

LA PROVA IN MEDICINA LEGALE

INDICE

1. Introduzione 2. Il contributo della prova tecnica alla "verità giudiziale": certezza, probabilità, verosimiglianza, compatibilità e possibilità. 3. La *evidence-based clinical medicine* e la *evidence-based legal medicine* : basi comuni e differenze 4 . Possibilità reali e limiti dei contributi medico-legali nel panorama globale attuale dell'area disciplinare 5. Il problema della qualità delle perizie medico-legali 6. Conclusioni

'*Evidence in Legale Medicine*', lettura introduttiva al XIX Congresso dell'International Academy of Legal Medicine, Milano 3-6 settembre 2003

1. Introduzione

I. La prova in Medicina Legale (*Evidence in Legal medicine*) appartiene alla generale categoria della 'prova ', che si incontra nei differenti settori di esperienza, e consiste nel problema di stabilire il fondamento razionale di conoscenze che non appartengono al campo della logica dimostrativa, bensì a quello dell'esperienza empirica. Esse sono per definizione *incerte* ma tuttavia sono destinate a costituire la base per *decisioni di varia natura*. In questi settori si riscontra uno schema concettuale comune che può essere genericamente indicato con il nome *evidence and inference*" il quale si avvale di apporti provenienti da vari campi allo scopo di fornire strumenti generali per la formulazione e il controllo razionale delle *inferenze* che fondano *asserzioni sui fatti*. In questo contesto emerge *una nozione generale di 'prova'* come elemento di conferma di *conclusioni* relative ad asserzioni sui *fatti* "¹.

La prova, in generale, è dunque ogni elemento idoneo a fondare una *inferenza* capace di fornire supporto ad una asserzione su un fatto ed è *l'intero contesto della concezione inferenziale della conoscenza* che determina ciò che si può intendere come "prova".

La *prova giuridica*, all'intero della galassia delle prove, ha una sua specificità che ha come elemento di distinzione la presenza di una disciplina giuridica della prova (che ha differenze nelle varie legislazioni) ed il fatto che essa serve ad usi tipicamente giuridici, in contesti giuridici come il processo.

E' discusso, tra i giuristi, se vi siano analogie nei procedimenti seguiti dai giudici e dagli scienziati, nei rispettivi campi. Sembra che l'orientamento prevalente sia quello di riconoscere talune analogie - ed anche interscambi metodologici bidirezionali - accanto ad innegabili differenze. E' certo comunque che, a parte questo problema generale, esiste quello particolare costituito dalla *necessità che nozioni i metodi scientifici vengano usati in modo corretto quando servono all'accertamento dei fatti nei giudizi penali e civili* (ma anche in sede stragiudiziale).

¹ Per una esaustiva trattazione di tutto il complesso tema cfr. Taruffo M. *La prova dei fatti giuridici*. Giuffrè, Milano 1992.

Quanto si è appena detto in forma assai sintetica può di per sé dimostrare il carattere generale, sopranazionale, della *metodologia* di formazione delle *prove scientifiche medico-legali*. Tuttavia le differenze che esistono negli ordinamenti giuridici e nella prassi dei vari paesi, e che derivano dalla loro storia, producono indiscutibilmente diversità nazionali della professione medico legale che in parte rilevante delle sue attività deve modularsi sulle specifiche esigenze delle leggi e delle consuetudini locali .

Per questa ragione *la medicina legale* si trova in una condizione del tutto diversa, ed *unica*, rispetto alle altre discipline biomediche le quali hanno carattere universale e consentono a livello internazionale un interscambio globale, oggi facilitato dall'informatica e dall'uso generalizzato della lingua inglese.

Di questa peculiarità soffrono, notoriamente, soffrono i congressi internazionali di medicina legale i quali possono dedicarsi alla presentazione e discussione dei progressi nei settori scientifici di base della disciplina, ma hanno difficoltà di interscambio in quelli concernenti le specificità nazionali dipendenti dalle leggi, dalla dottrina, dalla giurisprudenza ed anche dalle consuetudini locali.

Gli elementi unificanti sono dunque quelle basi della disciplina che hanno carattere universale perché riguardano *il metodo e le tecniche di acquisizione dei dati e di valutazione del loro valore probatorio effettuata con criteri scientifici* .

Il tentativo di delineare una metodologia della *evidence in legal medicine*, si deve anzitutto concentrare sugli *strumenti e le procedure* di cui dispone la moderna medicina legale. Dovendoci concentrare su alcuni punti nodali - data l'ampiezza del tema - ci sembra che tra questi abbia un ruolo essenziale il problema dei *limiti*. E' un aspetto, questo, che appare di primaria importanza perché la insufficiente consapevolezza dei limiti, che continua a riscontrarsi in molti esperti, rappresenta un grave fattore di rischio e di danno in tutte le aree di esercizio della medicina legale. Tra queste è senza dubbio collocata in posizione primaria *la giustizia penale* , che è il terreno della classica Medicina Forense, da secoli incaricata delle indagini *sulle vittime* di reati dolosi o colposi, per le quali *le conoscenze* di patologia forense (sul cadavere e sul vivente), di tossicologia, biochimica, microbiologia, e genetica forense, ed analoghe, e *le tecniche* per applicarle ai casi pratici sono comuni a tutti i paesi. Sono analogamente comuni *le conoscenze ed i metodi* per effettuare gli accertamenti psichiatrici forensi sugli *autori dei reati*.

Attualmente i compiti della medicina legale sono diventati più complessi e difficili- con aumento rilevante delle esigenze culturali e metodologiche, nonché di rischi di errore, a causa dell'espandersi dell'area che viene anche chiamata della *modernità* cioè i danni da prodotto, il danni ambientali, e da trattamento medico-chirurgico.

Analoga comunanza metodologica di base è possibile, ed anzi necessaria, *anche nelle altre aree applicative medico-legali* che si estendono *dalla giustizia civile ai settori previdenziali pubblici ed assicurativi privati*, aree nelle quali prevalgono largamente gli accertamenti diagnostici clinici, e le previsioni prognostiche, *su soggetti viventi*.

Differenze metodologiche nazionali emergono invece nella *seconda fase dell'attività peritale* nella quale l'esperto fornisce risposte motivate, scritte e/o orali, *ai quesiti* proposti dai giudici o dalle parti, in relazione agli specifici problemi che essi devono affrontare e che dipendono dalle norme e dalla giurisprudenza di ciascun stato .

L'evidenza probatoria finale - sia in sede giudiziaria che stragiudiziale - è infatti il risultato, nei singoli paesi, della combinazione tra i dati e le loro valutazioni scientifiche di valore ubiquitario, e le valutazioni più specificamente medico-legali coerenti con le esigenze delle differenti norme giuridiche, degli indirizzi della dottrina e della giurisprudenza e delle prassi nazionali.

L'obiettivo che ci dobbiamo porre *in sede internazionale* è dunque quello di standardizzare *i metodi di raccolta dei dati* - anche in forme che possano essere esibite alle Corti per consentirne un migliore comprensione ai giudici ed alle parti - e di *elaborare una metodologia comune di valutazione con criteri scientifici del valore dei dati raccolti e delle modalità della loro presentazione nei tribunali, in forma orale e/o scritta, in modo tale da ridurre al minimo sia gli errori degli esperti sia il rischio che le loro conclusioni, benché corrette, si prestino ad interpretazioni equivocate e ad utilizzazioni giudiziarie distorte.*

Tale metodologia deve essere permeata, lo ripetiamo, dalla costante consapevolezza dei *limiti delle nostre reali possibilità di accertamento e di valutazione e dei conseguenti rischi di errore.*

E' un obiettivo di grande importanza che è opportuno prefiggersi pur senza nasconderci le difficoltà di vario tipo che si possono frapporre al suo raggiungimento.

II. *L'estensione attuale a molti settori della vita sociale della Medicina Legale*, impegnata in diverse aree amministrative ed in differenti capitoli della giustizia civile, *rende il problema metodologico ancora più complesso rispetto al passato*, non solo per la varietà dei problemi e dei metodi utilizzati per risolverli, ma anche a causa della *molteplicità dei professionisti coinvolti* e della estrema varietà del loro grado di preparazione, *spesso molto inadeguato.*

Invero le esigenze tecniche e probatorie che sono richieste nelle aree civilistiche e previdenziali pubbliche e private sono meno elevate rispetto a quelle imposte dal diritto penale, ma *la notevole rilevanza sociale di queste attività medico-legali merita comunque prestazioni di adeguata serietà ed efficienza.*

Si tratta di attività che solo in alcuni paesi, come l'Italia, vengono denominate ufficialmente *medico-legali*, mentre in molti altri non hanno questa specifica denominazione, pur trattandosi di prestazioni che appartengono tipicamente alla medicina legale, cioè quella disciplina chiamata a prestare la propria opera quando leggi o contratti richiedono il contributo di conoscenze mediche modulate su conoscenze giuridiche specifiche di un determinato problema.

Anche per questa vastissima e polimorfa area, di enorme impatto sociale ed economico, è dunque necessaria una elaborazione metodologica per la quale è ugualmente fondamentale la conoscenza dei limiti delle possibilità tecniche e del loro valore probatorio in generale e nei singoli casi .

2. Il contributo della prova tecnica alla "verità giudiziale": certezza, probabilità, verosimiglianza, compatibilità e possibilità.

I. Nelle perizie, specie quelle giudiziarie, gli esperti devono anzitutto conoscere, ed avere come parametro di riferimento, *le concezioni elaborate dai giuristi* - in dottrina e nella giurisprudenza - relative alla *natura ed al valore delle prove* finalizzate all'obiettivo della *verità* nel processo. Su questi parametri giuridici devono essere modulate - nella parte conclusiva in cui l'esperto risponde ai quesiti - *le prove* di loro

competenza, la cui specifica natura impone *regole e limiti, specifici dell'attività professionale medico-legale*, per impedire lo sconfinamento, ed indebite interferenze, nell'area che appartiene ai giuristi.

Non è certo nostro compito di esperti suggerire ai giuristi gli obiettivi e le strade che sono di loro competenza. E' invece nostro *dovere* tenerci informati sulle evoluzioni delle leggi e della giurisprudenza, per poter meglio svolgere la nostra funzione di ausiliari tecnici. Ma è ancor più nostro dovere, sia nelle elaborazioni metodologiche dottrinali che, specialmente nei casi pratici, acquisire consapevolezza dei limiti delle nostre possibilità di contributo, e del tasso di possibile errore, e dichiararli esplicitamente caso per caso per evitare il rischio, particolarmente grave in sede penale, che pareri privi del carattere di certezza (o di assai elevata probabilità) siano indebitamente trasformati in "verità" processuali.

Il sostantivo inglese *evidence* è, nel linguaggio legale, sinonimo dell'italiano e portoghese *prova*, del francese *preuve*, dello spagnolo *prueba*, del tedesco *Beweiss*.²

Evidence nel diritto di *common law* è analogo ma non sinonimo di *proof*, termine considerato nel classico testo di Mc Cormick³, *an ambiguous word* che forse potrebbe designare il "risultato finale della convinzione o persuasione prodotte dalla *evidence*".

