

I crismi della prova scientifica nel processo penale e la libera valutazione del giudice.

di **Domenico Di Terlizzi** e **Valentina Leonetti**

TRIBUNALE MONOCRATICO DI BRINDISI, 02/09/2020 (UD. 03/07/2020), N. 554

La sentenza che ci si appresta a commentare fornisce un contributo pregevole in ordine al delicato tema dell'ingresso e dell'impiego delle evidenze scientifiche nel processo penale.

Invero, il fenomeno dello "squadernamento" o, meglio, della *contaminazione* tra le categorie assiomatiche proprie dell'amministrazione della giustizia penale e la scienza empirica rappresenta, in una prospettiva squisitamente metodologica, una delle questioni nevralgiche dell'assetto giuridico.

Ed è in questo contesto che si radica e si snoda il caso di cui si tratterà.

La vicenda processuale *de qua* ha visto il rappresentante legale, il procuratore e il responsabile di laboratorio interno dell'azienda olearia dapprima indiziati e poi accusati di frode nell'esercizio del commercio dell'olio e di vendita del prodotto oleario con l'impiego di segni mendaci.

Nel giugno 2015, in occasione di un'attività di controllo effettuata presso la società, il Corpo Forestale dello Stato ha proceduto al campionamento delle tipologie di olio ivi presenti. Dall'analisi dei marcatori molecolari, espletata dall'Istituto di Bioscienze e Biorisorse di Perugia, è emerso che si trattava di varietà di provenienza straniera a fronte della origine italiana risultante sia dai registri di carico-scarico che dal registro Sian.

Il Tribunale Monocratico di Brindisi, innanzi al quale si è incardinato il processo, ha assolto gli imputati "*perché il fatto non sussiste*".

Ad avviso dell'autorità giudicante, la metodologia impiegata si è atteggiata ad una "*prova muta*" ed "*autoreferenziale*" in quanto chinatasi sui propri giudizi di attendibilità e credibilità. Valutata, infatti, a fuoco del contraddittorio costituito dalla consulenza tecnica della difesa, strutturata in maniera razionale ed essendo stati esplicitati premessa metodologica e significato, ruolo e finalità dell'analisi, essa si è palesata in tutta la sua irrisolutezza. Il Tribunale adito ne ha messo in risalto le criticità: l'assenza di qualsivoglia riferimento in ordine al *melting pot* professionale-esperienziale degli autori delle analisi, alle fonti ed alle ricerche e, dunque, alla letteratura scientifica venuta in rilievo e, inoltre, la non condivisione dei marcatori sviluppati dall'istituto perugino nella platea degli studiosi.

Una simile problematicità, non solo non ha consentito di addivenire al dato probatorio contestato agli imputati, ma ha altresì fatto del *leading case* rappresentato dalla sentenza "Cozzini" e, quindi, del noto decalogo dei requisiti che la prova scientifica deve avere, lettera morta.

Nel caso di specie ci si è trovati, senza dubbio alcuno, al cospetto di una prova scientifica *probabilistica*.

L'indagine empirica si è fondata sul c.d. "Test del D.N.A." dell'olio d'oliva.

Trattasi di una metodologia di analisi che prevede l'applicazione ad ogni sequenza di D.N.A. estratto dai campioni di marker (marcatori), ossia di composti sensibili ad una determinata qualità di olio: attraverso l'osservazione dei marcatori che si attivano è possibile discriminare la maggior parte delle cultivar italiane e, dunque, stilare un elenco degli oli presenti.

Tuttavia, l'evidenza scientifica in questione si è significata in un protocollo non solo aspecifico, ma altresì frutto di una elaborazione unilaterale e, dunque, non largamente condivisa. I marcatori non sono stati specificatamente individuati, non hanno costituito oggetto di pubblicazione e non è stata determinata la percentuale delle varietà che i suddetti sono stati in grado di discriminare.

Se è pur vero che il test del D.N.A. abbia consentito e consenta, in linea generale, di risalire alle varietà di olive impiegate nella produzione dell'olio, d'altra parte il dato euristico fornito è risultato assai riduttivo e poco significativo.

Attraverso il ricorso ad una simile metodica, infatti, è possibile ricavare l'origine varietale e non l'origine geografica dell'olio e, dunque, stabilire se un olio d'oliva è stato ottenuto o meno da varietà d'olivo autoctone italiane. Questo cosa vuol dire?

