

**PROF. AVV. LEONARDO MAZZA**

***La veicolazione della prova scientifica nel processo penale***

*LAIC*

*Tavola Rotonda*

*Roma, 27 ottobre 2018*

L'ingresso della scienza nella esperienza giuridica ed in particolare nel processo penale pone una serie di problemi ad iniziare dalla delineazione dello stesso concetto di prova scientifica e dal ruolo che occorre assegnarle al fine di fornire conoscenze affidabili per le esigenze cognitive del giusto processo di cui al riformulato art. 111 comma primo della Costituzione, e, sul piano sostanziale, impone la verifica della tenuta di istituti ormai tradizionalmente recepiti nell'ambito della teoria generale del reato (si pensi, ad esempio, ai rapporti tra colpa cosciente e dolo eventuale, alla premeditazione, al vasto capitolo concernente l'imputabilità, cioè la capacità d'intendere e di volere). Non minore importanza riveste la individuazione delle regole metodologiche che occorre pretendere dall'esperto, il quale fornisce al giudice un sapere diverso, frutto di una indagine da lui compiuta sulla base di tecniche e paradigmi condivisi dalla comunità scientifica con la inevitabile crescita del tasso di incertezza sulla attendibilità dei risultati raggiunti nel caso concreto quanto più si presenta complessa quella indagine. È stata la Corte costituzionale ad avvertire in epoca ormai remota risalente al 1998 (sent. 16 aprile 1998 n. 114) che nessun accertamento probatorio deve porsi in contrasto con sicuri riferimenti scientifici e ad esigere che il relativo riscontro "deve essere compiuto con particolare rigore, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà personale dei singoli che per la tutela della collettività".

Con la locuzione "prova scientifica" si intende solitamente, come proposto ad esempio da Dominioni, far riferimento all'utilizzo in sede processuale "di apparati conoscitivi che esorbitano dal sapere comune quanto a competenza teorica o pratica", e che proprio perciò richiedono il ricorso a soggetti esperti nello specifico campo di materia da attenzionare al fine di consentire al giudice di pronunciare, ad esempio, una sentenza di condanna quando, alla luce della enfaticata formula dell'art. 533 comma

primo c.p.p. “al di là di ogni ragionevole dubbio”, il dato probatorio così acquisito “lascia fuori soltanto possibilità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione nel caso concreto risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell’ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana” (Cass. Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456). Ma, la utilizzazione delle conoscenze scientifiche può interessare non solo una prova che investa il profilo centrale della imputazione, quanto essere pure uno strumento per acquisire un elemento indiziaro, con la peculiare caratteristica che esse derivano dal mondo indefinito e costantemente mutevole degli studi che “scienza teorica, scienza applicata e tecnologia conducono senza sosta, e delle pratiche specialistiche che registrano con l’esperienza l’andamento di dati fenomeni; con risultati ... mai definitivi ed irreversibili, tanto che non è neppure pensabile che siano legislativamente protocollate se non al prezzo indebito, per un sistema probatorio affrancato dalla prova legale, di vincolare la conoscenza giudiziaria alla fissità di regole che invece ... possono essere aggiornate o radicalmente superate” attraverso mutamenti che presentano, secondo la terminologia kuhniana, aspetti rivoluzionari e che implicano l’acquisizione di scoperte le quali non possono conciliarsi con i concetti tradizionali ad esse preesistenti e che a loro volta potrebbero divenire opinabili.

È da chiedersi altresì, poste tali premesse, se sia più corretto e maggiormente aderente alla realtà parlare non di prova scientifica ma di prove scientifiche per quanti sono i campi del sapere interessati i quali hanno proprie ed autonome regole al fine ulteriore di stagiare ancor meglio la loro diversa metodologia acquisitiva, anche per evitare l’approdo verso una nebulosa nozione di “prova scientifica allargata” od una differenziazione di nessuna utilità fra prova scientifica “tradizionale” e prova scientifica “nuova”.