L'idea che la funzione della *prova* consista nello stabilire la *verità dei fatti* è diffusa in tutte le culture giuridiche. *Gli ordinamenti giuridici* possiedono in genere una costruzione complessa del *percorso processuale probatorio* che va dalla fase iniziale dell'*indicazione dei mezzi di prova* - di cui le parti dichiarano di potersi avvalere nei giudizi penali, civili e amministrativi - alle successive fasi dell'*ammissione dei mezzi* e della loro *assunzione*, fino alla *valutazione giudiziale del risultato probatorio* con i suoi effetti sull'epilogo del giudizio. Anche in un paese di *common law* come gli USA esiste una legislazione che riguarda le *Uniform Rules on Evidence* approvate dal Congresso nel 1975 che consacrano, anche in forma legislativa, il complesso di principi e regole elaborato nei secoli dalla giurisprudenza e dalla dottrina sulla materia della prova.

Uno studio comparatistico, come quello eseguito di recente per l'Italia dal giurista Vassalli⁴, consente di riscontrare *l'equivalenza dei mezzi di prova* dell'ordinamento italiano di quello degli Stati Uniti (*Oral evidence, real evidence, etc.*) e comprende anche *la perizia*, che coincide con *l'experimental and scientific evidence*, nonché le probabilità statistiche (*probabilities of evidence*) di recente molto discusse anche in Italia specie in relazione al problema della *causalità* (cfr. Stella,⁵). E' da ritenere che questa equivalenza sussista anche per i paesi europei.

III. Quale rapporto esiste tra *prova tecnica medico-legale* (la *experimental and scientific evidence*) e *verità del processo*?

E' uno dei problemi generali di maggiore complessità, che ovviamente sussiste anche per le prove tecniche di natura non biomedica.

² Cfr. tra gli altri Eggleston R.M., *Evidence, Proof and Probability* 2° ed. Weidenfeld e Nicholson, London 1983.

³ Mc Cormick C.T. *On evidence*. St.Paul.Minn. 1984

⁴ Vassalli G. *L'evidenza nel linguaggio giuridico*, *Medic*, 6,25,1999. Cfr anche Barni M. *Evidence-based Medicine e Medicina Legale*, *Riv. it. Med. leg.* 20,3,1998

⁵ Stella F. *Giustizia e modernità*. 2° ed. Giuffrè Milano . 2002

E' opportuno a questo proposito ricordare la pluralità delle *teorie giuridiche sul rapporto prova/verità* - senza potere ovviamente esprimere alcuna opinione personale - con l'unico scopo di riflettere sui *confini entro i quali si colloca la prova medico-legale*.

Perlomeno nei paesi in cui vige il *libero convincimento* dei giudici (cfr. per l'Italia: Nobili, ⁶) il tema della prova non si esaurisce nella dimensione unicamente giuridica, ma si proietta fuori del processo in altri campi, come quelli della logica, dell'epistemologia e della psicologia i quali, d'altro canto, interessano anche l'attività medico-legale (specie la logica).

Il concetto di *verità dei fatti nel processo* è ritenuto *molto problematico* e produce rilevanti complicazioni ed incertezze sul piano della *definizione del ruolo delle prove* (e quindi anche di quelle medico-legali).

I poli su cui si collocano le teorie, sono da un lato quello che distingue il possibile obiettivo, nel processo, di conoscere *la verità assoluta (storica, empirica)*, e, dall'altro, quello che invece ritiene inutile porsi questo obiettivo e che ci si deve invece proporre un obiettivo più modesto, quello della "*verità formale*" detta anche "*verità giudiziale o verità processuale*": la sola verità che conta sarebbe quella stabilita dal giudice nella sua sentenza. Si giunge fino alle tesi secondo cui il processo ha, perlomeno in sede civile, *la funzione di dirimere le controversie, non già di accertare la verità*.

Autorevoli giuristi si oppongono a queste *teorie relativistiche* ed a quelle altrettanto estreme che vedono nel processo *un mezzo di inganno ritualistico, una narrazione dialogica retorica*. Anche queste tesi si ritiene racchiudano una parte di verità perché *descrivono reali manifestazioni della prassi giudiziaria*, che sono di fatto deformazioni del meccanismo processuale o di impieghi strumentali di tale meccanismo. Dagli oppositori di queste teorie relativistiche si afferma tuttavia *l'esigenza di un accertamento veritiero dei fatti*.

Per la nostra impostazione scientifica di medici, biologi, chimici e tecnici dell'area c.d. di *forensic science* siamo portati a preferire la tesi (in Italia propugnata recentemente dal penalista Stella, *Giustizia e Verità*, ⁷) secondo cui *il significato della "verità" deve essere individuato nella "corrispondenza ai fatti e a costrutti sociali"*. Secondo *la teoria del costruttivismo* (Tarski⁸,) sono "*costrutti sociali*": la scienza e gli enunciati scientifici; le massime di esperienza; la logica del probabile. Prescindendo dalle teorie cui abbiamo fatto cenno, possiamo comunque avvalerci della comune dizione di "*verità giudiziale*" per intendere quella "*verità*" che si dichiara al termine del processo. Taruffo⁹ ritiene che nel panorama delle varie teorie assuma una posizione centrale *la definizione della verità come "corrispondenza delle asserzioni ai fatti del mondo empirico*. Egli confuta le tesi degli scettici che prendono in considerazione la *verità assoluta* che di fatto è impossibile raggiungere. "E' però rilevante *l'ipotesi teorica della verità assoluta come assoluta corrispondenza dell'accertamento giudiziale ai fatti del mondo reale, perché essa serve a fondare concettualmente una prospettiva in cui il problema dell'accertamento si pone razionalmente in termini di*

⁶ Nobili M. Il principio del libero convincimento, Giuffrè Milano 1974

⁷ Stella F. *Giustizia e verità*, Giuffrè Milano, in stampa

⁸ Tarsky A. *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, tr.it in L.Linsky (a cura di) *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano 1969

⁹ Taruffo M.loc.cit.

*modalità tecniche per realizzare la migliore verità relativa ossia la migliore approssimazione dell'accertamento alla realtà"*¹⁰

Scrivo su questo tema Stella¹¹: " *Il diritto delle prove è autonomo perché autonomamente definisce, in funzione degli scopi del processo, i criteri di affidabilità - di Verità approssimativa - degli enunciati scientifici , ma è autonomo relativamente, perché quei criteri debbono essere scelti tra quelli che il dibattito scientifico segnala come criteri che consentono i maggiori accostamenti possibili alla verità dei fatti*". E' questo, ritiene Stella, "il significato di uno dei più grandi eventi giuridici dei nostri tempo: l'enunciazione ,da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1993, della *sentenza sul caso Daubert*"(cfr. *infra* par.3).

Federspil e Scandellari¹² ,pur considerando tutte le predette dottrine, ritengono opportuno avvalersi del concetto di *verità* come corrispondenza fra il pensiero e la realtà, formulazione originaria di Aristotele, ripresa in termini moderni dal polacco Alfred Tarski ed applicata alla conoscenza scientifica da Karl Popper .

IV. Se si accetta la tesi secondo cui il contributo dell'esperto è comunque *l'accertamento veritiero dei fatti di sua competenza*, si presenta dunque , in ogni caso concreto, il problema centrale della coerenza della sua attività con le esigenze della " *verità giudiziale*" il che implica, sia nella raccolta e nell'analisi dei dati di sua competenza , sia soprattutto nella fase conclusiva di risposta ai quesiti, la *verifica di qualità del suo prodotto professionale* che l'esperto stesso deve compiere (*self-assessment*) e che viene poi controllata dai giudici, dai difensori e dai consulenti delle parti.

L'autoverifica di qualità dei risultati implica per l'esperto la classificazione sia dei *dati acquisiti* - da lui, o da altri - sia delle *valutazioni di tali dati* , in termini di *certezza*, ovvero di *probabilità*, ovvero di *verosimiglianza* o *compatibilità* , ed infine di *possibilità*, quest'ultima del tutto irrilevante ai fini processuali ma indispensabile come prima tappa della analisi.

Il giudice, e le parti, nel trarre le loro conclusioni, hanno ovviamente lo stesso problema - ma ancora più impegnativo e responsabilizzante - di attribuzione all'insieme delle prove raccolte, comprese quelle provenienti dagli esperti, il valore di *certezza*, ovvero di *probabilità* di *compatibilità*, di *semplice possibilità*.

In sede medico-legale la *certezza* è un traguardo che si può talora raggiungere in un numero non elevato di casi e, in ciascuno di essi, limitatamente ad alcuni aspetti dell'accertamento. Gli esempi possono essere molteplici anche per la casistica di più comune osservazione.

Il reperto di un foro di ingresso stellare di proiettile in sede temporale, con caratteri morfologici tipici, e vitalità, presenza di fenomeni accessori tipici, foro di uscita controlaterale, tramite cerebrale topograficamente coerente, assenza di sostanze tossiche nel cadavere, o di altra lesività consente *la diagnosi di morte da arma da fuoco con sostanziale certezza*. Circa *la natura dell'evento* – suicidiario, omicidiario o accidentale- , il reperto tracce di polvere da sparo alla mano e di impronte digitali della vittima sull'arma, rende invece *probabile*, ma non assolutamente certo, il giudizio di evento suicidiario. La conclusione sulla natura dell'evento può essere quindi tratta dal giudice sulla base di elementi circostanziali, e con *giudizio induttivo probabilistico*, senza la possibilità di *certezza assoluta*.

¹⁰ Taruffo M. loc.cit

¹¹ Stella F. loc cit. sub 5

¹² Federspil G. e Scandellari C. *L'errore clinico* in D. Antiseri, G. Federspil e C. Scandellari *Epistemologia, clinica medica e la "questione" delle medicine "eretiche"*, Rubbettino 2003 p.89

Il cadavere di una persona coinvolta in un incidente stradale, che presenta molteplici lesioni vitali in organi essenziali per la vita, consente un giudizio *sostanzialmente certo* - dopo l'esclusione altre fattori lesivi (ad esempio da arma da fuoco o di sostanze tossiche idonee per qualità e quantità a produrre la morte) - della natura *esclusivamente traumatica* policoncusiva della morte. In qualche caso le conoscenze e l'esperienza consentono talora, a richiesta del giudice, di fornire anche un parere, basato sui reperti cadaverici, sulla *dinamica dell'incidente* (punto di impatto, eventuale trascinamento ,arrotamento ecc.). Questi pareri sono talora impossibili, altre volte privi non solo del carattere di certezza bensì anche di quello di probabilità elevata, e più frequentemente appartengono alla *compatibilità* con i dati circostanziali.

Una parte rilevante dei pareri medico-legali, sia quelli diagnostici che quelli prognostici (sul vivente), sia quelli sulla *causalità* (nel cadavere e nel vivente) *sono di fatto a carattere probabilistico* . Purtroppo la quantificazione del *grado di probabilità* ,fatta eccezione per le indagini di paternità e su tracce biologiche, non è realizzabile in termini matematici – ad esempio con applicazione del teorema di Bayes o similari - malgrado i molti tentativi di avvalersene effettuati in passato sia da qualche medico legale che da parte di giuristi (cfr. per tutti : Frosini¹³ ; Stella¹⁴ ; Taruffo ¹⁵). Ci si accontenta in genere di aggettivazioni (*elevatissima, elevata, notevole probabilità, ecc.*) che esprimono spesso *il personale convincimento dell'esperto* ed in tale caso hanno una valore tecnico probatorio molto limitato se non addirittura nullo.

Poiché il grado di probabilità, quantomeno in sede penale, può comportare - per taluni orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, non solo italiana - conclusioni finali del processo *al disotto* ovvero *al di sopra del ragionevole dubbio*, si comprende agevolmente come questo sia il nodo cruciale delle evidenze che gli esperti sono in grado di fornire.