Vuol dire che, nel caso in cui specifiche varietà di olive non sono autoctone italiane, non si potrà escludere che queste siano state coltivate in Italia ovvero che l'olio sia stato estratto in Italia: non si potrà, pertanto, scartare l'ipotesi che l'olio ricavato sia un prodotto italiano.

Sicché, l'impiego del profilo molecolare di una pianta di olivo che assurge a "riferimento varietale" per l'analisi del DNA da olio non è servente al contrasto delle frodi del "Made in Italy".

Non solo. Secondo Innocenzo Muzzalupo¹, fulcro dell'analisi del DNA è il raffronto del profilo allelico ottenuto da un olio con una banca dati che

¹ Ricercatore di botanica presso il Consiglio delle Ricerche in Agricoltura – Centro di Ricerca sull'Olivicoltura e l'Industria Olearia (CRA-OLI) in Italia, docente a contratto di Botanica presso l'Università della Calabria, editore di plurime riviste sulla caratterizzazione delle olive e sulla qualità dell'olio d'oliva, nonché sulla caratterizzazione del germoplasma dell'olivo, la caratterizzazione del gene dell'oliva e metodi analitici per la tracciabilità e la qualità dell'olio d'oliva.

raggruppa i profili molecolari dell'intero germoplasma olivicolo mondiale. Tuttavia, un database del genere attualmente non esiste: si utilizzano, infatti, delle banche dati esistenti con conseguenti e ovvie limitazioni.

Tale aspetto non è da sottovalutare perché individuare la pianta (una varietà) d'olivo che produce un dato profilo allelico vuol dire rendere le analisi ripetibili nel tempo. E, come noto e risaputo, il metodo scientifico prevede che un dato deve essere, oltre che oggettivo, anche verificabile e riproducibile.

Sostiene, invero, Muzzalupo che *"L'analisi attuale del DNA è un potente strumento che permette di determinare l'origine varietale di un olio d'oliva (...) L'applicazione di tale strumento deve avvenire secondo le regole del metodo scientifico galileiano cioè mediante l'uso di prove oggettive, affidabili, ma soprattutto verificabili e condivisibili. Inoltre, è necessario che venga utilizzata una banca dati che contenga i profili molecolari di tutte le piante riconosciute come "riferimento varietale". (...) C'è ancora da lavorare per sviluppare al massimo tutte le potenzialità della metodica del DNA e probabilmente, in un futuro non lontano, attraverso altre analisi di epigenetica, sarà anche possibile determinare l'origine geografica degli oli d'oliva. Ma per il momento dobbiamo accontentarci dell'origine varietale"*².

Ecco che la vicenda processuale *de qua*, distintasi per l'ingresso di una prova scientifica pressoché *silente*, ha acceso i riflettori proprio sulle problematiche afferenti al rapporto tra processo penale e scienza, nonché sui requisiti di cui l'evidenza scientifica deve corredarsi per costituire un indispensabile strumento conoscitivo-valutativo a servizio dei giudici.

Il ricorso alle conoscenze tecnico-scientifiche da parte del giudice penale, con il conseguente abbandono di un approccio fondato sulla mera intuizione, è diventato sempre più assiduo per due ordini di ragioni: da una parte, il costante progresso scientifico presenta ormai un grado elevato di affidabilità; dall'altra, l'evoluzione del diritto penale sostanziale alimenta sempre più il ricorso a saperi specialistici.

E in una prospettiva comparativa la relazione tra i metodi di accertamento propri della ricostruzione del fatto di reato e della formulazione delle leggi scientifiche consente di rimarcare le affinità nei rispettivi campi di indagine. Invero, così come il percorso che conduce alla formulazione ed alla convalida di una teoria scientifica si esplica attraverso passaggi inferenziali, parimenti anche il processo penale riflette un *iter* che, assunta la formulazione dell'imputazione per mano dell'Ufficio di Procura, culmina in un risultato finale che assurge a convalida o negazione dell'ipotesi ricostruttiva del fatto di reato.

