malattia mentale debba essere valutata nell’ottica dei risvolti che può avere sulla pericolosità, al pari di tutti gli altri elementi che su questa possano avere incidenza.

Il rapporto tra scienza medica e diritto, già sempre complesso, in tema di pericolosità sociale si rivela assai complicato. Diacronicità, discrasia di scopi e diversi linguaggi si mostrano in tutta la loro evidenza. Il punto di vista medico mette in dubbio l’esistenza stessa del concetto di pericolosità, almeno intesa come possibilità di recidiva delittuosa. Ma, comunque la si voglia intendere, il dettato degli articoli 202 e 203 del codice penale obbliga i magistrati ad effettuare una prognosi in merito. La scienza medica può aiutare in questo processo prognostico. Anche ammettendo che la dizione di legge non sia abbastanza precisa e che la pericolosità sociale sia concetto in contrasto con lo spirito della legge di riforma psichiatrica, che privilegia il

---

27 Weber, cit., p. 26

trattamento e rifugge la stigmatizzazione, resta il fatto che il giudizio prognostico, *de jure condito*, deve essere effettuato per applicare oppure no le misure di sicurezza. Può darsi che una riforma legislativa che sostituisca al termine ‘pericolosità sociale’ quello di ‘bisogno di trattamento’ consenta –come sostengono i medici- di superare il pregiudizio relativo alla malattia mentale e promuova la cultura del malato come portatore di eguali diritti rispetto al sano. Può darsi. Tuttavia la valutazione prognostica imposta dal codice penale non concerne una contrapposizione tra individui sani e individui malati, bensì tra individui che hanno già commesso un reato ed è probabile che ne commettano un altro ed individui che hanno già commesso un reato e non è probabile che ne commettano altri. Non possiamo trascurare che il presupposto della pericolosità sociale è la già avvenuta commissione di un reato. La malattia è un elemento soltanto eventuale e che può, insieme a molti altri, essere indicatore di pericolosità. Il diritto penale si occupa della sicurezza sociale minacciata dal crimine. Ma la finalità di trattamento non è esclusa: a fronte di una accertata pericolosità sociale, l’applicazione di misure di sicurezza si pone da un lato come garanzia per i consociati, dall’altro prevede aspetti terapeutici, indispensabili affinché la misura di sicurezza possa cessare.

Insomma, il dialogo tra diritto e medicina coinvolge molti aspetti del diritto e del diritto penale in particolare. E questo dialogo deve restare aperto, pur mantenendo peculiarità e funzioni. Come autorevolmente<sup>28</sup> detto, il giurista che si isola nella torre d’avorio delle forme pure fa un atto di superbia e di ignoranza, così come lo scienziato

---

28 Nuvolone, *Diritto penale e criminologia*, in *Trattato di medicina, criminologia e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti, vol. III, *La criminologia e il diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1ss.

che pretende di costruire le sue classificazioni trascurando la realtà delle forme giuridiche. La via che conduce alla verità è quella della critica e dell'esperienza senza esclusivismi e preconcetti, in una visione integrale del fenomeno umano<sup>29</sup>.

Le osservazioni sin qui condotte hanno evidenziato un rapporto tra diritto e scienza assai complesso: il diritto ha bisogno di risposte certe e la scienza, essendo in continua evoluzione, può fornire risposte valide solo in quel contesto storico-culturale. Sembreremmo finiti in un vicolo cieco, dal quale possiamo uscire solo tenendo a mente un dato incontestabile: nell'ambito processuale, *l'actio finium regundorum* tra diritto e scienze culmina nel primato del diritto. Il giudice è autonomo nei confronti della comunità scientifica e la scienza è percepita come un contesto culturale in evoluzione<sup>30</sup>. Possiamo accettare, quindi, la mutevolezza del contesto scientifico solo ammettendo il primato del diritto nel suo stesso ambito.

---

Recebido em 06/02/2017.

Aprovado em 14/02/2017.



**Maristella Amisano Tesi**

E-mail: maristami@ibero.it



---

29 Nuvolone, cit., p. 14

30 Caprioli, *La scienza "cattiva maestra"; le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in Cass. Pen., 2009, p. 3520.