A questo proposito è opportuno considerare anche che il concetto di *probabilità* è ritenuto diverso da quello di *verosimiglianza* perlomeno secondo la terminologia italiana (Taruffo ¹⁶) secondo la quale non può ritenersi sinonimo del tedesco *Warscheinlichkeit* o dell'inglese *Likewood* . Il sostantivo "verosimiglianza" è usato frequentemente nelle perizie (e non soltanto in esse) in un contesto che può farlo sembrare erroneamente sinonimo di probabilità. Infatti quando si ritiene che un fatto sia probabile o più probabile di un altro, si intende affermare *la prova perlomeno probabilistica* di quel fatto cioè l'esistenza di elementi conoscitivi che confermano l'ipotesi ad essi relativa (ma vi è chi, in sede penale, non attribuisce valore di prova se la probabilità non una quasi-certezza). Invece un fatto è *verosimile* non quando esistono *elementi di prova* per ritenerlo sussistente ma quando questa appare conforme all'*id quod plerumque accidit*.

Si ritiene "verosimile" ciò che corrisponde all'*ordinario andamento delle cose* o alle cosiddette *massime di esperienza*.

Ciò che appare verosimile può tuttavia essere falso e di converso ciò che non appare verosimile può invece essere vero. Il giudizio di verosimiglianza non è certo inutile (a condizione che non lo si consideri prova) perché può operare come presupposto di fenomeni di inversione o modificazione dell'*onere della prova*.

¹³ Frosini B.V. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Giuffrè Milano 2002

¹⁴ Stella F. *Giustizia e modernità*. loc. cit.

¹⁵ Taruffo M. loc. cit. ampia trattazione al cap. 3

La compatibilità, termine spesso impiegato, si può ritenere sostanzialmente simile alla verosimiglianza. Ne consegue che quando le perizie utilizzano termini quali "verosimiglianza", "verosimile", "compatibile" in realtà *non forniscono la prova del fatto* bensì compiono soltanto una prima tappa assimilabile al criterio di "possibilità scientifica" o, se qualcuno lo preferisce, di "idoneità".

La probabilità designa invece il grado di conferma di una ipotesi e viene considerata prova se è di grado molto elevato vicino a cento nell'indirizzo dottrinale restrittivo di Hempel¹⁷, di Stella¹⁸, Wright,¹⁹ Antiseri²⁰, Maiwald²¹, tra gli altri; ovvero se consiste in una *elevata probabilità logica* come affermato in Italia dalle Sezioni Unite Penali della Corte Suprema il 10 luglio 2002 e sostenuto da un'altra corrente dottrinale (tra gli altri: Blaiotta²²; Di Giovine²³). Sul tema della probabilità utilizzata in ambito giuridico la letteratura è amplissima. Ci limitiamo a ricordare che si distingue tra *probabilità quantitativa pascaliana* e *probabilità logica, o baconiana*.

La probabilità quantitativa pascaliana può a sua volta distinguersi in *probabilità oggettiva* (che indica una caratteristica dei fenomeni del mondo reale) ed una *probabilità soggettiva* che "mira a razionalizzare il convincimento intorno all'eventualità che un certo evento si verifichi o si sia verificato". Le possibili applicazioni della probabilità quantitativa soggettiva ai processi si sono basate sull'impiego del teorema di Bayes e su altre teorie quantitative quali ad esempio l'*evidenziary value model* degli svedesi Ekelof, Halldén e Edeman²⁴ che peraltro, oltre ad essere state oggetto di molte critiche, sono prive di applicazione pratica giudiziaria fatta eccezione per i casi di discussa paternità. e di diagnosi individuale su tracce biologiche.

Il modello del calcolo di probabilità statistica, "non può rappresentare lo schema logico della valutazione della prova" perché è piuttosto "un procedimento che in certi casi e a condizioni date può fornire elementi di prova, la cui utilizzazione ai fini dell'accertamento del fatto avviene però secondo lo schema del grado di conferma che gli elementi di prova forniscono alla relativa ipotesi"²⁵.

La probabilità logica, detta anche baconiana "ha come carattere fondamentale di non ricercare la determinazione quantitativa delle frequenze relative di classi di eventi, ma di razionalizzare l'incertezza relativa all'ipotesi su un fatto riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (o

¹⁶ Taruffo M. loc. cit.

¹⁷ Hempel C.G. *Deductive-Nomological vs. Statistical Explanation*, in Minnesota Studies in the Philosophy of Science, vol. 3, H. Feigl e G. Maxwell (eds) Minneapolis, University Minnesota Press 1962; Idem *Aspects of Scientific Explanations and other Essays in Philosophy of Science*, The Free Press New York 1965; idem *Philosophy of Natural Science*, Prentice-Hall Inc. Englewood Cliffs, New Jersey 1966 (trad. it. Filosofia delle scienze naturali, Il Mulino, Bologna 1968)

¹⁸ Stella F. Giustizia e Modernità loc. cit.

¹⁹ von Wright G. *Spiegazione e comprensione*, Il Mulino, Bologna 1977 Wright

²⁰ Antiseri D. *Diagnosi clinica, logica della situazione e 'occhio clinico'* in C. Scandellari e G. Federspil (a cura di) *Scoperta e diagnosi in medicina*, Piccin Padova 1983

²¹ Maiwald M. *Causalità e diritto penale: studio sul rapporto tra scienze naturali e scienze del diritto*, Giuffrè, 1999

²² Blaiotta R. *Causalità e colpa professionale nella professione medica tra probabilità e certezza*, Cass pen. 2000, 1188

²³ Di Giovine O. *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, Riv. It. Dir. Proc Penale 45: 634, 2002

²⁴ Questa teoria è esposta nel volume *Evidentiary Value: philosophical judicial and psychological aspects of a theory. Essays ded. to S. Halldén* ed. by Gardenfors, B. Hansson and N.E. Sahlin, Lund 1983 tra questi Ekelof, *My thoughts on evidentiary value*.

²⁵ Taruffo M. loc. cit.

di prova) disponibili in relazione a quell'ipotesi. In questa concezione il grado di probabilità dell'ipotesi equivale al grado in cui gli elementi di conferma forniscono supporto all'ipotesi ". Nella dottrina moderna il tentativo più rilevante di considerare il problema della *prova dei fatti* nella prospettiva della probabilità baconiana, ossia nei termini del *grado di conferma che gli elementi di prova attribuiscono all'ipotesi sul fatto* è stato compiuto da Jonathan Cohen ²⁶. Il primo concetto fondamentale "ai fini di una corretta impostazione del problema della prova in termini di probabilità induttiva " attiene "all'idea di probabilità come gradazione della possibilità di fondare inferenze relative ad un'ipotesi fattuale in base alle prove disponibili, ossia come gradazione della *provability* di quell'ipotesi". Questa idea ha il vantaggio "di far perno non sulle frequenze generali di classi di eventi, ma sugli elementi di prova in funzione dei quali diverse inferenze appaiono appropriate a seconda dei tipi di elemento di prova di cui si dispone" .

La *possibilità* è la prima verifica che si deve effettuare di ogni *ipotesi* verifica che, se ottiene risposta positiva, rimane tuttavia priva di valore se non si raccolgono ulteriori dati, e non si compiono adeguate valutazioni critiche, per passare all'indispensabile livello probatorio - che acquista dignità di evidenza tecnica - della probabilità molto elevata e, quando possibile, della certezza.

E' "possibile", ad esempio, che una piccola escrescenza cutanea madreperlacea su di una mano, sia un marchio elettrico, ed è importante sospettarlo, cioè formulare l'ipotesi diagnostica eziologica. Ma solo proseguendo le indagini con un esame istologico ed istochimico ed una analisi chimica, si potrà attingere al livello della prova probabile o, talora, certa.

E' "possibile", per fare un esempio relativo al problema causale, che un trauma addominale produca un diabete, ma la prova, perlomeno probabilistica, richiede sempre anche altri supporti probatori di ordine clinico .

L'accertamento della *possibilità*, è una fase di grande importanza nell'attività peritale costituendo, specie per i problemi della causalità, il *criterio di possibilità scientifica* coincidente con la cosiddetta "causalità generale" o *idoneità*. Purtroppo in non poche perizie la semplice possibilità è presentata come *prova* pur in assenza di dati che valgano a conferirle questo carattere.

3. *La Evidence-Based Clinical Medicine e la Evidence-Based Legal Medicine: basi comuni e differenze*

Il principio elaborato da Cochrane della *Evidence Based Medicine* (EBM) ²⁷ può suggerire, in via analogica, l'ipotesi che questo principio si possa estendere alla medicina legale giustificando così l'espressione *Evidence Based Legal Medicine* (EBLM).

Le analogie sussistono, ovviamente, in ragione delle comuni basi biomediche. *Ma le esigenze della prova (evidence) che si devono pretendere nei processi, particolarmente in quelli penali*, sono di natura in parte diversa ed è necessario evidenziarne le caratteristiche differenziali per evitare che il semplice

²⁶ Cohen J.L. *The probable and the provable*. Clarendon Press Oxford 1977

²⁷ *Clinical Evidence*, BMJ Publ. Group, 4° ed. London, 2000

trasferimento in sede medico-legale della metodologia dell'EBM - o di analoghi principi della metodologia clinica - produca effetti distorti causando errori giudiziari.

La *evidence-based medicine* - analisi delle migliori evidenze mediche attuata con metodi rigorosi - afferma l'esigenza di ispirare la pratica medica a regole sempre più aderenti a criteri scientifici (medicina scientifica *versus* medicina empirica) spesso condensati in linee - guida e protocolli. Nei testi di *Clinical Evidence* si mettono a confronto evidenze contrapposte di terapia "scientifica" di singole malattie dimostrando, prevalentemente, *la relatività dei risultati ottenuti con opzioni diverse*. In tal modo, e malgrado l'apparente contrapposizione affermata da alcuni autori italiani (ad esempio Cavicchi,²⁸) questa dottrina finisce per identificarsi, nella sua pratica attuazione, con la rivalutata "*medicina della scelta*" (o "*medicina della responsabilità*") *di fronte a plurime opzioni terapeutiche, spesso non decisive, provenienti dalla medicina scientifica*. In altri termini il metodo, saggiamente critico, dell'*Evidence-Based Medicine* non fornisce in genere al medico curante *tassative* prescrizioni di condotta professionale - nella diagnosi, nella diagnosi eziologica, nella prognosi e soprattutto nella terapia - ma lo informa dello stato delle conoscenze e degli orientamenti scientifici su di uno specifico tema clinico che di fatto *impongono scelte ed assunzioni di responsabilità personale*, caso per caso, basate sia sui dati della letteratura sia sull'esperienza del singolo medico o di una determinata équipe.

Le basi comuni risiedono ovviamente nelle conoscenze e nelle procedure metodologiche della biomedicina (cfr. per tutti Federspil e Vettor²⁹) che il medico legale deve integrare con la propria *specificata metodologia*.

