

Istituto per la tutela e la qualità della consulenza di tipo giudiziario

ASSOCIAZIONE DEI PERITI E DEGLI ESPERTI

LA PERIZIA NELLA PROCEDURA PENALE

La perizia e la consulenza di parte viste dall'avvocato

Avv. Emilio Gueli

13 novembre 2006

PARTE I

LINEAMENTI STRUTTURALI

- 1.1 Considerazioni preliminari
- 1.2 L'apporto di conoscenze tecnico-scientifico in un procedimento ispirato ai caratteri del sistema accusatorio
- 1.3 La prova basata su leggi scientifiche: profili epistemologici.

PARTE II

LA PERIZIA E LA CONSULENZA TECNICA NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

- 2.1 I rilievi e gli accertamenti tecnico scientifico nell'ambito delle attività delle parti
- 2.2 La perizia
- 2.3 La consulenza tecnica

PARTE III

RESPONSABILITÀ DEL PERITO

- 3.1 Responsabilità disciplinare
- 3.2 Responsabilità civile
- 3.3 Responsabilità penale

PARTE I
LINEAMENTI STRUTTURALI

1.1 Considerazioni preliminari

Nel corso del procedimento penale, sia esso in fase di indagini o di giudizio, si rende spesso necessario l'apporto di cognizioni non giuridiche, spesso di natura tecnico scientifica.

Prima di analizzare in specifico le modalità ed i limiti del contributo delle discipline scientifiche al processo penale, vanno svolte alcune considerazioni in relazione al fenomeno probatorio, nel cui quadro si inserisce l'apporto di conoscenze tecnico scientifico.

In campo giudiziario il termine «prova» viene impiegato con riferimento alla ricostruzione fattuale, come emerge anche dall'art. 187 c.p.p., il quale ribadisce il necessario riferimento di ciascun oggetto di prova ai «fatti» di volta in volta indicati.

E' però necessario ricordare che «l'indagatore ha rapporti diretti non con *fatti*, ma con *enunciati fattuali*. Una delle ricorrenti illusioni della scienza del diritto è di avere a che fare direttamente con la realtà, mentre essa parla della realtà, ragiona della realtà, che diviene “materiale” della scienza attraverso un processo di verbalizzazione dell'esperienza. Un errore da cui rifuggire nello studio del fenomeno processuale consiste nel ritenere che la prova verta su un “fatto”. Se a livello teoretico può ammettersi che “la verità è nei fatti”, nel processo non si può andare oltre la verifica “della verità di una proposizione”: la prova in quanto tale, quindi, non riguarda un “fatto”, ma un “asserto”¹».

Prova quindi è «quel meccanismo, quell'insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l'accertamento della verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*²».

Nonostante sia spesso usata nel linguaggio comune, risulta pertanto scorretta, se interpretata alla lettera, la locuzione «prova di un fatto», giacché non si può provare un

¹ UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in AA. VV. (a cura di UBERTIS G.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 9-10. L'autore fa esplicito riferimento alla più autorevole dottrina penale classica: si veda in particolare es. CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, Prato, 1886, § 900, 201.

² UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 89-90

«fatto» *a posteriori*, ma è al massimo possibile esperirlo o constatarlo al momento del suo verificarsi.

Parimenti è fuorviante ed inesatto parlare di «prova della verità dei fatti»: non esistono «fatti veri» e «fatti falsi»: un fatto «è» o «non è»; soltanto la sua enunciazione può essere «vera» o «falsa». Caratteristica di un fatto che si sostiene accaduto nel passato può essere la sua esistenza, ma non la sua verità.

Le espressioni «prova di un fatto» e «prova della verità di un fatto» possono dunque reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di «prova della verità dell'affermazione di esistenza di un fatto»³.

Con particolare attenzione al codice di procedura penale vigente si possono individuare i principali concetti appartenenti all'ambito del fenomeno probatorio.

Il primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante è l'*elemento di prova*⁴, rappresentato da ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale (per esempio:

³ Un'analisi più approfondita sul rapporto tra credenza e fatto è svolta da Bertrand Russell: «così siamo giunti alla definizione puramente formale della verità o della falsità di una credenza. Ma per ottenere questa definizione, dobbiamo cominciare coll'esaminare la maniera in cui il riferimento obiettivo di una proposizione può essere dedotto dal senso delle parole o delle immagini di cui esso si compone.

Come ogni parola ha un senso, ogni proposizione ha un riferimento obiettivo. Il riferimento obiettivo di una proposizione è una funzione (nel senso matematico) del senso delle parole di cui essa è composta. Ma il riferimento obiettivo differisce dal senso di una parola per la sua duplice proprietà di essere vero o falso. Voi potete credere alla proposizione "Oggi è martedì", sia quando essa è vera che quando è falsa. Nei due casi è lo stesso fatto che forma l'oggetto della vostra credenza, ma è evidente che il rapporto tra la vostra credenza e il fatto non è lo stesso.

Possiamo dire, metaforicamente, che quando affermate che "oggi è martedì" la vostra credenza è *diretta verso il fatto* se è esatta, e *si allontana dal fatto* in caso contrario. Così il riferimento obiettivo non è determinato dal solo fatto, ma anche dall'orientamento, della credenza in rapporto al fatto, sia che essa si avvicini o si allontani da esso. Quando un martedì un uomo crede che sia proprio martedì, mentre l'altro crede che non sia martedì, le loro credenze opposte hanno lo stesso obiettivo, e cioè il fatto che sia martedì: ma la credenza *vera* è orientata *verso* il fatto mentre quella *falsa* gli volge, per così dire, le spalle. Così, se noi vogliamo definire il riferimento di una proposizione, dobbiamo tener conto non solo dell'obiettivo, ma anche dell'orientamento: verso l'obiettivo nel caso della credenza vera, nella direzione opposta all'obiettivo nel caso della credenza falsa.

Questa definizione del riferimento obiettivo di una proposizione è resa necessaria dalla circostanza che esistono proposizioni vere e false, ma che non vi sono fatti veri o falsi. Se oggi è martedì e qualcuno crede che oggi non sia martedì, non vi è un falso obiettivo *oggi non è martedì* per la sua credenza.

Ecco perché due credenze, opposte e contraddittorie, possono avere lo stesso obiettivo. Questa definizione, tuttavia, presenta un inconveniente pratico: essa non ci permette di determinare il riferimento obiettivo di una proposizione se non sappiamo se questa proposizione è vera o falsa. Per evitare questo inconveniente, è preferibile adottare una terminologia un po' diversa e dire: il *senso* della proposizione *oggi è martedì* consiste nel dar rilievo al fatto che *oggi è martedì*, quando questo fatto corrisponde alla realtà. La proposizione *oggi non è martedì* avrà il senso opposto. Adottando questa forma ipotetica, possiamo parlare del senso di una proposizione senza sapere se essa è vera o falsa, sapendo soltanto ciò che è in grado di renderla vera o falsa. RUSSELL B., *Analisi della mente*, Firenze 1967, 247.

⁴ In questa accezione: cfr. artt. 65 comma 1, 86 comma 2, 192 comma 3, 375 comma 3, 421 comma 2, e 512-bis c.p.p..

dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento).

Tale elemento deve sgorgare da qualcos'altro: il soggetto o l'oggetto da cui può derivare almeno un elemento di prova è la *fonte di prova*⁵, che a sua volta può essere tanto *personale* (come nel caso del teste) - ed in tale eventualità si parla anche di *organo di prova* - quanto *reale* (come nel caso del documento).

L'introduzione nel processo di un elemento di prova viene attuata tramite l'esplicazione di un'attività: si parla a questo proposito di *mezzo di prova*. I mezzi di prova, disciplinati negli artt. 194-243 c.p.p. (Libro III, Titolo II: testimonianza, esame delle parti, confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziali, perizia⁶, documenti), sono tutti caratterizzati dall'«attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili in sede di decisione⁷», e quindi hanno in quel giudice il loro naturale destinatario.

