

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

WWW.PROCESSOPENALEEGIUSTIZIA.IT

ANNO I, N. 5-2011

Diretta da

Adolfo Scalfati

Comitato di direzione

Ennio Amodio

Giuseppe Di Chiara

Giulio Garuti

Luigi Kalb

Sergio Lorusso

Mariano Menna

Gustavo Pansini

Francesco Peroni



Edizioni Nuova Cultura



Peer reviewers

Enrico Mario Ambrosetti, Piermaria Corso, Agostino De Caro, Marzia Ferraioli, Novella Galantini, Maria Riccarda Marchetti.

Peer review

La revisione dei pari svolge un ruolo di garanzia del livello qualitativo dei contributi editi dalla Rivista e riguarda perlomeno il 60% della loro consistenza su base annua. La valutazione è effettuata tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata da Professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori pubblicati. Il controllo avviene in forma anonima e assicura, in ogni caso, l'indipendenza rispetto all'Autore o alla provenienza culturale del contributo. I revisori assumono la responsabilità dell'esito positivo del controllo, consentendo che i loro nomi siano a posteriori resi noti, contestualmente alla pubblicazione dei lavori.

Coordinamento

Teresa Bene, Donatella Curtotti, Carla Pansini, Nicola Triggiani, Cristiana Valentini, Daniela Vigoni.

Redazione

Gastone Andreazza, Fulvio Baldi, Antonio Balsamo, Orietta Bruno, Lucio Camaldo, Sonia Campailla, Laura Capraro, Marilena Colamussi, Alessandro Diddi, Stefano Di Pinto, Ada Famiglietti, Rosa Maria Geraci, Mitja Gialuz, Paola Maggio, Antonio Pagliano, Giorgio Piziali, Roberto Puglisi, Alessia Ester Ricci, Nicola Russo, Alessio Scarcella, Elena Zanetti.

Hanno collaborato

Laura Capraro, Donatella Curtotti, Alessandro Diddi, Ada Famiglietti, Paola Maggio, Renzo Orlandi, Luca Perri, Giorgio Piziali, Nicola Russo, Gioia Sambuco, Adolfo Scalfati, Guido Sola, Elena Zanetti.

Anno I, n. 5-2011

ISSN Print 2039-4179

ISSN On-line 2039-4527

ISBN 9788861347113

Iscrizione Tribunale di Roma
n. 456/2010 del 6/12/2010

Sede legale: Roma 00173 - Via B. Alimena n. 5

Direttore Responsabile: Adolfo Scalfati



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale - Università di Roma Tor Vergata

La deriva scienziasta dell'accertamento penale

The scientific drift of criminal inquiry

Si parla molto della prova scientifica, dalle prime indagini alla valutazione del fatto; ci si preoccupa che il risultato fondato sul sapere specialistico sia massimamente accettabile, inneggiando alla falsificabilità delle teorie proposte e alla presenza di protocolli tecnici affidabili. Ma il punto nodale è altrove: sta nell'evitare che un nuovo positivismo giudiziario consegna alla scienza il dominio sul processo penale, ignorandone le regole.

Scientific evidence is a very controversial issue, from the first investigations to the assessment of the fact; there is a creeping concern that the result based on specialist know-how should be utmost acceptable, invoking the possibility to counterfeit the proposed theories and the existence of reliable protocols. But the crucial point is elsewhere: namely, preventing new judicial positivism from conferring the primacy onto criminal process to science, while ignoring its rules.

Scienza e processo

Il dilagante impiego di nuove tecniche, il ricorso a macchinari sempre più sofisticati e la rapida circolazione di ipotesi ad alto tasso razionale, generano frequenti iniezioni del sapere scientifico nel tessuto processuale, già a partire dalla fase investigativa

La materia, ghiotta al punto di consigliarne uno sfruttamento cinematografico, qui induce a riflettere (*sicut illo tempore*) sui rapporti tra accertamento giudiziario e scienza, non senza ipotizzare una conseguente messa a punto delle categorie esistenti, incluse le interrelazioni tra indagini e prova: la repentina evoluzione tecnologica, dalla fulminante efficacia pratica, è capace di arrugginire rapida-

mente l'arsenale nozionistico del processualista, costringendolo a rivedere gli schemi.

Tuttavia, l'ammiccante novità nasconde molte insidie, più di quante se ne scorgano a prima vista.