A proposito degli aspetti metodologici sembra opportuno osservare, in tesi generale, che *l'epistemologia* è un'area culturale di grande importanza che i medici, a qualsiasi disciplina appartengano, hanno bisogno di conoscere quantomeno nelle sue linee essenziali. Le teorie epistemologiche possono tuttavia far smarrire l'operatore pratico negli alti conflitti filosofici che contrappongono l'orientamento *normativo*, a quello *descrittivo*, o cercano di conciliarli nella linea *normativo-descrittiva*. Per tale motivo è opportuno accontentarci di concetti semplici che implicano indubbiamente delle scelte. Ritengo più convincenti le argomentazioni di quegli epistemologi che ritengono che la diagnosi clinica debba essere basata sulla *logica induttivistica* - malgrado sia dottrina anch'essa contrastata - che appare più convincente anche nella sua trasposizione sul terreno medico-legale. (Pera³⁰). La procedura diagnostica, cioè l'iter concettuale delle fasi che conducono il clinico, ed anche il medico legale, alla *diagnosi* non è materia di controversia se si prescinde dalla questione della sua interpretazione logica.

La sequenza è notoriamente la seguente: 1. rilevazione dei sintomi e raccolta dei dati con l'indagine anamnestica e l'esame obiettivo; 2. Organizzazione dei sintomi in complessi sindromici in modo tale che siano rivelatori di quadri nosologici e fisiopatologici; 3. Formulazione di più ipotesi diagnostiche preliminari

²⁸ Cavicchi I. *La medicina della scelta*. Bollati Boringhieri, Torino 2000.

²⁹ Federspil G. e Vettor R. *La Causalità in Medicina. Un'introduzione*. Medic, Metodologia e didattica clinica, Pensiero Scientifico, Roma vol. 7,15,1999

³⁰ Si cfr. , fra le altre, le riflessioni epistemologiche di Pera M. *Per una teoria induttivista della diagnosi clinica e della scoperta medica*, in C.Scandellari e G.Federspil (a cura di) *Scoperta e diagnosi in Medicina. Discussione sul metodo dell'indagine biomedica*. Piccin, Padova 1983.

; 4. derivazione, da queste ipotesi, di altri sintomi non ancora rilevati o non ancora comparsi con previsione del decorso morboso; 5. controllo delle ipotesi preliminari tramite l'accertamento dei nuovi segni previsti (anche in laboratorio, con esami strumentali ecc.) in tal modo cominciando ad accantonare alcune ipotesi ed a considerare indebolite altre; 6. scelta dell'ipotesi diagnostica più accreditabile che *spieghi* più adeguatamente l'insieme dei sintomi.

La *diagnosi*, sia in clinica che in medicina legale, consiste nella *scelta finale* che implica anche *induzioni eliminative*. Tale diagnosi specie quella causale "*può essere concepita solo all'interno di un sapere di sfondo sufficientemente ampio ed articolato da permettere l'elaborazione di teorie esplicative soddisfacenti*" (Federspil³¹).

Questo iter è possibile quando la malattia ha una durata tale da consentire tutto il processo diagnostico. Nei casi mortali la diagnosi può essere raggiunta già prima della morte, altre volte può non essere stata formulata per la mancata osservazione medica o per il carattere improvviso dell'evento: questa è una situazione frequente in medicina legale e carica allora sui dati necroscopici e di laboratorio il compito di diagnosi che, a parte le tipiche morti violente, possono essere molto complesse e non di rado inconclusive.

La Medicina Legale ha quale obiettivo centrale e prioritario, come la medicina clinica, proprio l'evidenza diagnostica, specie quella eziologica ed anche, in alcuni settori, quella prognostica. Ma, posta a confronto con i criteri elaborati dalla EBM - ed analoghi criteri di altre impostazioni metodologiche cliniche - si differenzia da queste nella metodologia di impiego e valutazione finale dei dati a causa della diversità dell'obiettivo.

Da questo dipende *la divaricazione dei due percorsi*- quello medico-legale rispetto a quello clinico - *che avviene dopo il primo tratto comune.*

Di molte malattie non si conoscono i fattori eziologici, e talvolta, malgrado gli enormi progressi compiuti dalla cultura medica, le stesse diagnosi cliniche possono essere *inconclusive*. I limiti della medicina, malgrado i suoi progressi, sono noti ed oggetto di molte pubblicazioni.³² e sono anche il fondamento della EBM. Tuttavia, *anche in carenza di evidenze eziologiche e cliniche convincenti e conclusive* il medico curante deve *comunque* assistere il paziente almeno con le possibili terapie sintomatiche e palliative.

Nella pratica medico-legale, invece, se la prova è ambigua e insufficiente - come spesso avviene - non esistono tappe ulteriori (come nel caso della terapia) se non quando si disponga di nuovi, successivi dati. In queste condizioni è dovere primario dell'esperto, attraverso un rigoroso self-assessment, riferire criticamente circa la insufficienza dei dati raccolti (includendo informazioni sul tasso di possibile errore) e quindi anche dichiarare la loro inadeguatezza a configurare una prova autentica. Il perito deve avvalersi di ipotesi solo nella prima fase dell'analisi del caso - così come avviene nella metodologia clinica - per abbandonarle nella fase conclusiva se le verifiche cui le ipotesi sono state sottoposte, non hanno fornito un risultato di elevato valore probatorio per nessuna di esse.

³¹ Federspil G. *L'idea di causalità e il concetto di malattia in medicina*, in Atti XXV Congr. Naz. Soc. Italia di Patologia, Bari 2000

Egli deve comunque rinunciare a fantasie diagnostiche e ricostruttive.

Un'altra rilevante differenza rispetto alla *Evidence based Medicine* riguarda l'obiettivo della *diagnosi eziologica* perché mentre la medicina clinica cerca di individuare, quando possibile, i fattori eziologici *biologici* primari suscettibili di consentire anche la terapia eziologica (o comunque di dare spiegazione scientifica della malattia), la medicina legale deve concentrarsi essenzialmente ad accertare il nesso causale tra il danno e, tra i possibili antecedenti, *quello che ha rilevanza giuridica* il quale, non di rado, appare di importanza biologica marginale rispetto alla causa biologica primaria: basti citare il classico esempio della rottura di un aneurisma aortico, causa biologica preponderante (e come tale diagnosticata dal clinico) rispetto ad un pugno in regione sternale che si assume averla prodotta, e sul cui ruolo causale deve esprimersi l'esperto.

Wulff, Pedersen e Rosenberg ³³ hanno proposto di chiamare *complesso causale effettivo* la somma dei fattori che generano *uno specifico evento reale*: ma nel decidere sulla c.d. *causalità individuale* si deve poi ricercare la causa che nella contingenza rileva ai fini del giudizio. E' il problema giuridico del *concorso di cause*. Scrive Federspil ³⁴ a questo proposito che *"nella valutazione degli eventi della vita reale, l'attribuzione della causazione non possa sottrarsi ad un certo grado di convenzionalità e di arbitrio. Il ritenere che uno specifico tipo di causa - quella microbiologica o quella molecolare o quella sociale - costituisca la causa privilegiata rappresenta un errore di prospettiva e costituisce certamente uno dei tanti idola tribus di cui parlava Francesco Bacone. Infatti, il considerare l'uno o l'altro fattore come la causa autentica non è una conclusione che viene imposta dai fatti ma rappresenta il frutto di una scelta e di una decisione umana. E tale decisione dipenderà dal ruolo che chi pronuncia il giudizio ricopre nella comunità e dalle convinzioni teoriche di fondo che legano tra loro gli appartenenti ad una comunità o ad una sottocomunità scientifica"*.

Purtroppo queste specifiche esigenze della medicina legale, di fatto molto più elevate e comunque ispirate a finalità diverse rispetto alla *clinical evidence*, sono spesso non considerate adeguatamente da periti di varia estrazione - spesso privi di conoscenze specifiche medico-legali.- *molti dei quali traducono in prove giudiziarie delle pure ipotesi cliniche che il clinico prospetta spesso non potendole provare*. E' un rischio molto grave specie in sede penale dove prevale l'interesse alla protezione dell'innocente.

Questa realtà, da tutti conosciuta, sembra avere più serie conseguenze nei paesi di *"civil law"* rispetto a quelli di *"common law"* che non seguono il principio del cosiddetto *libero convincimento del giudice* il quale vige prevalentemente in Europa ed è ritenuto frequente causa di decisioni arbitrarie ³⁵.

Quando detti periti prospettano le proprie valutazioni sui singoli casi con criteri arbitrariamente soggettivi, dettati dal proprio *personale convincimento* - peraltro illegittimo - influenzano indebitamente il

³² Citiamo per tutti :E.S.Golub,*The limits of Medicine* Times Books, 1994

³³ Wulff H.R.,Pedersen S.A. e Rosenberg R.³³ *Filosofia della medicina*. Cortina, Milano 1995

³⁴ Federspil G. loc.cit in nota n. 31

³⁵ Stella F. *Giustizia e modernità*. loc. cit.

libero convincimento del giudice (legittimato dall'ordinamento, benchè da molti a ragione criticato per la arbitrarietà che ne può conseguire) ed in tal modo possono produrre gravi errori giudiziari.

Negli Stati Uniti, i giudizi sulla *responsabilità penale* richiedono *evidenze oltre il ragionevole dubbio* (*beyond a reasonable doubt*: principio che sta lentamente facendosi strada anche in Italia) e la giurisprudenza ha elaborato principi rigorosi cui le perizie devono attenersi per potere essere accettate. *In sede civile* si applica invero, negli USA, la meno rigorosa *preponderance of the evidence*, (il criterio del "*più probabile che no*") ma sempre ispirandosi a criteri rigorosi provenienti dalla sentenza Daubert (cfr. *infra*) .

L'impiego di questo criterio è *di fatto* abbastanza diffuso, anche in Italia, benché non menzionato come tale nelle sentenze. Quanto al principio, adottato in sede civile in alcune aree di *common law*, quello della *res ipsa loquitur*, è di rilevante importanza giuridica ma, in quanto tale, non dovrebbe ispirare gli elaborati peritali.

Nella realtà pratica delle nazioni occidentali ci sembra che, pur in contesti normativi e organizzativi diversi, e pure attraverso polimorfe prassi, le questioni nodali che implicano l'utilizzo delle prove tecniche si assomiglino tanto da giustificare *gli sforzi di unificazione metodologica* che dobbiamo proporci.

4 . *Possibilità reali e limiti dei contributi medico-legali nel panorama globale attuale dell'area disciplinare*

I. I problemi metodologici medico-legali si incontrano *in tutto il panorama sempre più ampio che si deve riconoscere appartenere a questa disciplina nei suoi multiformi aspetti considerando medicina legale qualsiasi prestazione biomedica richiesta per l'applicazione di una norma giuridica che implichi accertamenti medici e biologici*. Pertanto anche gli esperti - medici, biologi, chimici (in alcune aree anche infermieri professionali) etc. - che, benché privi di specifica qualifica medico-legale, forniscono prestazioni professionali a contenuto medico-legale, *devono avvalersi di una metodologia specificamente appartenente a questa disciplina specialistica*. A tale fine le società scientifiche nazionali ed internazionali devono adempiere al loro dovere di perfezionamento metodologico e di richiamo alle autorità competenti affinché si adottino politiche di verifica della capacità professionale degli esperti.

I nodi centrali, comuni a tutte le prestazioni medico-legali, possono essere divisi in due categorie che implicano differenziati problemi metodologici correlati a:

(a) la raccolta dei dati oggettivi (*primo livello*)

(b) la valutazione dei risultati ai fini della risposta ai quesiti medico-legali proposti dai giudici o dalle parti (*secondo livello*).