I *mezzi di ricerca della prova*⁸, disciplinati negli artt. 244-271 (Libro III, Titolo III: ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni), non sono di per sé fonti di convincimento ma servono quali strumenti per acquisire «cose materiali, tracce o

⁵ Cfr. artt. 55 comma 1, 65 comma 1, 332, 346, 347 comma 1, 348 in rubrica e comma 3, 353 comma 2, 357 comma 1, 364 comma 5, 371 comma 2 lett. c, 375 comma 3, 417 lett. c, 429 comma 1 lett. d, 434 e 435 commi 1 e 2 c.p.p.),

⁶ In una accezione tecnica, «perizia» è solo quella disposta dal giudice ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 220 c.p.p.: la precisazione si rende necessaria perché nel linguaggio comune con il termine «perizia» si identifica ogni generica indagine tecnica svolta su oggetti, beni, situazioni o persone al fine di fornire dati e valutazioni.

⁷ Relazione al progetto preliminare, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n.250, Suppl. ord. n. 2.

⁸ La distinzione tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova non è condivisa da UBERTIS, (si veda per es. UBERTIS G., *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale*, in *Quaderni del CSM*, n.98, *La prova penale*, 1997): l'autore rileva infatti come «l'introduzione, durante i lavori preparatori della riforma processuale del 1988, della differenziazione tra “mezzi di prova” e “mezzi di ricerca della prova” (poi trasfusa nella distinzione tra i titoli II e III del libro III del codice di procedura penale) sia contraria all'esigenza di evitare l'impiego di concetti superflui quando non addirittura oscuri. In proposito, basti rammentare come nello stesso codice di procedura penale la locuzione “mezzi di ricerca della prova” venga utilizzata unicamente nella denominazione del titolo III del libro III e come la *Relazione prog. prel. c.p.p.* (in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, 59, dove vengono riprodotte le argomentazioni contenute nella relazione al precedente progetto preliminare del 1978) sostenga, da un lato, che i mezzi di ricerca della prova concernerebbero le prove precostituite e, dall'altro, che essi non sarebbero “di per sé fonti di convincimento, ma solo rend[erebbero] possibile l'acquisizione di cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria”. Il documento, però, prova precostituita per eccellenza, viene inserito tra i mezzi di prova, mentre non si considera che neppure il mezzo di prova “testimonianza” è di per sé fonte di convincimento, consentendo esclusivamente l'acquisizione di una dichiarazione dotata di attitudine probatoria, gnoseologicamente non dissimile dall'enunciazione ricavabile dal cosiddetto mezzo di ricerca della prova “intercettazione telefonica”. Né giustifica l'introduzione di una nuova categoria normativamente ed epistemologicamente irrilevante la constatazione che i mezzi di ricerca della prova si baserebbero sul fattore sorpresa (unica argomentazione di una qualche fondatezza contenuta nella citata relazione a sostegno della proposta distinzione)».

dichiarazioni dotate di attitudine probatoria⁹»; e quindi hanno come possibili destinatari anche il P.M. e la p.g., nei limiti previsti dal codice.

Se ne desume che quei mezzi di prova - suscettibili di assunzione e di acquisizione dinanzi al giudice investito di una giurisdizione piena sulla regiudicanda (nel dibattimento e, ancor prima, nell'incidente probatorio) - danno origine a prove in senso stretto le quali, differenziandosi dalle prove indirette, sono idonee e sufficienti a fondare anche da sole il convincimento del giudice nella pronuncia della decisione. La funzione non direttamente conoscitiva, ma strumentalmente acquisitiva, dei mezzi di ricerca della prova garantisce, invece, la possibilità di assicurare al processo sia prove in senso proprio (ad es., documenti), sia elementi di prova reale ovvero indizi, sui quali è consentito al giudice «costruire» prove indirette oppure critiche per tramite di argomentazioni induttive e probabilistiche¹⁰.

Sulla base dell'elemento di prova in tal modo ottenuto, si svolgerà il procedimento intellettuale del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio *risultato di prova*¹¹ (da non confondere con la *conclusione probatoria* raggiunta al termine della valutazione probatoria).

Sarà solo allora che, nel momento decisorio, potrà effettuarsi il controllo di veridicità dell'iniziale affermazione probatoria attraverso il confronto tra enunciati fattuali. E l'oggetto di prova potrà considerarsi provato quando si sarà verificata la coincidenza tra affermazione probatoria e risultato di prova; si dirà pertanto che, in sé e per sé (ma salva la valutazione dei fatti secondari, cioè dell'insieme costituito dagli elementi, dalle fonti e dai mezzi di prova, nonché dai fatti notori), «la prova è riuscita», nel senso che ha dato esito positivo.

Il momento più impegnativo per il giudice è quello in cui deve provvedere a individuare, tra quanto acquisito in sede istruttoria, ciò che ritiene adeguato a fondare la decisione.

È in quest'ambito che si inserisce il giudizio di *concludenza probatoria*, che verte sull'idoneità e sulla sufficienza dei mezzi e/o fonti di prova sottoposti all'attenzione del giudice e dei conseguenti risultati di prova e delle relative inferenze, a servire per il definitivo giudizio di verità sull'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta* e fondativa della

⁹ *Relazione al prog. Prelim.*

¹⁰ *Relazione al prog. prelim.*, 59, ad es., menziona «l'acquisizione di un indizio» oppure (con una certa ambiguità) «l'apprensione materiale di una *res* sulla quale si può fondare il convincimento del giudice». COMOGLIO L.P., *Prova e lessico processuale: sospetto, indizio, prova; tema, fonte, oggetto di prova, ammissione, assunzione*, in *Quaderni del CSM, n.98, La prova penale*, 1997.

¹¹ Cfr., ad es., artt. 192 comma 1, 360 comma 5 e 506 c.p.p..

domanda giudiziale¹²: «è a seguito di questo giudizio di concludenza probatoria che la “prova” come strumento gnoseologico diventa prova come epilogo conoscitivo, denominato *conclusione probatoria* e posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto. Ciò accade perché tale conclusione è costituita da quello stesso enunciato che al livello della singola struttura probatoria integrava il risultato di prova e che ora viene positivamente valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva, avendo superato il vaglio concernente sia la credibilità dei momenti anteriori della sequenza probatoria originante il medesimo risultato di prova, sia l’inferenza impiegata per conseguirlo, sia l’inquadramento di esso nell’ambito dell’intero patrimonio conoscitivo utilizzabile per la decisione¹³».

In un procedimento penale una consulenza o una perizia o, più in generale, un qualsiasi apporto conoscitivo di matrice scientifica, si rendono necessari ai fini della valutazione di quello che è ritenuto dal giudice, dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore, un elemento rilevante nel procedimento: in altre parole, non è altro che «uno strumento di acquisizione di fatti già rappresentati o valutazione di fatti già dimostrati¹⁴», ma non è, in sé, elemento di prova¹⁵.

1.2 L’apporto di cognizioni tecnico-scientifico in un procedimento ispirato ai caratteri del sistema accusatorio

Ai sensi dell’art. 220, comma 1 del codice di procedura penale la perizia è ammessa «*quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedano specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*».

Si ricorre dunque a questo strumento, come del resto alla consulenza tecnica, quando sono necessarie cognizioni che il giudice non ha e non è tenuto ad avere¹⁶.

¹² Va, tuttavia, ricordato come un giudizio di concludenza - per così dire «provvisoria» rispetto a quella «definitiva», peculiare della decisione terminativa del procedimento penale - si abbia anche riguardo ad ogni provvedimento giudiziale, per il quale occorra valutare l’idoneità e la sufficienza delle risultanze procedurali ai fini della decisione (come nell’ipotesi di cui all’art. 292 comma 2 lett. c c.p.p.).

¹³ UBERTIS G., *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale*, in *Quaderni del CSM*, n.98, *La prova penale*, 1997, 9. A livello legislativo, che la parola «prova» si riferisca palesemente a ciò che il giudice valuti persuasivamente efficace emerge, ad esempio, dagli art.530 commi 2 e 3 c.p.p..