In definitiva, la prova scientifica non è infallibile, ma deve essere verificabile e la sua attendibilità è direttamente proporzionale alla qualità delle regole che fissano i protocolli operativi ed al loro rigoroso rispetto nella repertazione, nella analisi e nella conservazione delle tracce del reato, esigenze appena avvertite dal legislatore nell’ambito del blando richiamo in ordine, ad esempio, alla disciplina del “sequestro informatico” di cui all’art. 254 *bis* c.p.p., imponendo una “procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originari e la loro immodificabilità”: non da ora si

è, infatti, osservato che gli istituti riguardanti la formazione della prova penale denunciano forti inadeguatezze, proprio a livello normativo, per farsi veicoli delle nuove od anche controverse conoscenze scientifico-tecniche, le quali sia ben chiaro non sono mai in grado di garantire certezze assolute, nonostante che, a livello internazionale, il Consiglio d'Europa abbia dato notevoli apporti per lo sviluppo di regole specifiche idonee a disciplinare le novità tecnologiche e scientifiche nell'ambito della giustizia penale, in special modo per la utilizzazione della analisi del DNA e per la creazione della relativa banca dati.

Queste caratteristiche, ora brevemente tratteggiate, che sono destinate ad accrescere l'attitudine critica ed autocritica degli operatori del diritto, i quali si incamminano nel settore incerto e volubile della scienza e sono impegnati ad avvicinare determinate loro categorizzazioni giuridiche ai correlati scientifici, bene evidenziano i confini problematici delle prove scientifiche, resi sempre più incerti dalla inarrestabile diffusione (specie in campo neuroscientifico) che tali tipologie di accertamento stanno via via conquistando nel processo penale, in quanto non concernono soltanto una singola modalità probatoria, od uno specifico strumento istruttorio, ma riguardano una pluralità di mezzi di conoscenza posti a disposizione del giudice: si pensi, ad esempio, alla metodologia scientifica con cui condurre una perquisizione od un esperimento giudiziale.

La questione che è da subito affiorata in materia alla attenzione degli studiosi concerne lo stesso inquadramento delle prove scientifiche, vale a dire se esse costituiscano o non, pur nella loro eterogeneità, un tipo da ricondurre nel *genus* delle prove espressamente disciplinate dalla legge processuale. Al riguardo, la Cassazione è propensa ad affermare che le nuove tecniche di accertamento offerte dallo sviluppo scientifico e tecnologico non sono, di regola, prove atipiche, bensì modalità di espletamento di prove tipiche e che la peculiarità dell'oggetto di un simile accertamento non può confondersi con la atipicità del mezzo di prova, potendosi, ad esempio, impiegare l'istituto della perizia, un tempo considerato con diffidenza dal mondo del diritto come del resto tutti i contributi cognitivi provenienti da ambiti estranei alla scienza giuridica, per indagare nei più diversi settori di conoscenza e discipline senza che ogni qual volta che muti l'ambito specifico di investigazione si debba ritenere per

ciò solo di essere in presenza di un diverso strumento probatorio (Cass. 21 maggio 2008, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2009, 1840).

In un tale ordine di idee, la “prova scientifica”, priva di una sua propria autonomia, finisce con il dissolversi negli ordinari strumenti probatori, da qualificarsi come tale unicamente perché connotata dalla utilizzazione di particolari metodi ed apparecchiature tecnologiche assenti, invece, negli altri mezzi epistemologici a disposizione del giudice, sicché la sua introduzione nel processo penale avviene, nell’ambito delle relative coordinate, attraverso il rispetto delle regole dettate per lo specifico mezzo probatorio considerato con l’inserimento nei vari momenti della ammissione, della assunzione e della valutazione di strumenti di conoscenza attinti dalla migliore scienza e dalla tecnica più evoluta.

Diversamente opinando, si potrebbero inquadrare le prove scientifiche, nei termini sopra delineati, tra quelle aventi natura atipica (ammesse su richiesta di parte sia come prova diretta che come prova contraria, oppure introdotte d’ufficio) che non ne compromettono il valore probatorio, essendo sempre però necessario valutare in concreto l’attendibilità del risultato ottenuto. Ed allora deve porsi mente al dibattito che si è sviluppato nel corso degli anni circa l’ingresso della prova atipica nel processo penale, in passato ritenuto ammissibile, pur sostenendosi la necessità di vincolarlo alla osservanza delle garanzie fondamentali costituzionalmente riconosciute, ovvero contrastante con il principio di tassatività delle prove sul rilievo che le norme processuali sono norme di garanzia non estensibili in via analogica, nonché per la elasticità di formulazioni normative attraverso l’impiego di un lessico “aperto”, considerato tuttavia indispensabile per rendere il lemma normativo adattabile alla possibilità di acquisire al processo elementi desunti da nuove scoperte scientifiche.

