

Incertezza delle misure e certezza del diritto

Il diritto ricorre spesso all'uso di soglie quantitative come discrimine fra ciò che è lecito da ciò che non è lecito. Dalla evasione iva, al diritto ambientale, alle fattispecie di circolazione stradale sotto l'influenza di sostanze alcoliche o stupefacenti, sino alla materia del diritto penale classico dove la soglia di età condiziona la sussunzione di un fatto in una data fattispecie incriminatrice (per es. età dell'offeso nei fatti di violenza sessuale). Queste ultime situazioni fuoriescono dal problema specifico dell'incertezza di misurazione tuttavia resta comune il problema di metodo, la necessità che il sistema ricorra a soglie di sbarramento con conseguenti ricadute anche solo a livello teorico di un simile approccio di sistema.

Più evidente è il problema per i casi in cui la misurazione sia affidata a sistemi di analisi meno immediati che non la lettura della situazione anagrafica di una parte, o il dato quantitativo di una evasione fiscale, ed è evidente come nel più delicato settore della indagine analitica si posizioni il problema legato al fatto che la soglia viene usualmente caratterizzata da un singolo valore numerico, mentre non altrettanto si può dire del risultato di misura il quale contiene al suo interno una intima espressione di incertezza di misura.

Ne consegue che tutte le volte che è necessario confrontare il risultato della misura con una data soglia, questo confronto non è un semplice confronto fra una coppia di valori numerici, bensì il confronto tra un singolo valore numerico – la soglia – e un intervallo di valori – il risultato della misura – entro il quale si ritiene possa cadere il valore del misurando con un dato livello di fiducia.

Quantificare tale rischio non è sempre agevole, e la sua entità dipende dalle ipotesi considerate nel costruire l'intervallo di fiducia e nell'assegnargli il livello di fiducia. In tutti gli ambiti, come ad esempio quello delle misure ambientali, in cui il superamento di un limite di legge può comportare pericoli per la salvaguardia dell'ambiente stesso e, soprattutto, per la salute pubblica, la corretta valutazione di tale rischio diventa essenziale.

Altrettanto importante è anche saper seguire il percorso opposto: dato un valore limite ed un valore di rischio accettabile di superamento del limite, nota l'incertezza con cui è possibile eseguire le misure, dove deve essere posta la soglia affinché il rischio di superamento del limite sia inferiore al rischio accettabile?

In forma di domanda: se la soglia è 130 km all'ora (per restare a sensibili problematiche di circolazione stradale) la misurazione di una velocità a 131 km/h integra l'illecito? Ancora: perché 130 e non 140? Il limite di 130 sostanzia la soglia di rischio oltre il quale il non consentito si avvicina alla realizzazione dell'evento che il sistema vuole scongiurare? Infine, per sostare sull'argomento che più di tutti occupa le riflessioni odierne, la misura a 131 entro che margini è attendibile, e come il sistema abbraccia il margine di errore che ciascun sistema di misurazione porta al seguito?

Se questo è il problema, se questi sono i problemi, distinguerei tre sottoproblemi, ai quali il sistema giuridico offre – a me pare – differenti possibili soluzioni.

Primo problema: dall'incertezza analitica alla certezza legislativa.

L'incertezza attiene alla definizione nel senso che il legislatore deve individuare un valore e sapere che scegliendo un valore copre anche un intervallo di incertezza. Il valore rischioso è 5 e dunque, sapendo della incertezza, è possibile che il legislatore decida di posizionarlo a 6. Si tratta di una doppia valutazione di incertezza giacché il valore 5 è esso stesso incerto, non segna il discrimine fra ciò che è dannoso e ciò che non lo è, ma individua una soglia di pericolosità che contiene una forbice di incertezza rispetto all'evento che il sistema intende scongiurare. Siamo nell'ambito della discrezionalità legislativa: perché 14 anni e non 12, perché 16 e non 18, perché 18 anni e non 20: inutilmente ci si può interrogare sulle ragioni che hanno indotto il legislatore alla scelta che riflette

sovente ragionamenti presuntivi, o di semplice stratificazione sociale; posto il limite esso va rispettato, senza esitazioni.