² Tratto da La verità sul test del dna dell'olio, di Innocenzo Muzzalupo, Olioofficina, Milano, 16 marzo 2016. <https://www.olioofficina.it/magazine/codice-oleario/codice-oleario/la-verita-sul-test-del-dna-dell-olio.htm>

Senonché il problema che si dischiude alla platea giuridica è fondamentalmente quello di selezionare le conoscenze scientifiche fruibili al processo penale e di determinare i canoni valutativi che consentano al Giudice di qualificare una data conoscenza in termini di scientificità al fine, processuale, di deliberare in ordine alla colpevolezza o meno dell'imputato. L'esigenza (ineluttabile) che affiora è, difatti, quella di rendere il sapere specialistico, veicolato dalla prova scientifica, pienamente accessibile agli attori del processo e ciò per scongiurare il rischio di fare della sentenza una mera e passiva recezione di scelte altrove deliberate.

Proprio la frequente ricorrenza di errori giudiziari, commessi all'insegna di prove scientifiche, ricorda quanto sia rischioso arrestarsi acriticamente davanti ad una evidenza ritenuta inconfutabile per la sua "scientificità".

Non si può non rammentare, proprio in punto di correlazione prova scientifica – errore giudiziario, il caso clamoroso legato all'omicidio di Meredith Kercher ove, all'insegna dell'inosservanza di ogni procedura standardizzata e accreditata a livello scientifico internazionale, il fallo è stato determinato da errori valutativi in ordine all'indagine genetica condotta, non solo su materiale ematico pressoché scarso, ma con la c.d. tecnica di analisi LCN ("*Low Copy Number*") che richiede cautele particolari nella fase di esecuzione ed interpretazione del risultato.

Bisogna essere consapevoli che anche le inferenze scientifiche rivestono comunque carattere probabilistico e che, di conseguenza, anche il metodo scientifico più avanzato è sì in grado di fornire risposte nel processo, ma solo in termini di probabilità talora bassa o medio-bassa, altre volte alta o medio-alta.

Partendo da tale consapevolezza, è chiaro che la scelta delle conoscenze scientifiche utilizzabili deve comunque conformarsi all'architettura processuale penale e, dunque, conciliarsi col metodo dialogico-dialettico della formazione della prova, non potendo affatto consistere in una ricezione acritica.

Il giudice, infatti, è chiamato a verificare la stessa validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati soprattutto quando gli stessi, come nel caso di specie, si presentino nuovi e sperimentali e perciò non sottoposti al vaglio di una pluralità di casi e al confronto critico tra esperti del settore, sì da non potersi considerare ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica.

Il metodo scientifico – inteso come metodo che garantisce risultati in termini di elevata certezza – dunque volto alla costituzione di un sapere certo e giustificato – sarà tale solo nella misura in cui si estrinseca nel dialogo tra esperti e fornisce criteri di controllabilità degli enunciati che ne scaturiscono rendendoli ostensibili.

E una prova scientifica, come quella del test del D.N.A. dell'olio, che non ha costituito oggetto di continue sperimentazioni e falsificazioni con

conseguente individuazione di un margine intrinseco di errore, certamente non si collima con il carattere selettivo-confutativo tipico della valutazione della prova nel processo penale, oltre a non godere della comune accettazione della Comunità Scientifica.

È quanto consacrato dal Tribunale Monocratico di Brindisi secondo cui una prova scientifica *autoreferenziale*, ossia ancorata ad una metodologia monca della esplicitazione dei criteri e degli strumenti applicati e che, pertanto, *china sui propri giudizi di attendibilità e affidabilità*, non è idonea a orientare il giudicante verso una deliberazione giuridicamente ineccepibile.

Sul punto la letteratura giuridica statunitense³ è risultata assai congeniale nella misura in cui ha approfondito la distinzione tra le *nuove* prove scientifiche e la *pseudo scienza*, la c.d. *junk science* ("scienza spazzatura") la cui affidabilità, non essendo totalmente accettata nel contesto di appartenenza, si rivela nociva in relazione agli esiti processuali.