¹⁴ CONTE LOFORTI, *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, Milano, 2006, 67.

¹⁵ Come riferito da ORLANDI, R. *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1998, 455, la dottrina ottocentesca negava la natura di mezzo di prova ad attività come la perizia: il perito era concepito come un mero ausiliario dell’ufficio giudiziario, una sorta di «protesi intellettuale» della quale il giudice era costretto a servirsi per sopperire all’ignoranza di certe massime.

¹⁶ Ovviamente il giudice non può disporre perizia «per la soluzione di una *quaestio iuris*, che rientra in quanto tale nelle normali competenze del giudice». SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2004, 374.

Invero, per cogliere appieno le disposizioni relative alla perizia e alla consulenza, è necessario ricordare che alla base del Codice del 1988 vi è la «convizione – densa di riverberi sul piano operativo – che concepisce l’apporto del sapere scientifico a vantaggio non già del solo giudice, un tempo solitario signore della prova, ma del contraddittorio delle parti, metodo cardine ai fini della formazione del materiale probatorio, linfa di cui si nutre l’intera esperienza, eminentemente relazionale, del processo¹⁷».

I presupposti ideologici posti alla base del codice del 1988 hanno marcato una enorme cesura con il passato: è vero che il codice di procedura penale vigente in Italia dal 1931 al 1989 delineava un sistema processuale penale di tipo «misto», ma le caratteristiche proprie del rito inquisitorio erano assai più marcate di quelle tipiche del processo accusatorio. Il particolare presentava la tradizionale scansione in due fasi successive: l’istruzione, ispirata ai canoni del modello inquisitorio, connotata da segretezza, scrittura e coesistenza in un medesimo organo delle funzioni di accusatore e di giudice; e il giudizio, ispirato ai canoni del sistema accusatorio: pubblicità, oralità, e contraddittorio fra le parti in posizione di parità sul tema posto dall’accusa. Si deve però sin d’ora avvertire, da un lato che la fase istruttoria, caratterizzata nell’impianto originario del codice da una pressoché totale segretezza, si era gradualmente aperta, per effetto di interventi legislativi e di pronunce della Corte costituzionale, ad una qualche presenza della difesa; e dall’altro che la dichiarata accusatorietà del giudizio risultava essere più che altro teorica, a causa dello svilimento dell’oralità dibattimentale dovuto alle quasi illimitate possibilità di lettura degli atti istruttori. La «dialettica inquisitoria» del previgente codice è tratteggiata in modo tanto efficace quanto polemico da Cordero¹⁸ «lavorano monologando giudice o pubblico ministero inquirenti. L’art. 299 richiede, “prontamente compiuti” (ma è arcinoto quale iter torpido sia), “tutti e soltanto quegli atti che, in base agli elementi raccolti e allo svolgimento” (piuttosto avventuroso, essendo un’opera aperta le istruzioni), sembrano “necessari [all] accertamento della verità”; da notare l’avverbio “soltanto”: è un esorcismo verbale contro le spirali *ad infinitum*, congeniali alla bulimia inquisitoria. Lavoro solitario: l’istruttore elabora ipotesi e le coltiva, cercando prove; quando ne scovi, le acquisisce. Il sistema esclude i dialoghi: parti private e difensori ignorano gli atti più importanti (le testimonianze); altrove ammessi, fungono da spettatori. L’art. 305, testo 1930, riduce brutalmente a zero lo *ius postulandi*: gli interessati possono “presentare al giudice o al pubblico ministero memorie o

¹⁷ DI CHIARA G., *Sapere scientifico e accertamento del fatto nel processo penale: spunti per una premessa*, X, in CONTE LOFORTI, cit.

¹⁸ CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003, 616.

istanze scritte”, depositandole in cancelleria o segreteria (art. 145), ma non hanno diritto a risposta; poi qualcosa muta con l’art. 15 l. 18 giugno 1955; l’istruttore risponde con un’ordinanza o nell’atto conclusivo, magari implicitamente. Qui la riforma scava a fondo: l’impulso istruttorio passa alle parti, essendo onere dei contendenti addurre prove adeguate ai rispettivi assunti (superfluo notare come l’iniziativa imponga ai difensori responsabilità nuove: nel provvidenzialismo inquisitorio pensa a tutto il giudice; o almeno, così suona l’assioma); i contraddittori formulano istanze e “il giudice provvede senza ritardo escludendo” le sole prove inammissibili o irrilevanti ovvero superflue, ad esempio su fatti notori o constatabili *aliunde*; ma quando l’ipotetica superfluità dipenda da sovrabbondanza (qualcuno ha indicato 100 testimoni sul medesimo punto), è sottinteso che l’allora esclusa debba essere acquisita se apparisse utile».

Il legislatore del 1988, nel fervore di uno slancio innovativo, ha inteso realizzare, anche nel nostro Paese, «i caratteri del sistema accusatorio¹⁹»: con il rito accusatorio la prova deve formarsi nel contraddittorio delle parti dinanzi al giudice del dibattimento e gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero non hanno di regola valore probatorio. Con il rito inquisitorio, invece, gli atti di indagine, compiuti dal pubblico ministero senza contraddittorio, assumono valore di prova per un’anticipata definizione del giudizio²⁰.

Fin dai primi commenti relativi al nuovo codice di procedura penale (a partire quindi dalla fine degli anni 80), è stato rilevato il mutamento epocale che ha coinvolto il modello processuale che ha inevitabilmente inciso profondamente sul modo di acquisire ogni elemento gnoseologico, compreso – ovviamente – quello di matrice tecnico scientifica.

E così già i primi commentatori avevano rilevato come il nuovo modello processuale avesse introdotto «una vera e propria mini-rivoluzione nella disciplina della perizia²¹».

In particolare due sono erano i profili sui quali veniva posta l’attenzione²²:

Il primo era (ed è) relativo alla pluralità degli strumenti dei quali ci si può avvalere nel processo per acquisire un contributo tecnico-scientifico: accanto alla perizia, modellata secondo le forme disciplinate dal codice previgente e risalente, per quanto riguarda la sua regolamentazione, ai sistemi processuali del continente europeo, si trova la consulenza

¹⁹ In questo senso, espressamente, la legge delega 16 febbraio 1987, n. 81.

²⁰ Solo tre dei cinque procedimenti speciali previsti dal libro sesto del codice (giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti e procedimento per decreto) consentono di pervenire alla decisione sulla base degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero; presupposto della instaurazione di uno di essi è, in ogni caso, una scelta dell’indagato.

²¹ AMODIO E, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1989, 170. Si veda anche, tra gli altri, FRIGO G., *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1988, 2178.

²² AMODIO, cit., 171.

tecnica che può essere affidata ad un esperto dal p.m. o dal difensore, anche nell'eventualità in cui il giudice non abbia nominato un perito (questa forma di consulenza tecnica è stata definita²³ «extraperitale» al fine di distinguerla dalla consulenza tecnica «endoperitale», che si configura nell'eventualità in cui fosse stato incardinato nel processo l'atto istruttorio perizia).

Perizia disposta dal giudice, consulenza tecnica e accertamento tecnico disposto dalle parti: questa è la gamma di strumenti delineata dal Codice.

La distinzione è assai rilevante: non è solo «un problema di classificazione o di collocazione di istituti: una volta che questi sono messi a posto come le tessere di un mosaico, ne consegue poi un diverso rilievo e un diverso valore sul piano probatorio. È questa la grande novità del nuovo sistema processuale. Con una immagine suggestiva Cordero definisce “vorace potenza superlogica”, il libero convincimento che, nell'attuale tendenza giurisprudenziale, autorizza il giudice a fagocitare tutto ciò che appare sulla scena del processo: che si tratti dei verbali degli atti raccolti dalla polizia o di un accertamento fatto dal giudice o dal p.m. in modo magari atipico, non fa nessuna differenza. Tutto viene utilizzato ai fini della decisione».