Sul tema della ammissibilità della categoria delle prove atipiche il progetto preliminare del vigente codice di rito si era espresso in senso negativo, ma il testo definitivo varato nel 1988 si è discostato dall’osservare rigidamente il principio della tassatività delle prove, in virtù del quale possono essere ammesse soltanto le prove che rientrano nel catalogo in cui sono in via esclusiva indicati i mezzi di prova contemplati dal legislatore. E fra tale principio e quello della libertà della prova si è operata una scelta intermedia, di compromesso, in quanto da un lato l’art. 189 c.p.p. permette l’ammissione, secondo la sua stessa intitolazione, di “prove non disciplinate dalla

legge” attraverso un procedimento di tipo formale di portata garantista, ma ne prescrive una serie di rilevanti condizioni o limiti, due di natura sostanziale ed uno di natura processuale: è stato detto in proposito che si tratta di forme intese a garantire genuinità e sicura affidabilità, e che riguardano in primo luogo la idoneità della prova all’accertamento del fatto, da valutarsi in concreto volta per volta dal giudice al momento della ammissione (mentre per le prove tipiche il relativo apprezzamento è stato effettuato *ex ante* dal legislatore). Quale esempio di prova inidonea in astratto viene additato il caso dei collegamenti medianici, talora utilizzati in sede di indagini preliminari ovvero la radioestesia.

Il secondo limite sostanziale concerne il rispetto della libertà morale della persona-organo della prova, in quanto esplicazione diretta del principio generale sancito dall’art. 188 c.p.p., apprezzabile sul piano della gnoseologia giudiziaria e dell’etica: il legislatore considera, infatti, la libertà della persona come un valore irrinunciabile ed indisponibile, la cui tutela è prevalente rispetto alle esigenze relative all’accertamento processuale. Ne deriva che non possono essere utilizzati, neppure con il consenso dell’interessato, metodi o pratiche idonee ad influire sulla libertà di autodeterminazione del soggetto o ad alterare la sua capacità di ricordare e di valutare i fatti (come, ad esempio, la narcoanalisi) e la cui violazione è sanzionata dalla inutilizzabilità dell’atto. In proposito, è stata tuttavia sostenuta l’ammissibilità di metodi di psicologia avanzata, volti ad individuare la menzogna attraverso lo studio delle reazioni del singolo individuo a domande, le quali non presentano associazioni di idee con l’oggetto di prova (diagnosi costellatorea), ovvero mediante l’analisi della manifestazione di tensione emotiva che si esprime in dati comportamenti o disegni (psicodiagnostica di Rorschach).

È, da ultimo, necessario sentire le parti in merito alle “modalità di assunzione della prova”, lemma contenuto nella parte conclusiva del citato art. 189 c.p.p., che, pur rispettoso del contraddittorio, è stato però vivacemente censurato per la sua laconicità. Infatti, tale previsione non chiarisce il ruolo delle parti e del giudice nella determinazione delle modalità di acquisizione, esplicitando soltanto in modo espresso che occorre la attivazione del contraddittorio, e, quindi, garantire il diritto di difesa dell’imputato, ma nulla dice circa l’acquisizione, ad opera della parte che chiede di introdurre il mezzo, delle informazioni necessarie in ordine alle concrete modalità di

recepimento. Si è, pertanto, inteso colmare questa grave lacuna nel senso che il giudice è tenuto ad applicare le regole legali stabilite per gli analoghi mezzi tipici di prova, ovvero a ricorrere a massime di esperienza od a leggi scientifiche. Resta, però, per fermo che gli esperti nominati dal giudice e dalle parti sono chiamati a riprodurre in ambito processuale lo scenario del dibattito proprio del campo di materia di riferimento, per raggiungere un determinato risultato attraverso il “contraddittorio scientifico” che deve sempre essere garantito nella formazione della prova.