(a) In linea teorica si potrebbe semplicisticamente, ed ottimisticamente, affermare che *la raccolta dei dati oggettivi* non solo *deve*, ma *può* effettivamente, avvalendosi di adeguati strumenti tecnici, rispondere in gran parte dei casi all'esigenza di ottenere risultati utili e affidabili.

Già in tesi generale, tuttavia, è opportuno il richiamo del filosofo popperiano Antiseri ³⁶ che dopo avere ricordato che secondo Popper "*ogni nostra osservazione è impregnata di teoria, sicchè la scienza non poggia su una roccia quanto piuttosto su palafitte*" ritiene sia questa un'altra ragione che stimola ad essere critici nei confronti dei *fatti* nei confronti di qualsiasi 'evidenza': *i fatti non sono sacri* e quindi "bisogna essere critici nei confronti dei *fatti*, nei confronti di qualsiasi 'evidenza' ".

La varietà dei casi e degli accertamenti richiesti offre un ventaglio di *realità concrete molto diversificate* tanto da rendere spesso *insufficiente ed inconclusiva, ed aperta all'errore, la prova tecnica* già a questo *primo livello dell'accertamento dei fatti*, quello dell'esame clinico od autoptico, e degli esami di laboratorio e strumentali. Il tema è trattato con ampiezza nella monografia di Stella ³⁷.

E' conoscenza comune che la Medicina Legale ha accresciuto in misura notevole le proprie possibilità tecniche ed ha realizzato rilevanti progressi , specie nella seconda metà del secolo ventesimo, avvalendosi del grande sviluppo scientifico e tecnologico che ha caratterizzato in tutti i campi della ricerca questo periodo storico.

L'analisi tossicologica, l'analisi dei marcatori genetici e più in generale le tecniche di indagine chimica e fisica su vari materiali, biologici e non, di interesse forense hanno raggiunto traguardi straordinari. Anche le indagini sui viventi si possono oggi avvalere di strumenti tecnici, specie nel campo delle diagnosi per immagini, che consentono approfondimenti diagnostici in precedenza impossibili.

Altri tradizionali strumenti di indagine, invece, non hanno subito un'analogha evoluzione a causa dei limiti intrinseci alla loro stessa natura.

Infatti le possibilità diagnostiche offerte dalle indagini autoptiche nei casi di tipica patologia medico-legale non appaiono molto diverse da quelle descritte nei trattati del primo novecento e le eventuali trasformazioni cadaveriche post-mortali incidono ovviamente sempre nella stessa misura nel ridurre grandemente l'accertabilità di molte patologie. Molte *autopsie* si concludono notoriamente senza riscontri morfologici macroscopici e microscopici utilizzabili per una diagnosi affidabile ovvero con risultati che spesso vengono *forzatamente* utilizzati a fine diagnostico senza possedere i caratteri di una evidenza sicura.

La grande massa delle più recenti, pur qualificate *ricerche istologiche ed istochimiche medico-legali*, non sembrano avere avuto applicazioni pratiche decisive di impiego routinario probabilmente perché non appaiono dotate, in prevalenza, di valore probatorio convincente ed accettato da tutti.

Nell'*esame di soggetti viventi* che hanno subito lesioni traumatiche, a fronte della facile obiettivazione di una frattura e, *in qualche misura* , dei suoi esiti, si pongono i numerosi casi - ad esempio di trauma cranico o di *whiplash injury* - nei quali è spesso impossibile l'obiettivazione affidabile dei disturbi iniziali e dei postumi, anche se sono reali, tanto più che in sede peritale non sono attuabili indagini invasive anche se fossero indispensabile per l'accertamento richiesto.

Il grande progresso dell'*analisi tossicologica* ha tuttavia aperto nuovi problemi. Infatti il riscontro analitico qualitativo e la quantificazione (anche in tracce) di sostanze esogene ed endogene nei liquidi

³⁶ Antiseri D. Epistemologia contemporanea e logica della diagnosi clinica in D.Antiseri, G. Federspil e C.Scandellari Epistemologia,clinica medica e la "questione" delle medicine "eretiche", Rubbettino, 2003 p.9 ; Idem Trattato di metodologia delle scienze sociali, UTET Torino 1996.

organici ,crea problemi interpretativi nella fase successiva della valutazione diagnostica eziologica (a seconda del momento di assunzione del farmaco e della natura e dei tempi del suo metabolismo e, nel cadavere ,delle eventuali trasformazioni post-mortali) per cui i risultati dell'analisi costituiscono spesso *un quadro deformato e del tutto parziale della realtà biologica aperto a valutazioni diagnostiche erranee.*

Gli *esami psichiatrici*, in genere eseguiti a distanza di tempo dopo un delitto, soffrono di una serie di limitazioni oggettive che vengono spesso superate dai periti con poco affidabili ricostruzioni cliniche *a posteriori*. E' questo un settore che più degli altri è esposto a giudizi soggettivi poco affidabili (cfr. fra i tanti: Appelbaum,³⁸ ; Coda³⁹ ; Bandini e Lagazzi⁴⁰ ; Fornari ⁴¹; Marchetti,⁴²

Gli esempi che dimostrano *i limiti* della medicina legale pratica, si incontrano dunque di frequente *già nella fase degli accertamenti i - sul cadavere, sul vivente, in laboratorio - che sono la base irrinunciabile di ogni valutazione successiva.* Chi ha esperienza ne è consapevole anche se la routine produce assuefazione e può indurre a sottovalutare l'entità e le conseguenze di queste limitazioni. Esse ,variabili da caso a caso, influenzano notevolmente *le possibilità di diagnosi, specie quelle eziologiche - che in medicina legale sono le più frequentemente richieste - e , nei viventi , anche le prognosi di evoluzione e di permanenza delle conseguenze di patologie traumatiche o non.*

La serietà dell'esperto si deve dunque manifestare al massimo grado a questo *primo livello* attraverso non solo l'adeguatezza tecnica degli accertamenti, ma anche la *rigorosa e severa autocritica* che egli deve esercitare sulla *qualità* dei risultati ottenuti, la loro *affidabilità* ed il loro autentico *significato biologico*: avvalendosi delle *ipotesi* solo come punto di partenza dell'analisi e della valutazione, *ma accantonando subito dopo quelle ipotesi che non sono confortate dalla verifica di validità.* Molte volte, lo ripetiamo, gli esperti trasformano incautamente le ipotesi in "verità" giudiziali causando errori sia nei processi penali che in quelli civili a causa del "ruolo crescente, e di crescente importanza, assegnato dai giudici ai medici legali, chiamati a testimoniare in qualità di esperti" (Stella⁴³). Se gli accertamenti sono tecnicamente adeguati, eventuali loro interpretazioni erranee nella fase valutativa possono essere corrette da altri periti ma ciò impossibile, invece, in caso di insufficienze ed errori nella raccolta dei dati oggettivi.

(b) Nel *secondo livello* della prestazione medico-legale, cioè nell'*elaborazione dei dati* ottenuti per giungere a *risposte conclusive ai quesiti proposti - prevalentemente focalizzati sulla diagnosi ed in particolare sulla diagnosi eziologica* (ma estesi anche ad altri problemi, ad esempio l'accertamento dell'epoca della morte) - l'esperto si può avvalere, in linea di massima, di tre modalità esplicative: *il modello nomologico- deduttivo* elaborato da alcuni epistemologi (Ducasse ⁴⁴1926, Popper⁴⁵ 1934 Hempel⁴⁶ 1942,

³⁷ Stella F. cit. *Giustizia e Modernità* loc. cit pag. 377 segg.

³⁸ Appelbaum P.F. *Forensic psychiatry: the need for self-regulation* Bull. Am. Acad. Psychiatry Law, 20, 153, 1992

³⁹ Coda S. *Narrare e costruire: modelli peritali a confronto* Riv. it. Med.Leg , 23, 1065,2001

⁴⁰ Bandini T. e Lagazzi M. *Lezioni di psicologia e psichiatria forense*, Giuffrè Milano 2000

⁴¹ Fornari U. *Psicopatologia e psichiatria forense*. UTET Torino 19...

⁴² Marchetti M. e Troisi A. *La malattia mentale* , in G.Giusti , Trattato di Medicina Legale e scienze affini, CEDAM Padova 1999, vol. IV. P. 519

⁴³ Stella F. *Giustizia e Modernità*, loc. cit.

⁴⁴ Ducasse CJ, *Explanation, Mechanicism and teleology* J Philosophy 2: 150-155, 1926

Oppenheim⁴⁷ 1948) e denominato comunemente anche *modello di Popper-Hempel* (la concezione antinduttivistica di Popper e la induttivistica di Hempel); *il modello probabilistico-induttivo* (Hempel⁴⁸, 1962; Salmon⁴⁹ 1965); *la spiegazione teleologica funzionale* (Nagel⁵⁰ 1956). In una visione pragmatica della spiegazione scientifica è anche possibile avvalersi, per la dimostrazione, di tutti e tre i modelli esplicativi combinati ed integrati tra loro specie quando si deve rispondere ad un quesito che richiede il ricorso a conoscenze e saperi differenti. "Le Corti, scrive Stella⁵¹, quali custodi del metodo scientifico debbono seguire l'una e l'altra [concezione]".

Secondo il modello nomologico deduttivo un fenomeno (*explanandum*) si spiega avvalendosi di un *explanans* costituito da *leggi universali di copertura* (un insieme di regolarità nomiche) e da *condizioni empiriche iniziali* singolari, cioè di eventi localizzati nel tempo e nello spazio. Le conclusioni si devono *dedurre* in termini di certezza. Anche leggi statistiche in particolari casi possono essere utilizzate per un giudizio deduttivo a condizione che il grado di probabilità sia vicino alla certezza.

La spiegazione segue il modello *nomologico-induttivo* quando l'evento da spiegare, in carenza di una legge universale, deve avvalersi di leggi statistiche che a parte i casi appena accennati di utilizzo deduttivo, conferiscono all'evento da spiegare un grado elevato di sostegno induttivo. Si tratta dunque di una *inferenza probabilistico-induttiva* (cfr. i principi di Stuart Mill⁵²) che si avvale dei fatti constatati nell'osservazione diretta ad opera dell'esperto e della casistica proveniente dalla letteratura con un processo di *correlazione logica basato sulle conoscenze scientifiche, i dati statistici e i dati dell'esperienza*.

Si ricorda che è argomento *deduttivo* quello secondo cui la conclusione segue dalle premesse con *necessità assoluta*, necessità che non è questione di grado, *né dipende in alcun modo da qualunque altro dato di fatto in quanto dipende da leggi universali*.

E' un argomento *induttivo* quello secondo cui la conclusione cui si giunge, segue alle premesse solo con *probabilità*, questa probabilità essendo *questione di grado e dipendente da eventuali altre circostanze*. Invero la natura realmente induttiva della diagnosi medica è messa in discussione da taluni autori (cfr. Antiseri⁵³ 2003)

Il terzo modello di spiegazione, quello teleologico-funzionale non implica il ricorso ad una legge, universale o statistica, ma richiede il riferimento ad uno scopo. Si tratta di un modello di difficile applicazione in medicina legale.

⁴⁵ Popper K. *Logik der Forschung*. Julius Springer Verlag, Vienna 1935trad.it. *Logica della scoperta scientifica*, Torino 1970.