L'autorevole Autore sottolinea che «con il nuovo rito nasca per la prima volta in un codice europeo il diritto delle prove penali: gli itinerari della conoscenza del giudice sono segnati, almeno in parte, dal legislatore. Non però come nel Medio Evo in cui il giudice doveva limitarsi a prender atto che la testimonianza di tre individui aveva *ex lege* una maggior efficacia probatoria rispetto a quella di un solo teste o che quella dell'ecclesiastico valeva più della deposizione resa dal laico. Non si ritorna certo, nel nuovo rito, al sistema delle prove legali, ma si afferma un principio per cui la prova va ammessa e assunta nei limiti e secondo le modalità stabilite dalla legge».

Paradigmatica a riguardo è la disciplina degli accertamenti tecnici non ripetibili: «si può fare ricorso a questa indagine da compiersi in contraddittorio solo se c'è un determinato

²³ AMODIO, cit., 171. L'autore, ben prima della concreta applicazione dell'allora nuovo codice, rilevava come «il consulente tecnico così come il perito, verrà investito di un ruolo assai diverso da quello attuale perché il rilievo maggiore sarà dato non a ciò che è scritto nella relazione, ma a quanto emerge dalle dichiarazioni orali. Sarà l'escussione del consulente tecnico o del perito in sede dibattimentale a dare le linee precise per la decisione sul merito dell'imputazione. Certo, se si tratterà di una perizia monumentale, di una perizia in cui sono state compiute numerose e complesse indagini, il peso della relazione potrà farsi sentire. Ma, di regola, sarà determinante l'escussione del perito o del consulente tecnico nel fuoco delle domande poste nell'esame diretto e nel controesame.

Il contraddittorio potrà svilupparsi nell'oralità del dibattimento anche perché dopo il perito sarà sentito il consulente tecnico e quindi ci sarà un confronto immediato che potrebbe far scaturire profili che non emergono dalla lettura delle relazioni o dei contributi scritti».

presupposto, quello della “persona, cosa o luogo soggetto a modificazione”. Se manca questo presupposto l'accertamento è fulminato di inammissibilità e i suoi risultati sono inutilizzabili: costituiscono elementi spuri dei quali il giudice non si può avvalere ai fini della decisione. È chiaro che ciò può comportare un costo sul piano del c.d. accertamento della verità materiale, ma, d'altro lato, irrobustisce le garanzie dell'imputato. Le prescrizioni dettate dal legislatore - ad esempio la ripartizione fra accertamento tecnico non ripetibile disposto dal p.m. e perizia assunta nell'incidente probatorio - non sono semplici suggerimenti dati agli investigatori e ai giudici, ma diventano binari precisi che si debbono seguire, altrimenti il risultato è l'inutilizzabilità della prova».

Un altro profilo non meno innovativo e particolarmente evidente nella fase procedimentale è ricollegato alla nozione di «processo di parti²⁴»: «è bensì vero che c'è una disposizione in materia di perizia secondo la quale questo mezzo di prova può essere disposto anche d'ufficio. Ma al di là di questa previsione che ha un carattere eventuale e residuale, è innegabile che nella fase anteriore al dibattimento la perizia la possono chiedere solo le parti, perché nelle indagini preliminari non esiste un giudice istruttore, non esiste un giudice che ha un fascicolo e può dire: “a questo punto io ho bisogno di sapere come è stata la dinamica di quell'incidente”. Il giudice delle indagini preliminari deve attendere che le parti vadano a sollecitarlo per l'emanazione di certi provvedimenti e quindi nella fase anteriore al dibattimento la perizia nasce nell'incidente probatorio, quando le parti la chiedono, là dove ci sono i presupposti: non è ammessa infatti qualsiasi perizia, ma soltanto quella che investe cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazioni non evitabili, oppure quando è necessario compiere perizie incompatibili con i tempi del dibattimento, cioè perizie per le quali si possa ritenere che il protrarsi dell'attività probatoria sarà così smisurato da rompere quell'unità che è tipica del giudizio sotto il profilo della concentrazione.

Sono dunque le parti a chiedere la perizia, così come sono le parti a nominare il consulente tecnico nell'ambito che io chiamo “extraperitale”²⁵».

²⁴ A riguardo si vedano, tra i numerosissimi contributi, CONSO G., GREVI V. *Compendio di procedura penale*, Milano 2003, 283, secondo cui la disciplina delle modalità di ammissione della prova costituisce uno dei terreni sui quali più decisamente è destinato ad incidere il nuovo modello del processo di parti, in coerenza con il suo canone di fondo per cui il giudice, di regola, deve decidere *in iuxta alligata et probata partium*, nonché SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Legislazione penale*, 1989, al quale risale la celebre distinzione tra il concetto di «contraddittorio sulla prova» e quello del «contraddittorio per la prova», formule che bene distinguono le regole riguardanti le problematiche circa l'ammissibilità di prove e controprove (dibattiti «per» le prove), dalle questioni attinenti al diritto di difesa e di difendersi provando, che massimamente ha modo di esercitarsi grazie al contraddittorio sul contenuto (momento di formazione) delle prove.

²⁵ AMODIO, cit., 172.

1.3 La prova basata su leggi scientifiche: profili epistemologici.

Prima di affrontare le disposizioni del codice di procedura penale relative alla perizia ed alla consulenza tecnica, sono opportune alcune considerazioni di ordine epistemologico.

Il processo penale ha quale scopo la valutazione della correttezza dell'affermazione relativa alla responsabilità di un soggetto in ordine ad una imputazione.

E' ricorrente la convinzione secondo cui il giudizio sarebbe una concatenazione di sillogismi: la premessa maggiore sarebbe rappresentata dalla norma da applicare, quella minore dal fatto accertato; la conclusione deduttivamente derivata sarebbe una condanna o una assoluzione²⁶ (c.d. sillogismo giudiziario).

A sua volta la premessa minore del sillogismo giudiziale, ossia il fatto accertato, sarebbe il frutto di uno o più sillogismi caratterizzati dal seguente schema: ad un fatto noto (premesse minore) viene applicata una massima di esperienza o una legge scientifica (premesse maggiore); la conclusione è l'affermazione di un fatto ignoto (c.d. sillogismo probatorio).

La sentenza dunque è un'affermazione (innocenza o colpevolezza) giustificata: la giustificazione di un'asserzione è subordinata a due condizioni: la verità delle premesse e la correttezza logica dell'argomento (cioè la coerenza tra premesse e conclusione).

Il sillogismo garantisce la seconda condizione, ma non la prima.

Il ragionamento dimostrativo assicura la logicità della conclusione, ma non la sua verità. Il ragionamento dimostrativo infatti è un ragionamento formale proprio perché prescinde dal contenuto delle premesse. Tanto è vero che un sillogismo può essere valido anche se le sue premesse sono false e può essere invalido anche se le sue premesse sono vere²⁷.

²⁶ BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, (1764), a cura di F. Venturi, 2a ed., Torino, 1970.

²⁷ IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto Giuffrè*, IV agg., Milano, 2001, 754.

Nell'uso logico del termine, non ha senso dire che una proposizione è «valida», perché la validità si riferisce a una relazione tra proposizioni, ad un gruppo di proposizioni, una delle quali - la conclusione - segue dalle altre - le premesse - che rappresentano il supporto o il fondamento per la verità della prima (ossia ad un argomento). Verità e falsità invece sono predicabili di proposizioni, e mai di argomenti. Non ha senso dire che un argomento è «vero» o «falso». Verità e falsità si applicano ad affermazioni sul mondo, mentre validità e invalidità si applicano ad argomenti in cui sono eseguite inferenze da alcune proposizioni ad altre proposizioni.

Un argomento può essere valido anche quando una o più delle sue premesse non è vera. Ogni argomento esprime un'affermazione sulla relazione tra le premesse poste e la conclusione da esse tratta; quella relazione deve sussistere certamente anche se le premesse risultassero essere false, o la loro verità fosse messa in dubbio.