Il discorso potrebbe cominciare da lontano, scivolando lungo la compatibilità tra tecniche intrusive e libertà della persona e affrontando l'interrogativo del se l'imputato può legittimamente essere costretto a diventare oggetto di prova *contra se*. È capitato - nelle avanzate corti statunitensi - che immagini del cervello umano, captate coattivamente attraverso macchine, abbiano pesato sulla valutazione relativa all'aggressività dell'imputato provocando talune conseguenze sul giu-

dizio di colpevolezza¹. Per ora, nell'Europa continentale, indagini del genere sembrano sconsigliate dall'imperscrutabilità scientifica del "foro psichico", gelosamente custodito anche dalla Corte europea dei diritti umani; ma non è possibile escludere che le cose cambino nell'immediato futuro.

Al fondo, indipendentemente da quanto appena detto, emerge un interrogativo cruciale: quali sono le tinte che assume l'accertamento giudiziario quando è pervaso da un'elevata fiducia dei mezzi tecnico-scientifici?

Peraltro, l'uso dei moderni ritrovati spinge a riaprire – con effetto domino – fascicoli polverosi, riscoprendo vicende vecchie di 25 anni; ed essendo taluni delitti imprescrittibili, niente vieta viaggi a ritroso più lunghi, fin tanto che l'imputato viva. Si tratta di iniziative impensabili fino a poco fa, che rivelano una straordinaria vocazione taumaturgica dell'indagine scientifica, nuovo toccasana delle inevitabili incertezze insite nell'accertamento giudiziario: le verifiche sul fatto vengono consegnate nelle mani del progresso e il risultato assume un valore ineluttabile.

Animato dall'esigenza di svelare verità inaccessibili al profano, l'elogio della prova scientifica occulta un nuovo positivismo giudiziario, dove macchine infallibili e teorie rigorose hanno il compito di fotografare tracce e desumere fatti, come nelle indagini condotte in laboratorio; sotto abiti meno rozzi, si cela l'eterno ritorno dell'idea che vorrebbe trasformare i protagonisti del processo in esperti dal camice bianco, capaci di analizzare dati e formulare tesi.

Si obietterà che le cose sono molto cambiate rispetto alle versioni originarie di quel pensiero: oggi, tutti sanno come la scienza non si prefigga obbiettivi assoluti, le teorie scientifiche siano falsificabili e durino fintanto che qualcuno non le mette in crisi. L'argomento serve a dire che, se la scienza si ammantava della relatività, ad essa ci si può affidare per fronteggiare le opzioni cognitivo-giudiziarie, senza il rischio di derive assolutistiche.

Ma il ragionamento rasserena poco, perché non modifica la prospettiva secondo cui il contributo scientifico tende a dominare la giurisdizione. Il punto di partenza è speculare: il processo non è il "luogo" destinato a spiegare gli eventi, semmai è il teatro in cui devono essere rappresentati fatti giuridici così come allegati dalle parti, in base alle rispettive pretese; l'intervento del "terzo" è uno strumento sociale imprescindibile, che mira a ricomporre un conflitto, vivendo esso stesso dentro le norme, dove ciascuno assume un ruolo sulla base di un canovaccio scritto dal legislatore². La conclusione giudiziaria rappresenta una "verità" che nasce da un percorso in cui ciascuno fa la sua parte *secundum legem*; lì, lo strumento scientifico può assumere un rilievo funzionale sempre che non operi liberamente, secondo propri statuti, ma si inserisca e si adegui all'itinerario processuale scandito da un preciso ordine. L'affidabilità del risultato giudiziario non sta tanto nella purezza delle teorie (o delle tecniche) impiegate per rilevare dati ed esaminarli, quanto nel rispetto delle regole, delle quali è spiccatamente intriso il procedimento probatorio.

¹ Le potenzialità della neuroscienza sull'accertamento giudiziario sono state recentemente tracciate da Capra-ro, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, AA.VV., *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, 253 ss.

² Cfr. Corradini Broussard, *Quali immagini soavi? La contesa*, Pisa, 2006, 25 ss.

Se si accede alla prospettiva in base alla quale la soluzione di una controversia persegue obiettivi che coincidono con la meccanica spiegazione degli eventi, si cede alla tentazione di pensare che la ricerca scientifica debba condizionare l'accertamento giudiziario, trasformandolo nuovamente in un formidabile strumento materialistico per la ricostruzione *de rerum natura*; si delinea un modello di neoinquisizione positivista dove, grazie all'affidabilità del progresso, si punta a fotografare, ora per allora, gli accidenti della storia.