Potrebbe essere diversamente? Purtroppo o per fortuna il sistema giuridico si esprime per numeri e non per forbici. Il sistema penale – quello per il cui abbozzo di esposizione sono stato invitato – conosce limiti e massimi in situazioni ridotte, ad esempio l'individuazione della pena ben sapendo che un medesimo fatto può offrirsi a letture mutevoli, in considerazione della età, delle condizioni del reo, dei motivi a delinquere *etc.* La pena conosce un minimo ed un massimo e il giudice avrà il compito di individuare la pena in concreto più adeguata alla natura del fatto e del reo.

Quando invece il ragionamento si sposta sulle ipotesi di illecito, il sistema è ipotecato da esigenze di garanzia che il sistema penale considera ineludibili. Più che altrove, più che nel sistema sanzionatorio civile o amministrativo (sebbene questo ultimo assomigli molto a quello sanzionatorio penale), il sistema repressivo penale si affida a principi di tassatività e precisione, quasi a dire che una fattispecie incriminatrice deve essere individuata con rigore descrittivo. Da qui l'esigenza di affidarsi a parametri espressi in termini numerici, in forme magari di valore soglia il quale ultimo funge da linea di mezzera, di confine fra ciò che è lecito e ciò che non è lecito. La tecnica definitoria è posta davanti ad un bivio, e il legislatore sceglie di esprimerlo nella forma di un numero. La legge non dice di non guidare in modo pericoloso, ma di non guidare oltre i 130 Km; non dice di non avere rapporti sessuali con persone immature, ma di non avere rapporti con persone di età inferiore a 14 o 16 anni. La tecnica è naturalmente fallibile e cagionevole. Certo è che il sistema si esprime per grandezze numeriche, con logiche di dentro o fuori, salvo come sempre le interpretazioni del *dentro* e quelle del *fuori*. In questa apparente esigenza di certezza si nasconde in realtà la seconda incertezza, giacché la logica presuntiva ignora il significato intimo della regola, la quale a ragione dovrebbe essere basata sulla preoccupazione principale (es. non far guidare chi è in stato di ebbrezza) ed invece predilige inevitabili logiche probabilistiche che generalizzano un principio rendendolo meno certo di una espressione di regola di-volta-in-volta.

Intendo dire che la regola sposa non già un meccanismo di certezza, ma di conoscibilità, di semplicità descrittiva, molto simile a presunzioni descrittive. Guardo dalla finestra e scorgo tutti i passanti con gli ombrelli aperti. Scendo con l'ombrello ma in realtà non ho la certezza che stia piovendo, sto presumendo che stia piovendo (processo c.d. inferenziale).

Così per le regole giuridiche: un illecito presunto in genere è descritto in termini che indichino statisticamente ma imperfettamente la nostra preoccupazione di fondo, la quale non necessariamente coincide con il valore indicato dalla norma. La norma, per dirla in altro modo, non necessariamente è una norma intelligente.

Ritornero su questo ultimo aspetto, la cogenza di un limite, per ora mi basta ribadire che il diritto (penale) auto poetico si esprime per concetti che conoscevano in principio un valido e coerente ragionamento logico e giuridico, il quale ultimo – posta la regola – può smarrirsi nel ripostiglio della politica legislativa, a vantaggio di una regola divenuta sorda e cieca anche alle ragioni originarie per le quali essa regola è stata immaginata. Tranne ovviamente che nelle aule della politica.

Incerteza analitica e ricadute processuali. Una seconda incerteza è di tipo processuale probatorio.