Gli argomenti, sia validi che invalidi, possono presentare diverse combinazioni di premesse e conclusioni vere o false. Ad esempio, argomenti validi possono contenere solo proposizioni vere (tutti i mammiferi hanno i polmoni; tutti i cavalli sono mammiferi; quindi tutti i cavalli hanno i polmoni); ma un argomento valido può consistere interamente di proposizioni false (tutte le creature con dieci zampe hanno le ali; tutti i ragni hanno

Come dice Stuart Mill²⁸, lo scopo cui tende la logica formale «non è la verità, ma la non-contraddittorietà».

I limiti dei due sillogismi indicati dunque stanno nelle premesse: queste vengono presentate come dati acquisiti, mentre il «mistero del processo²⁹» è proprio quello di accertare il fatto e il diritto. Il diritto e il fatto sono tutt'altro che incontrovertibili³⁰.

In particolare – in considerazione dell'oggetto della presente relazione – è necessario analizzare quella che è stata indicata come premessa maggiore del sillogismo probatorio, ovvero la «regola» applicata al fatto noto che consente di giungere alla conoscenza di un fatto ignoto.

Queste regole offrono vari livelli di affidabilità. Talora il criterio è costituito da una legge scientifica avente piena validità, nel senso che sino ad ora non è stata mai falsificata, e quindi il suo impiego produce un'inferenza avente carattere di certezza o di irrefutabilità logica³¹.

Altre volte l'inferenza è basata su leggi ancora scientifiche, ma di tipo probabilistico (o statistico-quantitativo). L'analisi di fenomeni omologhi ne individua certi caratteri che si ripetono con frequenza conosciuta: la conoscenza di una data traccia sensibile permette di ricondurla all'evento-causa con una probabilità corrispondente alla frequenza³².

Un terzo tipo di regola si fonda sull'osservazione dei comportamenti umani. Poiché si ritiene che essi rispondano a ragioni o motivazioni, dall'osservazione di una certa condotta si reputa corretto risalire ad un altro evento, che di quella è l'antecedente logico. Il possesso di refurtiva a poca distanza temporale dal furto autorizza a pensare che il possessore sia il

dieci zampe; quindi tutti i ragni hanno le ali). Un argomento valido può avere premesse false e una conclusione vera (tutti i pesci sono mammiferi; tutte le balene sono pesci; quindi tutte le balene sono mammiferi). Anche un argomento invalido può avere premesse false e una conclusione vera (tutti i mammiferi hanno le ali; tutte le balene hanno le ali; quindi tutte le balene sono mammiferi).

È chiaro che ci possono essere argomenti validi con conclusioni false, così come argomenti invalidi con conclusioni vere. Risulta chiaro dunque che la verità o falsità della conclusione di un argomento non determina in se stessa la validità o invalidità di quell'argomento. Allo stesso modo, il fatto che un argomento sia valido non garantisce la verità della sua conclusione. COPI M.C. COHEN C., *Introduzione alla logica*, Bologna, 2004, 43-47.

²⁸ MILL J.S., *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, 1843, cap.III, 9.

²⁹ SATTI S., *Il mistero del processo*, Milano, 1949.

³⁰ IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto Giuffrè*, IV agg., Milano, 2001.

³¹ Per fare un esempio banale, si pensi a Tizio che getta Caio dal dodicesimo piano di un palazzo: non sarà certo necessario scomodare Newton, la cui legge sarà implicitamente assunta, per individuare il nesso causale tra l'evento morte e la condotta di Tizio.

³² Tradotto in termini giudiziari, si può dire, ad esempio, che una persona su mille, all'interno di una certa popolazione, ha gli stessi parametri fonocustici di un'altra persona: quindi l'identità del sonogramma del telefonista di un sequestro di persona con quello proveniente dall'imputato ha un valore di identificazione pari a 1000/1, ma non offre certezza assoluta. Altrettanto può dirsi quanto al potere risolutivo di due identici tracciati del DNA, o per le impronte palmari, o per il gruppo sanguigno, o per le rigature di un proiettile.

ladro. Questo tipo di inferenza non produce conclusioni dotate di necessità logica, poiché la regola si basa semplicemente sulla normalità dell'agire, cioè su quella che viene definita la «comprensione empatica di come si comporta la gente». Talvolta esso ha punti di contatto con le regole scientifiche di tipo probabilistico, come quando certi comportamenti collettivi vengono studiati e classificati, e la loro rispondenza alla regola ha forte solidità ed affidabilità: ma la legge ricavata dall'osservazione è sempre di tipo probabilistico, e se è valida sui grandi numeri, è passibile di deroghe nelle situazioni specifiche³³.

Iniziando brevemente da queste ultime, le cosiddette massime d'esperienza³⁴, va rilevato come queste siano state esplicitamente individuate come categoria concettuale alla fine dell'ottocento³⁵, sebbene chiari precedenti siano rinvenibili nelle riflessioni dei giuristi condotte in epoca anteriore³⁶.

Queste costituiscono «l'enciclopedia o il repertorio di conoscenze dell'uomo medio che il senso comune offre al giudice come strumento conoscitivo - “debole” - per la valutazione del fenomeno probatorio in un determinato contesto storico e culturale.

Le massime d'esperienza possono definirsi come generalizzazioni empiriche tratte con procedimento induttivo³⁷ dall'esperienza comune, indipendenti dal caso presente, che

³³ FASSONE E. *Dalla «certezza» all'«ipotesi preferibile»: un metodo per la valutazione*, in *Quaderni del CSM*, n. 98, *La prova penale*, 1997.

³⁴ «Il punto veramente cruciale del ragionamento probatorio è la scelta della massima d'esperienza. I fatti da soli non significano nulla. Perché acquistino un significato occorre interpretarli. E per interpretarli, occorrono dei criteri: le massime d'esperienza appunto. Queste massime non sono altro che regole di comportamento che, nel loro insieme, imbrigliano, selezionano e spiegano l'intero mondo dell'esperienza. Tuttavia, le massime non sono leggi scientifiche incontrovertibili, [...] ma sono formate da leggi probabilistiche. Inoltre, occorre considerare che il giudice non ha a disposizione un repertorio di massime di esperienza scoperte e brevettate. Il giudice è tenuto a cercare la massima nella selva intricata del sapere contemporaneo e, una volta trovata, deve precisarla per adattarla alla concretezza del caso. In buona sostanza, dunque, il giudice non è un mero fruitore passivo di massime di esperienza». TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2003, 190.

³⁵ La prima delineazione sistematica della nozione è stata offerta da STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893. La definizione viene offerta nel testo più avanti (nota 164).

³⁶ NOBILI M., *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»*, in *Riv. dir. e proc. Pen.*, 1969, 124 nota 1, rinvia affinità tra le massime d'esperienza e le *maximae propositiones* di Pietro Abelardo.

³⁷ La tematica dell'induzione è di importanza capitale in ogni teoria della conoscenza e, più in specifico, in ogni teoria del processo (in particolare in tema di massime d'esperienza e leggi scientifiche). E' inevitabile dedicare alcune parole al tema, segnalando anticipatamente che, per svolgerle, si è attinto largamente a ABBAGNANO N., *Dizionario di filosofia*, Milano, 2000, 482-486 e RUSSELL B., *Storia della filosofia occidentale*, Milano 2001, 636-646.