Dai molti ed acuti rilievi svolti sul fenomeno della c.d. prova scientifica, risulta la consapevolezza dei rischi connessi al suo impiego e alla irragionevolezza di certe conclusioni; e così, i moniti sono volti ad evitare che nel processo entri la "cattiva scienza" (sollecitando l'enunciazione di *best practices*), ci si rivolga ad esperti poco attrezzati, il giudice si appiattisca sui risultati del perito, e così via³.

Ma il nodo cruciale si staglia "a monte" delle osservazioni relative alle cautele circa l'affidabilità del risultato probatorio e concerne la sottostima del ruolo che assume l'accertamento giudiziario in una comunità laica: nella logica *d'antan*, oggi riapparsa sotto le spoglie della "scienza relativa", il pericolo è che il processo perda la connotazione di mezzo per ricucire l'ordine giuridico e diventi, tramite una rinnovata tensione fideistica, uno strumento tecnocratico, dove gli esperti guidano l'accertamento verso un risultato scientificamente accettabile.

Ordo criminalis e prova scientifica

Non si nega che l'apporto delle modernità sia utile a dipanare la vicenda giudiziaria, contribuendo a rappresentare i fatti descritti dalle parti; ma la priorità, a prescindere dall'affidabilità delle teorie scientifiche, sta nelle regole mediante le quali matura il percorso decisorio, le cui tappe sono frutto di una sintesi legislativa che media tra gli interessi in gioco. Ciò che sta fuori dalle regole, insomma, sta fuori dall'accertamento giudiziario. Per esemplificare, ecco una possibile equazione: se il risultato dell'intercettazione illegittima non è utilizzabile – anche se contiene circostanziate ammissioni dell'imputato – quando il pubblico ministero non ha motivato il decreto che ordina il compimento delle operazioni fuori dall'ufficio giudiziario, così la difformità dal modello delle condotte investigative dovrebbe influire sulla spendibilità del prodotto finale, a prescindere dal preteso rigore scientifico della verifica.

Ma le cose non stanno così. Innanzitutto, la prassi tende a svalutare il dato normativo che accompagna la formazione della c.d. prova scientifica, metabolizzando tutto quanto capita sotto gli occhi del giudice; domina l'idea che la scienza (o la tecnica) sia "neutra" e mal sopporti i lacci che vincolano al *quomodo* giuridico la gestione della prova. Poi, è lo stesso legislatore – forse colto di sorpresa dinanzi all'impeto del fenomeno – a non approntare regole adeguate in questo delicato settore; cosicché, il ridotto tasso di legalità è destinato ad alimentare

³ Da ultimo, la densa ricostruzione di Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 263 ss.

l'asimmetria tra l'invasione del sapere scientifico e la tenuta dell'ordine processuale.

Esistono perlomeno tre aree nelle quali il reticolo positivo non è in grado di contenere l'ipertrofia della c.d. prova scientifica: l'eterodosso impiego della perizia, i solitari "rilievi" di polizia, l'abuso della "testimonianza tecnica".

"Terzietà" della perizia

Stando alla prassi, il ricorso alla perizia non è affare delle parti⁴; se il giudice ritiene, la dispone, quasi che la prova capace di maneggiare dati scientifici dipenda solo da lui. In chiave di contrappeso, si legge che alla parte basta introdurre cognizioni specialistiche tramite un suo esperto; ma è un'aspettativa debole, considerando che l'intero procedimento peritale, a differenza dell'attività svolta dal consulente, è astrattamente assistito da un principio dialettico, permettendo una formazione progressiva del risultato nella tendenziale pluralità degli apporti. La menzionata scelta interpretativa si fonda su un'idea sconcertante, secondo cui la perizia sarebbe prova neutra, immune dalle prospettive di parte; come se esistesse un risultato asettico, diverso da quello cui tendono i contendenti del processo, attingibile solo attraverso l'intervento, altrettanto neutro, del giudice. Si intuisce il predominio del principio autoritario, che tende a limitare il diritto alla prova e ad appannare le potenzialità del contraddittorio sulle questioni scientifiche.