Si supponga infatti di essere in una situazione lievemente diversa, in cui l'ARPA abbia riscontrato il superamento del limite di legge. Si supponga anche che la misura effettuata dall'ARPA venga contestata. In questo caso, l'onere della misura è tutto sulle spalle del ricorrente e, sulla base della norma considerata il limite non si considererà superato solo se la nuova misura cadrà nella zona di conformità certa.

L'incerteza non è nel limite (5 piuttosto che 6) ma in qualsiasi limite, dal momento che scelto un limite, quale esso sia, resta sempre possibile che la misurazione abbia margini di errore sui quali può innescarsi una diatriba processuale fatta di perizie e controperizie, di punti di vista tecnici, di

accertamenti. Il problema resta tanto più evidente nel caso di accertamenti irripetibili, dove il campione prelevato misurato non offre molti spazi di confronto in tempi futuri, ragione per cui le garanzie sono volte a consentire la dialettica processuale in fase anticipata con tutte le caratteristiche di urgenza, caso contrario il confronto si sposta in una successiva fase dibattimentale, dove le argomentazioni avverse hanno possibilità di essere manifestate.

All'incertezza della scienza va cioè aggiunta la variabile dell'incertezza dell'accertamento, il che dovrebbe imporre al tecnico che abbia effettuato le misurazioni, o sia indicato come consulente, di palesare i margini di incertezza che caratterizzano il suo operato e le sue convinzioni. Se per un verso occorre riconoscere che le decisioni del giudice *“sono sempre vie d'uscita da un labirinto, nel quale l'orientamento è quello dei valori di fondo da cui il giudice parte”* (Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno *“Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*), per altro verso occorre sottolineare come nel confrontarsi con la scienza il giudice debba essere ben consapevole delle incertezze delle prove c.d. scientifiche e non debba accettare l'idea di una presunta oggettività assoluta delle *expert evidences*. Anzi, deve essere consapevole dei pericoli a cui va incontro allorché si confronta con esse.

E' quanto basta, l'esistenza cioè di un doppio margine di incertezza, perché si affermi l'idea che la doppia incertezza debba essere sempre palesata per evitare i rischi e gli inganni di una falsa perizia, di una falsa consulenza. Certo l'incertezza – tanto più se platealmente confessata - potrebbe condizionare l'esito processuale, tanto più in ragione di un sempre più diffuso orientamento culturale che tende a valorizzare il principio dell'*oltre ragionevole dubbio*, il principio cioè che vuole agganciare la responsabilità penale a soglie di accertamento probatorio oltre il dubbio, in costanza del quale, viceversa, se ragionevole, l'esito non potrebbe che essere assolutorio. Evidentemente se il margine di errore è tale da poter collocare il dato numerico sotto soglia, ci troveremmo proprio dinanzi ad un ragionevole dubbio, cosa diversa invece se l'errore, calcolato nella sua massima incidenza, non riuscisse a compromettere il raggiungimento della soglia di illiceità.

Ragione di più per mettere il giudicante, quale esso sia, nelle condizioni di apprendere il margine di errore cui incorre la valutazione del tecnico precedente, cosa che spesso viene affidata a formule stereotipate e a volte inconfessabili.

Ultimo aspetto: l'incertezza analitica come spinta ad un ripensamento assiologico-sostanziale.

Siamo sicuri che il valore esprima una attitudine lesiva che il sistema vuole scongiurare? Al diritto, e al diritto penale, importa la lesione al bene tutelato, lesione che si presume messa in pericolo dal superamento della soglia. Esprimo il punto sotto forma di domanda: Può ammettersi una prova contraria?

Può cioè immaginarsi che individuato il limite a 5, il superamento a 6 che dovrebbe esprimere la soglia di illiceità, possa aprirsi ad una dimostrazione secondo cui anche il 6 non è lecito.

Detto in altro modo: il rosso esprime il no, il giallo il momento di passaggio, il verde il sì. Tradotto in linguaggio giuridico l'illiceità al codice della strada è nel rosso, l'incertezza è nel giallo, la liceità nel verde. Un passaggio col rosso è proibito: può capitare che in alcune condizioni sia invece considerato lecito?