L'induzione è il procedimento che dai particolari porta all'universale: questa definizione di Aristotele (*Top.*, I, 12, 105a 11) ha trovato concordi tutti i filosofi. Aristotele stesso vede nell'induzione una delle due vie attraverso le quali si realizza la conoscenza; l'altra è la deduzione. (*An. Pr.*, II, 23, 68 b 30). Tra l'induzione e la deduzione, Aristotele stabilisce tuttavia una grande differenza di valore. Nel sillogismo deduttivo («Tutti gli uomini sono animali; tutti gli animali sono mortali; dunque tutti gli uomini sono mortali») il termine medio (animale) costituisce la *sostanza* o la *ragion d'essere* della connessione necessaria tra i due estremi: gli uomini sono mortali *perché* sono *sostanzialmente* animali. Nel ragionamento induttivo invece («L'uomo, il cavallo e il mulo sono longevi; l'uomo, il cavallo ed il mulo sono animali senza fiele; dunque gli animali senza fiele sono

longevi»), il termine medio (l'essere senza fiele) compare nella conclusione: il che vuol dire che esso non è un *perchè* sostanziale ma un semplice fatto (*An. Pr.*, II, 23, 68 b 15). L'induzione è quindi priva di valore necessario o dimostrativo, per quanto sia più chiara del sillogismo; e il suo ambito di validità rimane quello del fatto, cioè della totalità dei casi in cui è stata effettivamente riscontrata valida. Essa può perciò essere usata a fini di esercizio, nella dialettica, o a fini di persuasione, nella retorica (*Rbet.*, I, 2, 1356 b 13): ma non costituisce scienza, perchè la scienza è necessariamente dimostrativa (*An. Post.*, I, 2, 71 b 19).

Dopo che le scienze avevano incominciato ad usare ampiamente il procedimento induttivo, come avvenne nella seconda metà del '600, il problema dell'induzione come problema della *validità* del procedimento induttivo e del diritto di usarlo, fu di nuovo posto ed affrontato. A parlo chiaramente fu, allora, il dubbio scettico di Hume. Diceva Hume: «Tutte le inferenze tratte dall'esperienza suppongono, come loro fondamento, che il futuro rassomiglierà al passato e che poteri simili saranno uniti a simili qualità sensibili. Se ci fosse qualche sospetto che il corso della natura potesse cambiare e che il passato non servisse di regola per il futuro, ogni esperienza diverrebbe inutile e non potrebbe dare origine ad alcuna inferenza o conclusione. È impossibile perciò che argomenti tratti dall'esperienza possano provare la rassomiglianza del passato con il futuro: giacchè tutti gli argomenti siffatti sono fondati sulla supposizione di quella rassomiglianza. Sia pure ammesso che il corso delle cose è stato sempre regolare: questo solo, senza alcun argomento o inferenza nuova, non prova che per il futuro continuerà così».

Strettamente connesso al problema dell'induzione è quello della causalità, oggetto di accessissimi dibattiti anche nel diritto penale moderno e contemporaneo. Anche in questo caso, insuperate sono state le osservazioni del celebre filosofo scozzese.

«Nel passato, la relazione di causalità era stata più o meno assimilata a quella dell'origine e della conseguenza nella logica, ma questo, come Hume comprese esattamente, era un errore. [...] Hume comincia con l'osservare che il potere d'un soggetto di originarne un altro non è discernibile dalle idee dei due soggetti, e che noi possiamo quindi conoscere la causa e l'effetto solo per esperienza non per ragionamento o per riflessione. La frase "ciò che comincia deve avere una causa", dice Hume, non ha una sua certezza intuitiva, come gli enunciati della logica: "non c'è alcun oggetto che implichi l'esistenza d'un altro oggetto, se consideriamo questi oggetti in sè stessi e non guardiamo mai oltre le idee che ci formiamo di essi". Hume ne deduce che dev'essere l'esperienza a darci la nozione di causa ed effetto, ma che non può essere soltanto l'esperienza dei due avvenimenti A e B, che sono tra loro in rapporto causale. Dev'essere l'esperienza, dato che il legame non è logico; e non può essere unicamente l'esperienza dei singoli avvenimenti A e B, dato che non possiamo scoprire nulla in A, preso in sè stesso, che possa spingere A ad originare B. L'esperienza richiesta, dice Hume, è quella del legame costante degli avvenimenti del tipo A con gli avvenimenti del tipo B. Precisa che, quando nell'esperienza due oggetti sono costantemente legati, noi di fatto li deduciamo l'uno dall'altro. (Quando dice "dedurre", intende che il fatto di percepire uno ci fa attendere l'altro; non intende una deduzione formale o esplicita). "Forse è proprio quel legame necessario che dipende dalla deduzione", non viceversa. Vale a dire: vedere A provoca l'aspettazione di B, e ci porta così a credere che ci sia un legame necessario tra A e B. La deduzione non è determinata dalla ragione, dato che questo richiederebbe un'uniformità della natura, che non è necessaria in se stessa, ma soltanto ricavata dall'esperienza.

Hume è spinto così a sostenere che quando diciamo "A causa B" intendiamo solo che A e B sono di fatto sempre collegati, non che c'è un legame necessario tra loro. "Non abbiamo altra nozione di causa ed effetto se non quella di certi oggetti che sono sempre stati collegati tra di loro... Non possiamo penetrare il motivo di questo legame".

Hume appoggia la sua teoria con una definizione del verbo "credere" che è, secondo lui, "un'idea vivida, riferita o associata all'impressione reale". Attraverso questo legame, se A e B nella passata esperienza sono stati sempre collegati, l'impressione di A produce quella vivida idea di B, che costituisce il "credere in B". Questo spiega perché noi crediamo che A e B siano collegati: la percezione di A è collegata con l'idea di B, e così finiamo con il pensare che A sia collegato con B, per quanto questa opinione sia in realtà infondata.

"Gli oggetti non hanno legami accertabili tra loro; né per qualche principio diverso dall'abitudine (che agisce sull'immaginazione) noi possiamo trarre qualche deduzione tra l'apparenza di un oggetto e l'esistenza di un altro oggetto". Hume ripete molte volte l'affermazione che quanto ci appare come un legame necessario tra oggetti è in realtà solo un legame tra le idee di quegli oggetti: lo spirito viene determinato dall'abitudine, ed "è questa impressione o determinazione che provoca in me l'idea di necessità". Il ripetersi degli esempi che ci spinge a credere che A causi B, non aggiunge niente di nuovo all'oggetto, ma dà origine, nello spirito, ad un'associazione di idee; così "la necessità è qualcosa che esiste nello spirito, non negli oggetti". [...]

In quest'ambito la dottrina di Hume si può suddividere in di due parti: 1) quando diciamo "A causa B", tutto ciò che abbiamo diritto di dire è che, nell'esperienza passata, A e B sono apparsi frequentemente insieme o in rapida successione, e non è stato osservato alcun esempio in cui A non fosse seguito o accompagnato da B; 2) per quanti esempi possiamo aver osservato del legame tra A e B, questo non ci dà alcuna ragione per

attenderci che essi saranno congiunti anche in un'occasione futura, pur essendo una causa di questa aspettazione, pur essendo stato, cioè, frequentemente osservato che ciò era legato ad una simile aspettazione. Queste due parti della dottrina possono essere espresse come segue: 1) nella causalità non esiste alcuna relazione indefinibile, eccetto la congiunzione o successione; 2) l'induzione per semplice enumerazione non è una forma valida di ragionamento. [...]

Hume riassume il suo ragionamento come segue: "So benissimo che di tutti i paradossi, che ho avuto o avrò in seguito occasione di proporre nel corso di questo trattato, questo è uno dei più violenti, e che soltanto a forza di solide prove e di ragionamenti posso sperare di farmi dar ragione e di superare gli inveterati pregiudizi dell'umanità. Prima di conciliarci con questa dottrina, quanto spesso dobbiamo ripeterci che la semplice vista di due oggetti qualsiasi comunque in rapporto tra loro, non può mai darci l'idea d'una forza o d'un legame esistenti fra loro; che questa idea nasce dalla frequenza del loro associarsi; che questa frequenza non scopre né provoca alcunché negli oggetti, ma ha un'influenza solo sullo spirito, in cui produce questa abituale trasposizione; che questa abituale trasposizione è, quindi, la stessa cosa della forza e della necessità che in conseguenza sono immaginate dall'anima, e non percepite esternamente nei corpi?" [...]