⁴⁶ Hempel CG., *The function of general law in History* J of Philosophy 39, 35, 1942, trad.it *Il problema della spiegazione scientifica*, Loescher, Torino, 1975Hempel

⁴⁷ Hempel CG, Oppenheim P. *Studies in the logic of Explanation* Philosophy of Science 15, 135, 1948; *Aspetti della spiegazione scientifica*, Il saggiatore, Milano, 1986

⁴⁸ Hempel CG., *Deductive –nomological vs statistical explanation*, cit. in nota 15

⁴⁹ Salmon WC., *The status of prior probabilities in statistical explanation* Philosophy of science 32:137,1965 *Statistical explanation and statistical relevance*, University of Pittsburg, 1971

⁵⁰ Nagel E., *La struttura della scienza. Problemi di logica della spiegazione scientifica*, Feltrinelli, Milano, 1968

⁵¹ Stella F. loc cit. in nota 5

⁵² Mill S.J. *Sistema di logica raziocinativa e induttiva*, Ubaldini Roma 1968

⁵³ Antiseri D. *Epistemologia contemporanea e logica della diagnosi clinica* in D.Antiseri, G. Federspil e C.Scandellari *Epistemologia, clinica medica e la "questione" delle medicine "eretiche"*, Rubbettino, 2003 p.9

L'impiego del modello nomologico-deduttivo è senza dubbio auspicabile, specie in sede penale. Lo si può utilizzare in casi medico-legali di chiara evidenza, che possono avvalersi delle *leggi generali della fisica, della chimica e biochimica, della fisiologia* ⁵⁴. Qualunque essere umano entri in una camera totalmente sprovvista di ossigeno perde immediatamente coscienza e muore in base ad una elementare legge della fisiologia. Lo scoppio di una potente bomba nelle mani di un individuo produce regolarmente lesioni, fino alla morte, consentendo anche in questo caso un giudizio diagnostico eziologico a carattere deduttivo. Nella casistica medico-legale più comune - sia nei casi mortali che in viventi in cui le cause lesiva e abbiano prodotto alterazioni anatomiche e funzionali di macroscopica evidenza - si può anche parlare molto semplicemente (Stella ⁵⁵), di eventi in cui si riconosce con immediata evidenza la sussistenza di tutti gli anelli di connessione.

In molti altri casi, sia le conoscenze scientifiche che i dati ottenibili con gli accertamenti, sono incompleti e pertanto il medico legale è costretto ad avvalersi del *ragionamento logico probabilistico-induttivo*. Si consideri, tra i tanti, il comune esempio di una epilessia che insorge dopo un anno da un trauma cranico.

Questo metodo, di fatto insostituibile in molti casi, comporta il rischio di errori peritali con conseguenti errori giudiziari per cui è assolutamente necessario che l'esperto abbia la consapevolezza che *le correlazioni logiche induttive si possono prestare a forzature e distorsioni che possono incidere gravemente sulla validità della sua risposta conclusiva*.

Federspil e Scandellari⁵⁶ hanno elencato i principali errori nel procedimento razionale della diagnosi: errori da carenti conoscenze di base; di logica; da errate inferenze induttive; da errate argomentazioni per analogia; da errata valutazione probabilistica; da errate inferenze deduttive da applicazione di inadeguati criteri diagnostici.

Dalla recente monografia di Merry e McCall Smith sull'Errore, la Medicina e la Legge ⁵⁷ si possono trarre utili elementi per una estrapolazione sui limiti e gli errori in medicina legale.

Tali rischi sono particolarmente elevati quando l'esperto non ha sufficiente esperienza e non ha avuto un *training* metodologico adeguato, problema di rilevante gravità che spiega il movimento inteso ad introdurre la c.d. *peer review*, obiettivo di non facile realizzazione, perlomeno in Europa, per difficoltà giuridiche e resistenze provenienti da varie parti.

Numerosi sono stati i tentativi di proporre *regole metodologiche peritali* ma sono tuttora poco conosciuti e meno ancora praticati.

Un utile punto di riferimento, a carattere generale, possono essere considerate *le regole metodologiche* provenienti dal movimento giurisprudenziale statunitense iniziato con la sentenza Daubert vs. Dow Pharmaceutical (1993) e seguito dalle sentenze General Electric co. vs. Joner (1997), Khuno Tire Co v.

⁵⁴ Antiseri D. *Diagnosi clinica, logica della situazione e "occhio clinico"*, in C Scandellari e G. Federspil (a cura di) *Scoperta e diagnosi in Medicina*, Piccin Padova 1983,p.97 segg.

⁵⁵ Stella F. *Giustizia e Modernità* loc. cit.

⁵⁶ Federspil G. e Scandellari C. *L'errore clinico:una introduzione*, in Atti del 94° congresso della Società Italiana di Medicina Interna , Roma 1993, p. 362

⁵⁷ Merry A. e McCall Smith A. ,*Errors,Medicine and the Law*, Cambridge University Press 2001

Carmichael (1999). Nella rigorosa sentenza Daubert - che pure riguardava un processo civile intentato alla casa farmaceutica da Jason Daubert e Eric Schuller nati con malformazioni addebitate ad un farmaco antinausea assunto dalle madri durante la gravidanza, il Benedectin - sono stati rivisti *i criteri di ammissibilità delle prove tecniche* contenuti nella *sentenza Frye* (1923) cui in precedenza la giurisprudenza nordamericana aveva fatto riferimento per 25 anni. Questa antica sentenza aveva affermato che l'impiego del poligrafo (per verificare l'attendibilità delle dichiarazioni degli imputati e dei testimoni), era una prova scientifica ammissibile purché basata su una tecnica generalmente accettata come affidabile dalla comunità scientifica.

Nel caso Daubert la Corte, che si richiama al modello di Popper -Hempel, dopo aver ricordato che *nella scienza non vi sono certezze* - il che in pratica implica la massima prudenza nell'utilizzarne i risultati - valorizza il ruolo del giudice come vero e proprio custode del metodo scientifico già nella fase di ammissione delle prove, formulando i seguenti, più articolati ed aggiornati principi:

- l'affidabilità probatoria di un perito deve ricavarsi dall'aver formulato inferenze o asserzioni tratte dal *metodo scientifico* in base al quale soltanto può parlarsi di "conoscenza scientifica"

- una conoscenza scientifica od una teoria sono affidabili se sono state testate con il procedimento di formulazione di ipotesi e sul loro controllo per stabilire se possono essere falsificate

- è necessario verificare se la teoria o la tecnica di riferimento sono state sottoposte a *peer review* ed a pubblicazione (che però non è condizione indispensabile per l'affidabilità)

- nel caso di una particolare tecnica scientifica si deve considerare il *tasso noto o potenziale di errore*

- è opportuno, ma non indispensabile, il riconoscimento della validità della specifica conoscenza da parte della comunità scientifica e quindi *nei casi di minima condivisione da parte della comunità scientifica è opportuna una prudente posizione critica*.

Spiega il giudice Weinstein che *"le prove addotte dagli esperti possono essere importanti, ma anche del tutto fuorvianti, a causa della difficoltà di valutarle. In considerazione di questo rischio ... il giudice esercita un controllo molto maggiore sugli esperti che non sui normali testimoni"*.

Questi principi *non devono essere applicati rigidamente* né riguardano (cfr. la sentenza Joner) esclusivamente esperti in materie tecniche basate su una consolidata dottrina ma anche altri (come ad esempio i grafologi).

Secondo Stella ⁵⁸, la sentenza Daubert ha fornito un saggio di "*costruzione giuridica*" del sapere scientifico: *"poiché non esiste, tra i filosofi della scienza, un accordo sull'esistenza di un unico metodo scientifico, e poiché la "corrente metodologia" propone metodi di ricerca diversi e fra loro in contrasto, l'esigenza di assicurare al massimo grado la certezza richiesta del diritto di enunciare una regola giuridica del seguente tenore: il giudice deve considerare affidabili solo le ipotesi scientifiche che abbiano ricevuto il grado di conferma richiesto dalla concezione induttivistica del metodo scientifico e che, per di più, posseggano i requisiti illustrati dalla concezione falsificazionista [avendo ricevuto una corroborazione provvisoria dai tentativi di falsificazione], eventualmente integrati dal criterio del consenso generale."*

⁵⁸ Stella F. *Giustizia e Modernità* loc. cit.

In un puntuale commento del 1994 Annas⁵⁹ ha invero individuato la forza dei principi della sentenza Daubert nel suo fermo rifiuto di qualsiasi "one test" come ad esempio la citazione di un articolo pubblicato in una rivista sottoposta a *peer-review*, per l'ammissibilità della evidenza scientifica. Annas ha tuttavia evidenziato anche le debolezze della sentenza della Suprema Corte, la prima delle quali è la sua "vaghezza" ed inoltre il fatto che la Corte ha mancato di cercare di applicare sia le sue regole sia le sue considerazioni all'ammissibilità delle prove scientifiche presentate dal danneggiato nello stesso caso Daubert (una critica analoga si può formulare per la sentenza delle Sezioni Unite penali della Cassazione italiana 10 luglio 2002, in tema di responsabilità medica). Ancora oggi, negli USA regole così importanti non ci risultano omogeneamente applicate, in altri paesi non sono neppure adeguatamente conosciute.

Il richiamo a questo importante filone giurisprudenziale e dottrinale statunitense ha il solo scopo di sottolineare come *il ruolo dei periti – spesso poco "esperti" - desti sempre maggiori attenzioni e preoccupazioni*, nella consapevolezza della loro funzione spesso decisiva, e quindi potenzialmente anche *fuorviante*, in molti processi, specie in quelli che costituiscono la cosiddetta "modernità".

Nell'ambito penale e civile si è aperto infatti, negli ultimi venticinque anni, il grande capitolo della cosiddetta "modernità" cioè dei *danni da prodotto, da alterazioni ambientali, da prestazioni medico-chirurgiche* i quali, ricadendo in norme di varia natura, e con differenze da un paese all'altro, rappresentano *l'area della medicina legale in più grande espansione* e creano *problemi tecnici assai più complessi di quelli della medicina legale tradizionale*. Una interessante rassegna in proposito, tra le tante, è quella di Sheila Jasanoff⁶⁰.

Particolari difficoltà presenta frequentemente il centrale problema dell'*accertamento del nesso causale* tra determinati fattori eziologici, dovuti a condotte illecite commissive od omissive, e le conseguenze di danno. E' un problema generale che si presenta sia nella medicina legale classica (compresa quella previdenziale) che, ancor più in quella della "modernità". In Italia in questi ultimi anni, dopo alterne fasi della dottrina giuridica e della giurisprudenza, sta riaffermandosi l'esigenza di applicare con il massimo rigore, specie in sede penale, il principio - previsto dall'ordinamento ma negli ultimi decenni applicato in modo disomogeneo - della *condizione necessaria*, o *condicio sine qua non* equivalente alla *causa but for* degli anglosassoni.

Questo rigore si può attuare talora mediante il modello nomologico -deduttivo, ma in una grande varietà e numero di casi gli esperti (e successivamente i giudici) devono ricorrere al menzionato *procedimento "probabilistico induttivo"* (nel quale si distingue tra probabilità logica e probabilità statistica) che ha ovviamente un valore probatorio minore e spesso, secondo interpreti rigorosi, di fatto nullo, almeno in sede penale, se non raggiunge livelli di probabilità vicini a 100. Nella citata sentenza delle Sezioni Unite Penali della Cassazione italiana si è affermata l'esigenza di fare ricorso, se non si può raggiungere la certezza, quantomeno al criterio di *elevata probabilità logica o credibilità razionale*.