E dei criteri di riferimento, c.d. *guidelines*⁴, ancora attuali oltre che avallati anche da giuristi e magistrati italiani⁵, sono stati enunciati dalla Corte Suprema degli USA, dapprima nella pronuncia *Frye v. United States* del 1923 e, successivamente, nella sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* del 1993, ove è stato sostenuto che nel giudizio di ammissibilità delle nuove prove scientifiche è necessario: 1) accertare se le tecniche siano state già testate; 2) se abbiano costituito oggetto di pubblicazione; 3) se sia noto *l'error rate*, ossia il margine o il tasso di errore; 5) se le relative conclusioni abbiano trovato un consenso generalizzato nel mondo scientifico. Ciò onde consentire la *peer review*, ossia la revisione con cui gli esponenti delle diverse branche vagliano l'attendibilità delle nuove elaborazioni teoriche o tecniche. Anche la Corte di Cassazione italiana⁶, nel caso "*Cozzini*", ha sposato i criteri sanciti dalla Corte Suprema statunitense, estendendone la portata, ossia ponendo l'accento sul rigore del dibattito critico che deve accompagnare l'elaborazione scientifica attraverso adeguate pubblicazioni: questo per

³ Per una segnalazione bibliografica diretta a sottolinearne la particolare rilevanza v. Federal Judicial Center, REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE, III ed., 2011, pp. 10 e ss.

⁴ In tema di linee guida v. Cass. Pen. Sez. I, 12.10.2018, n. 52872: "*Le linee guida sono linee di comportamento che non hanno forza cogente ove non recepite in un testo normativo, ma che costituiscono regole comportamentali autoimposte e normalmente rispettate, volte ad assicurare, sulla base delle acquisizioni tecnico scientifiche del tempo, risultati peritali attendibili e verificabili, sicché la loro inosservanza fa legittimamente dubitare della correttezza delle conclusioni esposte*".

⁵ Al riguardo G. Canzio e L. Lupària, PROVA SCIENTIFICA E PROCESSO PENALE, Wolters Kluwer, Milano, 2017., pp. 9 e ss.

⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 17.09.2010, n. 43786, "*Cozzini*", in tema di accertamento del nesso causale tra esposizione all'amianto e morte per cancerogenesi da mesotelioma.

permettere, in nome della *verificabilità* e *controllabilità*, alla Comunità di riferimento di valutarla e di esprimere opinioni.

La prova scientifica non può, infatti, ambire ad un'autoreferenziale affidabilità in sede processuale: questo perché è lo stesso processo penale a disconoscere ogni idea di prova legale.

Ciò posto, la particolare natura di questioni afferenti a branche del sapere non giuridico non imprigiona il Giudice né lo obbliga ad appiattare il proprio convincimento su evidenze tecniche.

Chiamato a espletare una complessa e autonoma opera di decostruzione delle emergenze scientifiche, sempre in nome delle esigenze di giustizia, l'autorità giudicante non è recettore passivo o mero consumatore delle conoscenze tecniche, essendo chiamata a stimare l'effettiva attendibilità del metodo, soprattutto quando non consolidato o ben lontano dalla comune accettazione della comunità scientifica (come accaduto nel caso di specie).

*Il giudice non può affidarsi, con una sorta di "atto di fede", alle conclusioni degli esperti qualora non sia in condizione di "decifrare" il loro reale contenuto scientifico*⁷ soprattutto se poi si tiene a mente che, in ossequio alle regole e ai principi propri del processo penale, possono trovare ingresso solo esperienze scientifiche collaudate secondo canoni metodologici comunemente condivisi. Il canone del *ragionevole dubbio*, infatti, impone al giudice di pervenire ad una conclusione logicamente, ossia qualitativamente persuasiva alla luce dei comuni canoni di certezza processuale.

È certamente auspicabile il *coraggio* del magistrato di non retrocedere innanzi a metodologie altamente innovative così abbandonando la sua *comfort zone*, ma con l'accortezza di non confondere la scienza rivoluzionaria con una "scienza spazzatura", priva cioè di avallo teorico-tecnico, o con una scienza ancora acerba e controversa, onde scongiurare qualsivoglia errore giudiziario.

Così lumeggiate le tematiche, il dibattito in ordine al ruolo della prova scientifica nel processo penale, nonché in ordine al suo potenziale inquadramento nelle categorie probatorie tipizzate, si dipana verso una conclusione ben precisa: quella secondo cui, come già preconizzato⁸, i metodi scientifici non possono offrire nuove categorie di prove ma possono solo essere validi e utili ai fini di una più accurata ricerca della verità.

⁷ In ordine a tale tematica v. P. Rivello, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pp. 27 e ss.

⁸ V. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, 1972.