Hume non si accontenta di ridurre quella che si prende comunemente come prova di una relazione causale all'esperienza di una frequente successione; afferma anche che tale esperienza non giustifica affatto l'aspettativa di successioni simili nel futuro. Per esempio, quando [...] ho davanti a me una mela, la passata esperienza fa sì che io mi attenda ch'essa avrà il sapore d'una mela, e non quello del *roast-beef*; ma non v'è alcuna giustificazione razionale per una simile previsione. Se una tale giustificazione ci fosse, dovrebbe partire dal principio "che quegli esempi, di cui non abbiamo ancora fatto l'esperienza, assomigliano a quelli di cui abbiamo fatto l'esperienza". Questo principio non è logicamente necessario, dato che ci è lecito almeno concepire un cambiamento nel corso della natura. Sarebbe quindi un principio probabilistico. Ma tutti gli argomenti probabilistici presuppongono questo principio, e quindi esso non può esser dimostrato da un argomento probabilistico, e neppure reso probabile da un argomento del genere. "La supposizione che il futuro assomigli al passato non è fondata su argomenti di nessun genere, ma è interamente derivata dall'abitudine". La conclusione è totalmente scettica. [...]

Hume arriva alla disastrosa conclusione che dall'esperienza e dall'osservazione nulla si possa apprendere. Non esiste niente di simile ad una convinzione razionale: "se crediamo che il fuoco riscaldi o che l'acqua rinfreschi, questo è solo perché ci costa troppa fatica pensare altrimenti". Non possiamo fare a meno di credere, ma nessuna convinzione può basarsi sulla ragione. Né una data linea d'azione può essere più razionale di un'altra, dato che tutte sono ugualmente basate su convinzioni irrazionali. [...]

Lo scetticismo di Hume si basa interamente sul rifiuto del principio di induzione. Il principio di induzione, applicato alla casualità dice che se si trova che A è molto spesso accompagnato o seguito da B e non si conosce alcun caso in cui A non sia accompagnato o seguito da B, è probabile allora che alla prossima occasione in cui sarà osservato A, questo sarà seguito o accompagnato da B. Se il principio è sufficientemente esatto, un numero abbastanza elevato di esempi rende la probabilità non molto lontana dalla certezza. Se questo principio o qualsiasi altro da cui possa esser dedotto, è vero, allora le deduzioni causali che Hume respinge sono valide, non certo perché danno la certezza, ma perché danno una probabilità sufficiente per gli scopi pratici. Se questo principio non è vero, ogni tentativo di giungere a leggi scientifiche generali partendo da osservazioni particolari è fallace, e lo scetticismo di Hume è inevitabile per un empirista. Il principio stesso non può naturalmente, senza cadere in un giro vizioso, esser ricavato dall'osservazione di certe uniformità, dato che è richiesto appunto per giustificare deduzioni di questo genere. Deve essere quindi (o deve essere dedotto da) un principio indipendente, non basato sull'esperienza. Finora Hume ha dimostrato che il puro empirismo non è una base sufficiente per la scienza. [...] Ciò che questi ragionamenti dimostrano (e non credo che la dimostrazione possa essere controbattuta) è che l'induzione è un principio logico indipendente, incapace di esser ricavato dall'esperienza o da altri principi logici, e che senza questo principio la scienza è impossibile». RUSSELL B., *Storia della filosofia occidentale*, Milano 2001, 636-646.

«Fondamentalmente tre sono le soluzioni che sono state proposte per risolvere il problema dell'induzione:

1° la soluzione oggettivistica; 2° la soluzione soggettivistica; 3° la soluzione pragmatica.

Quest'ultima soluzione segna il passaggio dalla concezione necessitaristica (presupposta dalle altre due) ad una concezione probabilistica dell'induzione.

1° - La soluzione oggettivistica consiste nel ritenere che esiste un'uniformità della natura che consente la generalizzazione delle esperienze uniformi. Questa soluzione è assai antica perché si trova sostenuta da Filodemo nella sua polemica contro gli Stoici. "Dal fatto che tutti gli uomini della nostra esperienza, diceva Filodemo, sono simili anche rispetto alla mortalità, noi inferiamo che tutti gli uomini universalmente sono soggetti alla morte, dato che nulla si oppone a questa inferenza o ci mostra che gli uomini non siano suscettibili di morte. Facendo appello a questa simiglianza, dichiariamo che, nei rispetti della mortalità, gli uomini fuori della nostra esperienza sono simili a quelli che si manifestano nella nostra esperienza" (*De Signis*,

XVI, 16-29). In questo passo ovviamente il diritto dell'inferenza induttiva viene fondato sulla uniformità rivelata dalle somiglianze. In modo analogo, alla fine della Scolastica, Duns Scoto e Ockham ponevano a base dell'induzione il principio di causalità. Duns Scoto diceva: "Delle cose conosciute per esperienza io dico che, sebbene l'esperienza non si abbia di tutte le cose singolari nè sempre ma solo per lo più, l'esperto tuttavia conosce infallibilmente che è così, sempre e in tutti i casi, sulla base di questa proposizione esistente nell'anima: tutto ciò che deriva per lo più da una causa non libera è l'effetto naturale di questa causa". (*Op. Ox.*, I, d. 3, q. 4, n. 9); nel qual passo, effetto naturale significa effetto uniforme perchè necessario. E la medesima soluzione veniva riproposta nel sec. XIX da Stuart Mill. Il fondamento dell'induzione è il principio delle uniformità delle leggi di natura e tale principio non è che lo stesso principio di causalità. Questo a sua volta, non potendo essere ridotto a un istinto infallibile del genere umano o a un'intuizione immediata, non può essere che il prodotto di un'induzione. "Noi arriviamo a questa legge generale, dice Stuart Mill, mediante generalizzazione da molte leggi di generalità inferiore. Non avremmo mai avuto la nozione della causazione (nel significato filosofico del termine) come condizione di tutti i fenomeni, se molti casi di causazione o, in altre parole, molte parziali uniformità di successione, non ci fossero diventate precedentemente familiari. La più ovvia delle uniformità particolari suggerisce e rende evidente l'uniformità generale e l'uniformità generale, una volta stabilita, ci permette di dimostrare le altre uniformità particolari dalle quali risulta" (*Logic*, III, 21, § 2). L'uniformità della natura non è quindi che una semplice induzione *per enumerationem simplicem*. Il circolo vizioso è evidente. A questo circolo si riduce ogni analoga soluzione del problema.

2° - La seconda soluzione del problema dell'induzione è quella soggettivistica o critica propria del kantismo. Essa fu prospettata dallo stesso Kant come risposta al dubbio di Hume sulla possibilità della generalizzazione scientifica; e consiste nell'ammettere l'uniformità della struttura categoriale dell'intelletto e perciò della forma generale della natura che da esso dipende. Dice Kant che ogni percezione possibile, perciò tutto quello che può giungere alla coscienza empirica - cioè tutti i fenomeni della natura quanto alla loro unificazione - sottostanno alle categorie, dalle quali dipende la natura, considerata semplicemente come natura in generale, come dal principio originario della sua necessaria conformità a leggi (quale natura *formaliter spectata*). Ma neanche la facoltà pura dell'intelletto arriva a prescrivere, mediante le sole categorie, più leggi di quelle sulle quali riposa una natura in generale come regolarità dei fenomeni nello spazio e nel tempo. Le leggi particolari devono quindi essere desunte dall'esperienza (*Crit. R. Pura*, § 26). Questo significa che la natura nella sua conformità alle leggi cioè nella sua uniformità, dipende dalle categorie cioè dalla struttura uniforme dell'intelletto; e che pertanto le uniformità o leggi che si possono ritrovare nell'esperienza sono garantite dall'uniformità della forma comune (intelletto-natura). Questa dottrina è simmetrica e opposta a quella dell'uniformità naturale, ma il suo significato è lo stesso. Una trascrizione in termini spiritualistici della stessa tesi fondamentale è quella di Lachelier (*Fondamento dell'induzione*, 1871), secondo la quale la possibilità dell'induzione poggia sull'ordinamento finalistico dell'universo cioè sul fatto che l'ordine della natura è stabilito dallo spirito. A questo tipo di soluzione si riducono tutte le giustificazioni spiritualistiche o idealistiche.