Merita di venir segnalata una interessante questione che è sorta in ordine alla applicabilità agli atti delle indagini preliminari delle regole per la ammissione delle prove atipiche. In proposito si è sostenuto che, in forza di una interpretazione sistematica, devono ritenersi operativi anche in tale fase i limiti sopra illustrati, posti dall’art. 189 c.p.p., e tuttavia proprio per ciò insorgono notevoli difficoltà stante la impossibilità di assicurare un previo contraddittorio.

Deve anche essere ricordato che la legge 7 dicembre 2000 n. 397 ha inserito all’interno del libro V del codice di procedura penale un apposito titolo VI *bis*, denominato “Investigazioni difensive”, il cui art. 327 *bis* comma primo attribuisce al difensore la facoltà di svolgere indagini anche scientifiche atte a ricercare e individuare elementi di prova in favore del proprio assistito e quindi a raccogliere dati e reperti da utilizzare in sede processuale che confluiranno appunto *ex art. 391 octies* c.p.p. nel “fascicolo del difensore”.

Per quanto concerne l’introduzione della prova scientifica in sede di impugnazione, ed in particolare in appello, l’art. 603 c.p.p. scandisce nel contesto della rinnovazione dell’istruzione dibattimentale tempistiche e modalità per richiedere la ammissione del *novum* probatorio nel rispetto del contraddittorio fra le parti, le quali devono essere poste in condizione di interloquire e far valere le loro ragioni in ordine alla assunzione di una prova (Cass. 11 maggio 2015, n. 32427). Occorre, però, che tale prova sia “potenzialmente idonea ad incidere sulla valutazione del complesso degli elementi acquisiti” e, nella ipotesi di prova sopravvenuta o emersa dopo la decisione di primo grado, “la valutazione giudiziale del parametro della assoluta necessità” deve tener conto della novità del dato probatorio, adatto “a realizzare un effettivo ampliamento delle capacità cognitive” (Cass., Sez. I, 14 gennaio 2016, n. 8316).

La complessa tematica che si è ora affrontata finisce con il coinvolgere un ulteriore aspetto concernente le competenze da attribuire al giudice di fronte ad un sapere diverso, e cioè se costui rivesta il ruolo processuale di mero certificatore di conoscenze scientifiche o se, invece, debba essere un attento valutatore di scientificità della conoscenza del singolo caso sottoposto alla sua attenzione, nel quadro di una generale ridefinizione di quel ruolo. È necessario allora verificare se egli ha perduto del tutto od entro quali limiti la sua autonomia gnoseologica per diventare unicamente il controllore della affidabilità dell'operato degli esperti per il tramite di una prudente utilizzazione di criteri scientifici e logici. Ciò spiega la resistenza della giurisprudenza ad ammettere determinate prove scientifiche in quanto si ritiene che venga in tal modo sottratto al giudice il ruolo eminente di *peritus peritorum*, ossia di geloso custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo: ma quel brocardo, che, secondo Cordero, non rappresenta altro che un' "iperbole", è destinato inevitabilmente, nella sua tradizionale accezione, a scomparire dall'armamentario probatorio. Del resto, è proprio la stessa Cassazione (Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237) ad enunciare che "il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile": è questo il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio".

Si tratta, però, a ben vedere, di un esito che l'esperienza di questi ultimi anni, costellata da incertezze ed ambiguità, finanche ai vertici dell'apparato giudiziario, dimostra di non essere stato sempre conseguito: appare, infatti, assai difficile incrementare il livello delle conoscenze tecnico-scientifiche di base di cui deve essere dotato il giudice che opera nella "postmodernità", e fargli comprendere, in un tessuto culturale caratterizzato da fragilità e debolezze, che nel delicato rapporto intercorrente con i saperi scientifici non è ammessa nessuna arrogante supremazia ed a maggior ragione una autonomia gnoseologica nei termini descritti nella prima metà del Settecento dal teologo wolfiano Siegmund Jakob Baumgarten e che tanto sembra affascinare i processualpenalisti, disalveata dai fondamenti del conoscere, delle sue strutture e delle sue modalità.