Il problema è molto esteso ed attiene al funzionamento delle regole apparentemente precise ma sorde rispetto alla lesione sostanziale. In un rapporto sessuale con un 13enne che ha una straordinaria maturità fisica e emotiva varrebbe a poco introdurre argomentazioni salvifiche del tipo aveva 13 anni ma è molto più matura di una 40enne. In altri casi la vincolatività della regola potrebbe indurre a forme di ripensamento sulla base proprio della ragione interna alla regola medesima: se cioè passare con il rosso è un illecito stradale, va da sé che in alcuni casi il significato della regola (disciplinare il traffico ed evitare una situazione di stallo stradale) potrebbe indurre a decisioni esattamente contrarie, come quella di un passaggio con il rosso. O ancora: se sono solo in una strada a visibilità ampissima, tale da avere la certezza che avanti e a destra e a sinistra non ci

sono altre automobili, dinanzi ad un semaforo rosso devo ancora rispettare la regola o posso passare? Detto in altro modo, posso introdurre argomentazioni a prova contraria fondate magari sul senso originario della regola?

E in questo senso – per restare al campo specifico di riflessione legato alla incertezza analitica - può la consapevolezza dell'errore di misura aiutare a rendere tale chance esegetica più frequenti, e consentire così di recuperare la dimensione sostanziale dei fenomeni giuridici?

Il ragionamento assume sembianze emotive e discrezionali: l'errore di misura può indurre il giudice a recuperare la dimensione assiologia della norma astrattamente violata, ma nulla di certo sul piano dogmatico impone questa rivisitazione in *favor rei*. Siamo cioè nel campo della valutazione di opportunità la quale incide nelle decisioni giudiziarie molto più di quanto non si creda, ma soggiace alla finzione apofantica della non-esistenza e della non-riconoscibilità. In altre parole l'errore analitico può indurre il giudice a rileggere la sussumibilità di un fatto entro lo schema di una norma, ma nel raggiungere questo obiettivo salvifico il ragionamento non potrà sostare sull'errore di misura, semmai insistere sul difetto di prova, di elemento psicologico, o sulla esistenza di centesimi mentre la norma si esprime in soli decimali ⁽¹⁾. Il vincolo di certezza e conoscibilità che la soglia numerica vuole raggiungere non può essere travolto da una dinamica sostanziale che porterebbe la regola ad essere cagionevole e fallibile. L'apertura sostanziale mina la regolarità dei rapporti e porterebbe i conducenti a lunghe disquisizioni sul significato del rosso di un semaforo e la funzione euristica del rosso piuttosto che del verde.

Fra vincolatività di una regola e discrezionalità di una regola il sistema predilige la prima e tanto più se la regola ha sembianze numeriche e certe. La stabilità del diritto. Anche se, ovviamente, se non *tutto, molto* resta ancora possibile.

Gli operatori del settore ben sanno che l'utilizzo dell'incertezza di misura nell'analisi di conformità rappresenta una operazione che è fonte perenne di critiche e perplessità, costantemente in bilico tra una presunta applicazione del "principio di precauzione" e la tutela delle parti coinvolte da arbitrarie attribuzioni di responsabilità infrattive.