Nell'ottica di neutralità della perizia, anche il *corpus* positivo è refrattario ad ogni protocollo operativo, fatta salva la possibilità

di intervenire alle operazioni tramite difensori e consulenti; l'esperto, al di là delle disposizioni date dal giudice per casi particolari alle quali deve attenersi, ha piena libertà di forme nell'eseguire l'accertamento. Il legislatore si è di recente preoccupato di riempire un vuoto aperto dalla Corte costituzionale in ordine all'uso della forza nei confronti del soggetto che rifiuta di sottoporsi all'indagine; la questione attiene alla tutela della libertà personale, laddove impone la doppia riserva per l'ipotesi di interventi coattivi. Per il resto, è aperta ogni soluzione tecnico-procedurale, a scelta del perito.

A ben vedere, l'arretratezza legislativa è tale che, né la designazione dell'esperto, né le metodiche scientifiche da lui proposte si sottopongono al contraddittorio, sfuggendo alle parti ogni verifica preventiva che, invece, discende interamente "dall'alto".

D'altro canto, l'idea della perizia come prova del "terzo" è confermata dal giuramento del perito: egli si impegna a svolgere il suo ruolo non avendo altro scopo "che non quello di far conoscere la verità"; ancorata all'idea che il suo contributo abbia carattere oggettivo, la dimensione superindividuale dell'esperto rivela le perduranti tracce del positivismo giudiziario, passate indenni dal codice abrogato a quello attuale.

Investigazione a scarso livello di determinatezza

Altro rilevante settore in cui l'apporto tecnico-scientifico domina l'accertamento giudiziario è quello delle operazioni di polizia; qui la scena del crimine è soggetta ad un'intrusione devastante, tramite metodiche e

⁴ Per un'efficace sintesi del problema e delle sue implicazioni, Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 364 ss.

macchinari impensabili sino a poco fa. La tradizionale distinzione tra "rilievi" e "accertamenti" – già messa in crisi da un *tertium genus* a basso quoziente di determinatezza (le "operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche", art. 348, comma 4, c.p.p.) – smarrisce la sua linea di confine: è innegabile come anche il metodo della captazione dei dati (il semplice rilievo), ancor prima dell'analisi da compiere sul dato medesimo, condizioni l'intera procedura di valutazione e, dunque, il risultato finale. Senza trascurare il rischio di manomissione sulla materia che, una volta intervenuta, provoca derive ricostruttive non recuperabili.

En pendant, si registra la mancanza di accurate scelte legislative sulle condizioni che autorizzano l'esercizio del potere acquisitivo, tra polizia giudiziaria e pubblico ministero. Risultano confini poco scanditi tra rilievi urgenti (art. 354 c.p.p.) e accertamenti tecnici non ripetibili condotti dal magistrato, dove niente esclude che la valutazione del prodotto deperibile sia preceduta dalla raccolta indifferibile di dati; eppure, lo *standard* difensivo tra i due strumenti è notevolmente differenziato.

Ancora, manca del tutto l'accento sulle procedure da seguire per l'acquisizione e la conservazione degli elementi, salvo un blando richiamo a tali esigenze nella disciplina del c.d. sequestro informatico (art. 254 *bis* c.p.p.) e della banca dati genetica. Invece, l'argomento sul quale andrebbe misurata la tenuta della prova tecnica sta nella qualità delle regole che fissano i protocolli operativi, rappresentando il *prius* ineludibile per evitare che la scienza trasformi il processo in un

veicolo per affermare la sua libertà.

La prassi accentua tale rischio⁵; tende a proteggere il dato acquisito con mezzi tecnologici, anche quando è stata elusa qualche garanzia difensiva, e allarga l'ambito più tradizionale dell'irripetibilità. Si pensa erroneamente che la dispersione processuale dell'apporto scientifico non abbia alcuna ragion d'essere, trattandosi di un aspetto neutro sul quale l'intervento della parte non influisce in termini di risultato finale.

Sapere specialistico e testimonianza

A discapito della legalità si colloca il frequente impiego della "testimonianza tecnica", ovvero la possibilità che la fonte competente riferisca "apprezzamenti personali" quando essi siano inscindibili dai fatti che racconta (art. 194, comma 3, c.p.p.). Il caso più frequente è quello dell'esperto di polizia, il quale riferisce sulle indagini svolte; è sin troppo evidente come allo specialista basti semplicemente usare il linguaggio di settore perché la sua deposizione implichi una pluralità di giudizi tecnici.