⁵⁹ Annas G.J. Scientific evidence in the courtroom. The death of the Frye rule, N.Engl. J.Med. 330,1018,1994

⁶⁰ Jasanoff S. *Science at the bar: Law, science and technology in America*, Twentieth Century Fund. 1995. Trad. ital.: *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*. Giuffrè Milano 2001

L'organizzazione del ragionamento logico induttivo può utilmente avvalersi, in medicina legale, di *semplici criteri di verifica dell'ipotesi* - da utilizzare con molta prudenza - come quelli da molto tempo in uso in Italia e seguiti talora anche in Spagna (criteri che in qualche aspetto possono assomigliare ai cinque canoni di J.S.Mill il quale ha elaborato la teoria dell'*inferenza induttiva* come strumento fondamentale per riconoscere la causa di un fenomeno ⁶¹. *Il criterio di possibilità scientifica o di idoneità*, corrisponde alla *causalità generale*, è il primo ad essere impiegato ed è pregiudiziale, perché se la possibilità scientifica di nesso causale viene esclusa in radice, non si procede oltre nell'analisi. Perché possa essere soddisfatta la *causalità individuale* nel caso concreto, si possono utilizzare con cautela i successivi criteri, principalmente *i criteri topografico, cronologico, di continuità fenomenologica, di esclusione di altre cause da sole necessarie e sufficienti*.

Federspil ⁶² attribuisce la distinzione tra *causalità generale e causalità singolare* (individuale) a Rizzi e Pedersen ⁶³. *La causalità generale* concerne *classi* di eventi, *la causalità singolare* riguarda *sequenze concrete* di avvenimenti. In medicina clinica(*ndr* e quindi in medicina legale) *la causalità singolare (ndr individuale)* riveste una importanza fondamentale perché si riferisce alle alterazioni fisiopatologiche (cioè *ndr al danno*) che si realizzano nel singolo paziente.

L'esperto può convincersi soggettivamente della validità delle sue conclusioni sull'esistenza di un nesso causale ma purtroppo i margini di incertezza rimangono spesso elevati e possono risultare paralizzanti.

Il citato esempio di una epilessia che insorge un anno dopo un trauma cranico può apparire - in una prospettiva meramente clinica che ha il suo vero obiettivo nella terapia non nella diagnosi eziologica a fini medico-legali - in convincente nesso causale con il trauma. Ma i margini di incertezza sono spesso rilevanti, se non si rinviene un focolaio epilettogeno localizzato in una zona di cicatrice cerebrale traumatica, reperto in verità infrequente.

L'insorgenza di tumori polmonari con frequenza statistica più elevata in una popolazione di operai esposti al cloruro di vinile dimostra l'efficacia cancerogena di questo prodotto: ma non è possibile sapere, *in ciascun caso* - trattandosi di *causalità generale statistica* - se quel tumore è stato spontaneo o provocato dalla sostanza tossica.

In sede civile molte difficoltà di accertamento del nesso causale, possono essere pragmaticamente superate, come avviene negli USA con il principio della cosiddetta *preponderance of the evidence*, che in Europa, perlomeno in Italia ci sembra coincidere di fatto con applicazione dei criteri di giudizio sul nesso causale meno rigida rispetto a quella doverosamente richiesta in sede penale.

5. il problema della qualità delle perizie medico-legali. Autoverifica ed eteroverifica.

Il *controllo di qualità dei prodotti peritali* dovrebbe essere operato, teoricamente, dallo stesso esperto : ma non ci risulta che vi sia molta propensione a questo pur doveroso *self-assessment*.

⁶¹ Federspil G. e Vettor R. *La Causalità in Medicina ecc.* cit. in nota 29

⁶² Federspil G. *L'idea di causalità ecc.* cit. in nota 31.

In quei paesi, come ad esempio l'Italia, in cui è assai diffuso e sistematico il ricorso all'opera di esperti della difesa e dell'accusa, sono questi a svolgere un ruolo di controllo nei confronti dell'attività degli esperti del tribunale. Tuttavia, oltre al fatto che anche gli esperti delle parti manifestano spesso le stesse insufficienze professionali che si riscontrano negli esperti dei tribunali, resta comunque *il limite di efficacia del loro intervento a causa dell'inevitabile sospetto che le loro tesi siano molto condizionate dalla finalità difensiva od accusatoria* che essi sono chiamati a svolgere.

Il problema del *controllo di qualità* delle perizie medico-legali di qualsiasi tipo, ma in particolare di quelle che riguardano i casi penali e di quelle in tema di *malpractice*, è ubiquitario. Gli Stati Uniti - sede di un elevato tasso di litigiosità giudiziaria - hanno cercato da tempo di affrontare il difficile problema con vari approcci, speculari, in sostanza, ai mutamenti della loro giurisprudenza. Le analisi e le proposte, contenute in documenti di società scientifiche ed in numerosi articoli la cui pubblicazione ha avuto inizio nella seconda metà degli anni '60 - riguardanti in misura preponderante le perizie su casi di *malpractice* - assumono di fatto l'importante significato generale di *linee-guida e di criteri di selezione*, che invero non sappiamo quanto siano applicati in pratica.

Le ragioni di questo aumento rilevante di contributi critici sul tema della qualità degli esperti, appaiono evidenti. L'incremento esponenziale di processi contro i medici ha richiamato l'interesse degli imputati e dei convenuti (che in alcuni paesi hanno coinvolto anche gli infermieri e si sono estesi alla medicina veterinaria) e correlativamente si è molto allargato il numero dei c.d. esperti appartenenti a differenti discipline mediche e biologiche, spesso privi di conoscenze legali, che in tal modo hanno messo ulteriormente in crisi il sistema della perizia giudiziaria. Oltre quattrocento citazioni sul tema dell'*expert witness* si rinvengono in Pub Med, in gran parte in lingua inglese, ma anche in altre lingue, specie in tedesco.

Si sono compilate anche utili *linee-guida*. Risale al 1989, ad esempio, lo *Statement on the physician expert witness. Professional Liability Committee* dell'American College of Surgeons ⁶⁴. Nello stesso anno il Council of Medical Specialty Societies ha emanato il documento (*Statement on qualification and guidelines for physician expert witness;*⁶⁵) utilizzato, pure nel 1989, dal Committee on Medical Liability della American Academy of Pediatrics poi aggiornato nel 1994 e ulteriormente ⁶⁶. Interessanti sono anche il *Reference manual on scientific evidence* ⁶⁷ ed i suoi aggiornamenti .Queste linee-guida sono un esempio

⁶³ Rizzi D.A. e Pedersen S.A. *Causality in medicine., Towards a theory and terminology*. Theoretical Medicine,13,233,1992

⁶⁴ Statement on the physician expert witness. Professional Liability Committee, American College of Surgeons , Bull .Am .Coll. Surg. 74, 6,1989

⁶⁵Council of Medical Speciality Societies. *Statement on Qualifications and Guidelines for Physician Expert Witness*. Lake Bluff, Ill.: Council of Medical Speciality Societies 1989

⁶⁶ American Academy of Pediatrics, Committee on Medical Liability. *Guidelines for expert witness testimony*. Pediatrics. 83,312 ,1989; American Academy of Pediatrics, Committee on Medical Liability. *Guidelines for expert witness testimony in medical liability cases*. Pediatrics.94,755, 1994;American Medical Association, Council on Ethical and Judicial Affairs. *Code of Medical Ethics: Current Opinions With Annotations (6.01, 8.04, and 9.07)*. Chicago, Ill. , American Medical Association 2000

⁶⁷ *Reference manual on scientific evidence (2° ed. Federal judicial center 2000 , LRP Publications)*; Williams R.M. e Baird L.M., *Recent changes to the reference manual*; Crosby , Heafey, Roach & May - www.crosbyheafey.com .

molto significativo perché hanno valore generale, essendo applicabili non soltanto alle perizie in tema di 'malpractice', ma anche alle altre perizie medico-legali .

La Academy of Pediatrics, nell'esaminare le concrete possibilità di migliorare la qualità delle perizie ha considerato separatamente la "prevenzione", la "peer review" ed anche le possibilità di "sanzioni". L'ampiezza e la complessità di queste analisi e proposte non ci consente di parlarne in questa sede. Merita un ricordo la c.d. "peer review in courtroom" oggetto di programmi proposti da singoli autori o da società mediche, provocati dalla lamentata insufficienza dei sistemi di selezione dei testimoni esperti e dalla difficoltà di poterne valutare l'operato tanto che taluni hanno affermato che questi testimoni sarebbero "autorizzati più a dire che a provare." . Hanzlick⁶⁸ , ad esempio, ha affermato che un sistema di controllo dell'attività peritale è un dovere istituzionale della American Academy of Forensic Sciences ed ha suggerito di istituire una carta di identificazione dell'esperto i cui dati, registrati dal cancelliere del tribunale (*court recorder*) dovrebbero poter essere visionati da parte della 'Academy' e da comitati etici senza vincolo giurisdizionale. Le informazioni relative alla natura dello specifico procedimento, alla data, al tipo di contributo dell'esperto, verrebbero informatizzati e dovrebbero essere disponibili per varie finalità *tra cui studi retrospettivi di specifici casi o di una serie di casi per verificare la qualità dell' opera peritale e l'influenza del testimone esperto sull'andamento e le conclusioni del processo.*

Su questo tema numerosi altri articoli sono reperibili nella letteratura statunitense ⁶⁹. Anche il Giappone ha dovuto affrontare questo problema a seguito dell'adozione del processo accusatorio avvenuta dopo la seconda guerra mondiale ⁷⁰ .

⁶⁸ Hanzlick R. *Discussion of "peer review" in courtroom*, J.For. Sci . 32,581, 1987

⁶⁹ Tra i tanti articoli (che superano le 400 voci) che trattano direttamente o indirettamente il tema citiamo : Brent R.L. *The irresponsible expert witness: a failure of biomedical graduate education and professional accountability*. Pediatrics. 70, 754,1982; Kolbye A.C. Jr., *Toxicology and the expert witness from the viewpoint of a regulatory agency*. Regul Toxicol Pharmacol. 2:84,1982; Introna F. *Non si può escludere quindi si deve ammettere*, Riv.It.Med.Leg. 6.3,1984 ; Ackerman A.B. *The pathologist in the courtroom: peer review is needed*, Human Pathol. 16,761,1985; Appelbaum P.F. *Forensic psychiatry: the need for self-regulation* Bull. Am. Acad. Psychiatry Law, 20, 153, 1992 Graves J., *Preparing for deposition: quality doesn't cost, it pays*. J. Med .Assoc. Ga. 8,481,1993; Nelms CR Jr., *The MMA Peer Review Program. Determining the profession's standard of knowledge and expertise*. Minn Med. 76,35,1993 ; Solvenko R. *Expert testimony: use and abuse*. Med. Law. 12,627, 1993 ; Smirti S. e McCarthy K. *Use of experts in complex litigation*. Pract Law Inst. 197,215, 1994; Annas G.J. *Scientific evidence in the courtroom. The death of the Frye rule*, N.Engl. J.Med. 330,1018,1994; Koshland D. *Scientific Evidence in Court* ,Science, 266,1787,1994; McAbee G.N. *Peer review of medical expert witnesses*. J. Child Neurol. 9,216,1994; Weintraub M.I. *Expert witness testimony: a time for self-regulation?* J. Child Neurol. 10,256, 1995; Fisher C.W. et al. *The expert witness: real issues and suggestions*, Am.J. Obstet. Gynecol. 172, 1792, 1995; . McAbee G.N. *United States Supreme Court rules on expert testimony*. Pediatrics. 95, 934, 1995 ; Fadjo D. e Bucciarelli R.L. *Peer review of the expert witness: an opportunity to improve our medical liability system*. J. Child Neurol. 10,403, 1995 ; Posner K.L., Caplan R.A., Cheney F.W. *Variation in expert opinion in medical malpractice review*. Anesthesiology. 85,1049, 1996;Meadow W, Lantos JD. *Expert testimony, legal reasoning, and*