1) Segnalo come di contro ad una pronuncia tipo quella n. 16922/04 per la quale *"l'automobilista che viene trovato alla guida in stato di ebbrezza, non perde i punti della patente se tiene una velocità moderata e se il tasso alcolemico è di poco superiore a quello fissato dalla normativa"*, pronuncia che sembra cioè affermare il principio secondo cui spetterebbe al Giudice stabilire se lo stato di ebbrezza rappresenti, di per sé, motivo di pericolo o meno e se, da quello stato, ricorrano le motivazioni per un esercizio dell'azione penale, con applicazione della normativa vigente, una più recente sentenza in tema di guida di stato di ebbrezza afferma invece che anche 1 centesimo fa scattare la soglia di punibilità (1,5 e dunque anche 1,51). Si veda in proposito Corte di Cassazione Penale, sezione quarta - Sentenza n. 12904 del 06/04/2010, a parere della quale *"L'omessa indicazione della seconda cifra decimale nelle fattispecie indicate dal legislatore al comma 2 dell'art. 186 del C.d.S. nulla c'entra con la volontà di approssimare ai soli decimi di grammo/litro gli accertamenti più corretti, puntuali e precisi forniti dalla strumentazione disponibili"*, con ciò ammettendo che *"In assenza di elementi espliciti da cui desumere una volontà contraria, deve quindi affermarsi che l'omessa indicazione della seconda cifra decimale (nel caso, peraltro, coincidente con lo zero, cifra considerata non significativa tra i decimali) nulla abbia a che vedere con la volontà di approssimare ai soli decimi di grammo/litro gli accertamenti più corretti, puntuali e precisi forniti dalla strumentazione disponibile"* e dunque *"Nella fattispecie de qua, quindi, il valore rilevato ed accertato sulla persona di S. M., pari a 1,51 g/l di alcolemia, è superiore al valore soglia di 1,5 g/l e, pertanto, il fatto ascrittogli deve essere qualificato ai sensi dell'art. 186 co. 2 lett. C) Codice della Strada e non già ai sensi dell'art. 186. co. 2 lett. B)"*.

L'incertezza e il suo metodo di calcolo deve essere sempre dichiarata. Le conclusioni nei rapporti di prova o di misura, anche in campo, devono essere complete, esaustive e non equivoche così da consentire alle autorità amministrative titolari dei provvedimenti restrittivi o sanzionatori (Regioni, Province, Comuni, Dipartimenti di prevenzione delle ASL), agli organi di P.G. e all'autorità giudiziaria di capire, valutare, prendere decisioni e adottare i provvedimenti avendo il massimo delle informazioni possibili, ivi comprese quelle necessarie per l'individuazione dei responsabili e delle non conformità/sanzioni addebitabili. Risultano incredibilmente situazioni nelle quali professionisti laureati e abilitati all'esercizio della professione, dirigenti di strutture pubbliche rilascino rapporti di prova, con o senza l'incertezza sulle misure,

Il dr Paolo De Zorzi di ISPRA ha ricordato che il primo step del processo analitico è costituito dal campionamento e che le variabilità introdotte con esso inevitabilmente si traducono in variabilità dei risultati di prova. L'incertezza di campionamento dovrebbe quindi essere considerata quando il risultato della misura non è riferito al "campione di laboratorio" ma all'insieme che il campione intende rappresentare e da cui è stato prelevato.

Il dr Iuri De Biasi, magistrato presso la Procura della Repubblica di Treviso, ha sottolineato come il Principio di Precauzione attenga all'azione amministrativa, ovvero nella assegnazione dei valori limite, e non a quella penale ed è dunque in quella sede che deve essere utilizzato. Ha evidenziato che la linea difensiva più adottata nei contenziosi punta all'inutilizzabilità della prova sulla base di presunte violazioni delle regole di formazione della stessa piuttosto che su di una sua carenza di qualità metrologica. Ha ribadito l'autonomia di giudizio del magistrato nell'azione penale sia nella valutazione della prova che nell'utilizzo delle leggi scientifiche per la relazione causale. Dunque ha espresso parere favorevole all'introduzione di una linea guida per uniformare i comportamenti in fase decisionale.

Vincenzo Muscatiello – Docente di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Bari
v.b.muscatiello@libero.it

Elaborazione dell'intervento alla Tavola Rotonda del Seminario svoltosi a Bari il 7 ottobre 2010 organizzato da UN.I.D.E.A. e ARPA Puglia