Peraltro, l'esperienza mostra molte aperture al riguardo, introducendosi di conoscenze tecnico-scientifiche attraverso l'esame del testimone specializzato. Non sfugge la caratteristica di questo soggetto di prova: egli giura di non mentire anche quando riferisce suoi "apprezzamenti" tecnici, con intuibili implicazioni circa la ricorrente idea di verità dell'apporto scientifico; naturalmente, è un modo surrettizio per approvvigionarsi della conoscenza specialistica, aggirando i canoni della prova per esperti (perizia, consulenza), in cui le incompatibilità

⁵ Si veda il quadro esposto da Lorusso, *L'esame della scena*, cit., 264 ss.

soggettive, le cadenze operative, le tecniche dell'esame e l'oggetto della valutazione sono affatto diverse rispetto a quelle concernenti la testimonianza⁶.

Dialettica debole

Al difetto di legalità si abbina, come in una miscela esplosiva, l'incapacità del contraddittorio di dominare il campo della prova scientifica; del resto se, in linea di fondo, la scienza è considerata neutrale, la sua chiamata in causa indebolisce le parti, spingendole ai margini della vicenda giudiziaria.

Il fenomeno lo abbiamo già visto a proposito della perizia, sia in termini di iniziativa, sia sul piano della conduzione autoritaria della procedura probatoria. Ma il valore delle garanzie partecipative flette già a partire dalle investigazioni scientifiche d'accusa, potenziali rivelatrici di fatti eppure prive di un effettivo contributo dei contro-interessati; questi le subiscono, il più delle volte, senza riuscire a confezionare una simmetrica indagine: la modifica dello stato dei luoghi a causa del primo intervento, la non immediata facoltà di accesso sulla scena del crimine con propri esperti e il diffuso sospetto che qualcuno manipoli (anche inconsapevolmente) le tracce, depauperando le facoltà riconosciute dalla legge per contrastare efficacemente l'opera tecnica diretta da pubblico ministero e dai suoi ausiliari.

Naturalmente, per quanto non privo di tutele partecipative, non soddisfa la possibilità d'intervenire durante accertamento tecnico irripetibile disciplinato dall'art. 360 c.p.p.; il ruolo delle parti private è relegato alla formulazione di osservazioni e riserve nono-

stante i risultati siano destinati a confluire nel fascicolo del dibattimento; il divario tra accusa e difesa, peraltro, si accentua se la procedura tecnica distrugge l'oggetto materiale della verifica, impedendo la ripetizione dell'atto.

In definitiva, la logica della "non dispersione" è granitica quando entra in gioco la c.d. prova scientifica; mentre il contraddittorio diventa una fragile misura postuma, da impiegare a cose fatte, allorché si tratta di decidere se un certo risultato è spendibile e come.

Stando così le cose, nemmeno il ricorso al modello contemplato dall'art. 189 c.p.p. rimedierebbe alle enunciate *defaillances*; la struttura della prova atipica presuppone che le parti si confrontino prima, in vista di quanto si intende assumere, e non dopo, in funzione della spendibilità di dati acquisiti unilateralmente. Senza considerare che la detta disciplina potrebbe essere impiegata solo quando si tratta di procedure acquisitive inedite, cosa che, allo stato, è difficilmente ipotizzabile, visto che il difetto di determinatezza sul *quomodo* consente di impiegare la disciplina vigente come un contenitore utile per ogni evenienza.

De jure condendo

Se l'ipertrofia della c.d. prova scientifica, mortificando legalità e contraddittorio, rappresenta una deriva che travolge la fisionomia dell'accertamento giudiziario, occorre un intervento legislativo che riconduca l'impiego delle modernità nell'ambito di regole salde, capaci di restituire al processo il ruolo proprio di regolata composizione di un conflitto.

⁶ In argomento, anche per un'interessante disamina dell'esperienza statunitense, Miucci, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, 92 ss.

Ed ecco qualche proposta in pillole che, naturalmente, merita approfondimento.

In primis, l'estensione del contraddittorio sin dalle prime indagini, dominato dal giudice, aperto alla partecipazione dei consulenti e collocato nelle verifiche irripetibili o non rinviabili. In secondo luogo, la previsione, nell'ipotesi di perizia, di un confronto dialettico sulla qualità dell'esperto e sull'affidabilità del metodo scientifico, in-

clusi i profili concernenti le procedure di rilevamento dei dati. Inoltre, la stesura normativa di *guide-lines* che statuiscono le modalità dell'acquisizione, anche richiamando o recependo protocolli operativi improntati alle migliori pratiche. Infine, la precisazione che, in riferimento all'intervento tecnico-scientifico, la violazione delle procedure influisce sulla spendibilità del risultato probatorio.