La produzione di testi , articoli e l'organizzazione di convegni *sul tema metodologico dell'evidenza peritale* deve essere in tutti i modi sollecitata ed incoraggiata perché riguarda un problema diventato *sempre più serio e socialmente rilevante a causa dell'incremento esponenziale delle attività medico-legali in ampi e delicati settori della società*. Tale indubbio progresso quantitativo ha causato il coinvolgimento di un numero sempre maggiore di medici - e di altri esperti - talora dotati di sufficiente preparazione specialistica ma in prevalenza esercenti dapprima occasionali, poi spesso permanenti, una attività cui non sono adeguatamente preparati in carenza di cultura specifica sia nel metodo che nelle nozioni.⁷¹

Le organizzazioni di categoria e le società scientifiche devono riflettere seriamente sul danno che loro deriva - i medici ne sono particolarmente colpiti - a causa dell'immagine negativa che consegue a condotte medico-legali inadeguate sia in sede stragiudiziale che, soprattutto, in sede giudiziaria. Di conseguenza devono promuovere a loro volta analisi critiche e proposte di aggiornamento permanente - specificamente dedicato ai vari settori in cui si svolge l'attività medico-legale - ma in qualche caso anche sanzioni severe, come quelle proposte negli Stati Uniti (non sappiamo però quanto attuate).

justice. The case for adopting a data-based standard of care in allegations of medical negligence in the NICU. Clin Perinatol. 23,583,1996; Eitel D.R., Hegeman R.J., Evans E.R. Medicine on trial. Physicians' attitudes about expert medical witnesses. J .Leg Med. 18, 345,1997; McAbee G.N. Improper expert medical testimony. Existing and proposed mechanisms of oversight. J. Leg Med. 19,257,1998; Zonana H., The forensic psychiatrist as expert witness in malpractice cases. J. Am . Acad . Psychiatry Law. 27,655,1999; Weinstein J.B. Brumback R.A., Junk science:is peer review the answer? J .Child Neurol. 10,175,1999; Expert witness testimony: a trial judge's perspective. Neurol .Clin. 17,355, 1999; Phibbs B.P., The malpractice crisis and the "expert" witness: the problem and a proposed solution. J. Am. Coll. Cardiol. 33, 899,1999 ; Gutheil TG., The forensic psychiatrist as expert witness in malpractice cases. J. Am .Acad. Psychiatry Law. 27,653,1999 ; Cate M.J., Physician peer review. Serving the patient or the physician? J Leg Med. 20,479,1999; Weintraub M.I. Expert witness testimony: an update. Neurol. Clin. 17,363, 1999; Crane M. How do expert witnesses get away with lying? Med Econ.;76,152- 163,1999 ; Stevenson J.R. An expert experiment: medicolegal expert testimony. Med. Law. 18, 47, 1999; Dodds P.R. The plaintiff's expert. Conn Med. 63,99, 1999; Berlin L, Williams D.M., Malpractice issues in radiology. When an expert witness is not an expert. AJR Am J Roentgenol. 174,1215,2000; Spencer F.C. e Guice K.S., The expert medical witness: concerns, limits, and remedies. Bull Am Coll Surg. 85:22,2000; Guha S.J. "Fixing" medical malpractice. One doctor's perspective of a non-system in need of national standardization. N .C. Med J. 61,227,2000 ; Johnson-Greene D. e Bechtold K.T., Ethical considerations for peer review in forensic neuropsychology, Clin .Neuropsychol 16, 97, 2002.; Lauer M.S., Cardiologist on trial: reflections on credible evidence, JACC 7, 563, 2002 ; Levine EM., Standards for medical expert testimony. JAMA. 288,2972,2002; Binder R.L. , Liability for the psychiatrist expert witness, Am J Psychiatry 159, 1819, 2002.; Epstein N.E., It is easier to confuse a Jury than convince a Judge: the crisis in medical malpractice, Spine 15, 2425, 2002; Rehm K.E. et al., Categories for evaluating surgical procedures by expert medical witnesses, Chirurg 73, 1039, 2002;

⁷⁰ Sakamoto N. et al, The use of experts in medical malpractice litigation in Japan, Med .Sci. Law 42, 200, 2002; Matoba R. Selection system for forensic expert witness and their qualification in Japan , Legal Medicine, 5, 558, 2003;

⁷¹ Sul tema, tra gli altri : Giusti G.V. e Bacci M., *Teaching, Research, and Practice of Legal Medicine in Italy* , Am.J. For. Med. Path. 7,224, 1986 ; Fiori A. *Medicina Legale della Responsabilità medica*.Giuffrè Milano 1999, cap.8.

Sono sempre più indispensabili *linee-guida medico-legali* sia a carattere generale che, soprattutto a carattere specifico, per ciascuna delle differenti aree delle discipline.

Nell'ambito della *medicina legale sul vivente*, sia essa penale, che civile, previdenziale e assicurativa privata, la strada è senza dubbio quella di avvalersi sempre di più dei progressi scientifici e, soprattutto, tecnologici dell'ultimo periodo che consentono spesso, ma non sempre, di ottenere prove che in un non lontano passato erano irraggiungibili. *Il grado di esigenza probatoria è tuttavia ben diverso nei singoli settori*: più basso negli accertamenti a carattere previdenziale pubblico, più elevato in sede assicurativa privata e in sede civile, massimo in sede penale.

Le valutazioni del danno risentono maggiormente della componente soggettiva apportata dall'esperto, e sconfinano facilmente negli eccessi maggiorativi o riduttivi. Solo la preparazione, l'esperienza, un attivo controllo da parte degli esperti più qualificati - quando siano interpellati - può ridurre gli errori entro limiti ragionevoli ed accettabili. Certo è che questi obiettivi possono raggiungersi soltanto se le voci delle società scientifiche, ma anche degli operatori nei vari campi di applicazione della medicina legale, si fanno sentire non solo nel loro interno ma anche in sede pubblica.

Di grande rilevanza è, nella preparazione di linee guida e nell'addestramento degli esperti, il tema delle *perizie orali* nelle quali, perlomeno in Italia in sede penale, si manifesta al massimo l'insufficienza delle argomentazioni, la contraddittorietà delle risposte spesso basate su improvvisazioni emotive. Le loro conseguenze sono particolarmente gravi perché rimangono inserite nella trascrizione e vengono in vario modo strumentalizzate dall'accusa e dalle difese, spesso male interpretate dai giudici.

Di non minore rilevanza, infine, è il problema della scelta dei periti da parte dei magistrati, specie nei casi di maggiore complessità e delicatezza: tema il cui approfondimento è rinviato ad altra occasione. Se talune scelte insoddisfacenti sono spesso dovute alla difficoltà, in alcune sedi, di reperire esperti qualificati, altre volte esse denunciano una scarsa preoccupazione per l'esito del processo. Altre volte ancora i magistrati, specie quelli dell'accusa - ed in particolare nei casi di responsabilità medica - manifestano una preferenza per consulenti con connotati pregiudizialmente colpevolisti, destinati spesso ad essere sconfitti nei processi non senza aver recato considerevoli danni ai medici imputati, alla giustizia ed in definitiva agli stessi danneggiati.

6. Conclusioni

La presa di coscienza delle attuali difficoltà della professione medico-legale, che non sembra riguardare soltanto l'Italia, è indispensabile per evidenti motivi tra i quali è da includere anche la ricaduta negativa di immagine su tutta la classe medica, e soprattutto, la considerazione dell'elevato numero di cittadini che sono oggetto di valutazioni medico-legali in sede giudiziaria ed extragiudiziale su temi che riguardano la libertà, la dignità e l'onore, legittimi interessi di natura economica i quali ultimi sono sia a carattere personale sia - specie nell'area previdenziale ed assicurativa privata - di elevato interesse sociale implicando anche rilevanti impegni di denaro pubblico e privato.

Malgrado l'enorme rilevanza sociale dell'attività medico-legale nel suo insieme la considerazione che questa disciplina gode presso l'opinione pubblica è modesta quando non addirittura negativa per diversi

motivi, il principale dei quali è da ritenere la frequente opinabilità e contraddittorietà dei prodotti peritali – assai di frequente specie in casi di grande risonanza, che vengono impietosamente diffuse nei mezzi di comunicazione di massa.

Dopo una attività accademica e professionale per mia fortuna abbastanza lunga, che mi ha messo a contatto con molti aspetti della medicina legale e mi ha consentito di assistere alla sua evoluzione nell' arco di cinquantanni, ho potuto rendermi progressivamente conto di come sia complessa e difficile questa bifronte disciplina.

Se dunque mi venisse oggi posta la domanda contenuta nel titolo di un interessante articolo di Weintraub del 1995 "*Expert witness testimony: a time for self-regulation?*"⁷² risponderei di certo affermativamente perché sempre di più mi ispiro - cercando di autoregolarmi con la massima umiltà, e pur senza abbandonarmi ad uno sterile agnosticismo alla massima socratica "*so di non sapere*" o, comunque, so di sapere molto poco.

Seguo ancora oggi, per quanto mi è possibile, un distico attribuito a Catone (234-149 a.C.) cercando di apprendere anche dai più giovani: *Ne pudeat, quae nescieris, te velle doceri/Scire aliquid laus est, culpa est nil discere velle* (Non vergognarti di volere che ti sia insegnato ciò che non sai. Saper qualcosa è fonte di lode, mentre è una colpa non voler imparare nulla).

E' per questo motivo che posso far mio, in ragione della mia personale esperienza, anche un famoso verso di Solone (640-560 a.C): *Γηρασκω δ'αιει πολλα' διδασκομενοζ* (*Invecchio molte cose sempre imparando*). Ho imparato, dunque, che la Medicina Legale è molto difficile, molto più difficile di quanto io non pensassi all'inizio della mia vita professionale. Non ho invece mai imparato, lo confesso, a sopportare senza indignazione e sconforto le tante perizie indegne di questo nome, così dannose per la giustizia, per tanti cittadini e per la Medicina Legale.

Non mi consola la constatazione che il problema sembra ubiquitario, come risulta anche dalla letteratura internazionale più recente. Ci basti, per tutti il titolo di un recente articolo di Kassirer e Cecil pubblicato nel settembre 2002 su JAMA⁷³(*Inconsistency in evidentiary standards for medical testimony: disorder in the courts, 37*) il quale dimostra come il pessimismo espresso da Annas nel 1994 non fosse infondato.

Abbiamo dunque il dovere di assumerci tutti il grande impegno di rivisitare in modo approfondito l'arduo problema dell'evidenza in Medicina Legale e di elaborare una metodologia organica e condivisa, continuamente aggiornata a favore della giustizia e della società intera.

ANGELO FIORI

⁷² Weintraub M.I. *Expert witness testimony: a time for self-regulation?* J. Child Neurol. 10,256, 1995

⁷³ Kassirer J.P., Cecil J.S. *Inconsistency in evidentiary standards for medical testimony: disorder in the courts.* JAMA 288,1382,2002