3° - La giustificazione pragmatica è stata avanzata, nella filosofia contemporanea quando si è riconosciuta l'impossibilità di una giustificazione teoretica ma non si è giunti a negare la legittimità del problema cioè della richiesta di una giustificazione. La giustificazione è stata, in questa direzione, cercata mediante un'interpretazione probabilistica dell'induzione. La più semplice espressione della regola dell'induzione probabilistica è forse quella data da Kneale: "Quando abbiamo osservato un numero di cose a e trovato che la frequenza delle cose β fra esse è f , assumiamo che $P(a, \beta) = f$, cioè che la probabilità che una cosa a sia β dev'essere f " (*Probability and Induction*, Oxford, 1949, 230). Espressioni più complicate della stessa regola sono state date da Lewis (*Analysis of Knowledge*, 1946, 272) e da Reichenbach (*Theory of Probability*, 1949, 446). Ma tutte equivalgono a dire che, quando un determinato carattere ricorre in una certa proporzione dei campioni esaminati, si può assumere che questa proporzione valga per tutti gli altri esempi del caso, salvo prova in contrario. Quando la proporzione è uguale al cento per cento dei campioni esaminati, cioè quando il carattere in questione ricorre in tutti, si ha il caso della generalizzazione uniforme o completa. È questo il caso quando si afferma che tutti gli uomini sono mortali per il fatto che l'essere mortale si è sempre trovato costantemente congiunto con l'essere uomo. Dall'altro lato quando il valore numerico di quella proporzione si assume come misura della possibilità che il carattere in questione ricorra in un nuovo esempio, si ha un giudizio di probabilità.

Con tutto ciò, lo stato attuale del problema dell'induzione sembra bene espresso dalla conclusione di Black che una giustificazione dell'induzione non solo è impossibile, ma che il problema di essa è privo di senso, se per giustificazione s'intende la dimostrazione della validità infallibile del procedimento induttivo. "Insistere che vi dev'essere una conclusione sarebbe come dire che, poichè un buon giocatore di scacchi conosce i movimenti da farsi in una partita di scacchi, egli dev'essere anche capace di sapere i movimenti da farsi in una scacchiera con un solo pezzo. Ma questo non è un problema di scacchi e non c'è niente che il giocatore di

forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade secondo un diffuso consenso nella cultura media e nel contesto spazio-temporale della decisione; nozioni di senso comune (*common sense presumptions*) derivate da una molteplicità di casi particolari, ipotizzati come generali siccome regolari e ricorrenti secondo l'*id quod plerumque accidit*³⁸».

scacchi debba risolvere. Il problema di ciò che dobbiamo inferire quando conosciamo solo che alcuni A sono B non è un genuino problema induttivo e non c'è modo di risolverlo salvo che riconoscendo che sarebbe inopportuno tentarlo. In altri termini, il problema dell'induzione in generale come problema di inferire il futuro dal passato o i casi non osservati da quelli osservati, è un problema privo di senso per mancanza di dati. Se questi dati sono forniti, non esiste più un problema dell'induzione, ma problemi appartenenti ai domini delle singole scienze. Si deve aggiungere tuttavia che l'eliminazione del problema dell'induzione nella sua forma classica non esime il filosofo dall'analisi dei procedimenti induttivi adoperati dalle singole scienze, dal confronto di tali procedimenti e dalle generalizzazioni che da tale confronto possono nascere.

È chiaro tuttavia che quest'ordine di ricerche, a tutt'oggi non ancora intraprese, non condurrà mai a una giustificazione dell'induzione. La giustificazione infatti, se fosse raggiunta, avrebbe per suo effetto immediato l'eliminazione di ogni rischio dei procedimenti induttivi e la riduzione di questi procedimenti alla certezza e alla necessità di quelli deduttivi. In realtà i procedimenti scientifici e in generale i comportamenti e le direttive razionali dell'uomo, consistono nel limitare il rischio cioè nel renderlo calcolabile: non nell'eliminarlo. I problemi filosofici non possono quindi essere posti in modo che la loro soluzione significherebbe l'eliminazione del rischio. Il carattere chimerico di una simile impostazione fa vedere, meglio di ogni altra cosa, l'illegittimità del problema della giustificazione dell'induzione. In forma estrema questa tesi è stata espressa da Popper che ha considerato l'induzione come un semplice mito, che non è un fatto psicologico, nè un fatto della vita ordinaria nè una qualsiasi procedura scientifica; e ha ritenuto che la scienza procede col metodo del *trial and error* cioè salta di colpo, anche da una singola osservazione, a una congettura o a un'ipotesi che poi cerca di confutare e che viene mantenuta finché la confutazione non è riuscita (*Conjectures and Refutations*, 1965, 51 sgg.)» ABBAGNANO N., *Dizionario di filosofia*, op. cit., 484-486.

Le stesse considerazioni sono rinvenibili anche nei più recenti manuali di logica. Il seguente brano, relativo alla fallacia della petizione di principio, è tratto da COPI M.C. COHEN C., *Introduzione alla logica*, Bologna, 1997, 142: «Menti di alta capacità vengono talvolta ingannate dalla fallacia [della *petitio principii*], come è illustrato da una tematica assai controversa nella storia della filosofia. I filosofi si sono a lungo sforzati di stabilire l'affidabilità delle procedure induttive attraverso lo stabilimento della verità di quanto è denominato "principio di induzione". Il principio asserisce che le leggi di natura opereranno domani come operano oggi, che alla base la natura è essenzialmente uniforme, e che possiamo di conseguenza basarci sull'esperienza passata per guidare la nostra condotta in futuro. L'asserzione in discussione dice che "il futuro sarà essenzialmente uguale al passato", ma questa asserzione, sulla quale nessuno ha dubbi nella vita ordinaria, si mostra assai difficile da dimostrare. Alcuni pensatori hanno tuttavia sostenuto di essere in grado di dimostrarla osservando che, quando abbiamo confidato in passato nel principio induttivo, il metodo ci ha sempre aiutato a conseguire i nostri obiettivi. Costoro domandano: perché dovremmo concludere che il futuro sarà sempre come il passato? Perché è sempre stato come il passato. Ma David Hume ha sottolineato come questo argomento comune sia una *petitio*: aggira la questione. Il punto in discussione è se la natura continuerà in futuro a comportarsi con regolarità; il fatto che in passato *si sia* comportata con regolarità non può servire come prova che la natura continuerà a farlo in futuro - a meno che uno assuma il principio stesso che è in discussione: il principio secondo cui il futuro sarà come il passato! Così Hume, dando per accettato che nel passato il futuro è stato come il passato, formulò la domanda pregnante con la quale tuttora combattono i filosofi: in quale modo potremmo sapere che i futuri futuri saranno come i passati futuri? Potrebbero esserlo, naturalmente, ma non possiamo *assumere* che lo saranno allo scopo di *dimostrare* che lo saranno».

Naturalmente il fatto di non poter attingere ad una conoscenza assoluta non implica la rinuncia alla ricerca di ogni tipo di conoscenza, o l'abbandono di ogni utile strumento per orientarsi nella quotidianità: di questo Hume stesso ne era consapevole: il suo ammonimento è celebre: «*Be a philosopher, but amidst all your philosophy, be still a man*».

³⁸ CANZIO G., *Il controllo sulla motivazione tra legittimità e merito "Travisamento del fatto e massime d'esperienza"*, ricerche del CSM, Incontro di studio sul tema: "Legittimità e merito: la dialettica tra i giudici", Roma, 2-4 luglio 2001, 2-3. IACOVIELLO F.M., *Ragionamento probatorio e motivazione della sentenza penale*, in *Ricerche del C.S.M.* n. 640, 2002, rileva che «quando il giudice crea una massima di esperienza, la trae non dall'esperienza del mondo, ma dalla sua esperienza: la quale, essendo un minuscolo frammento dell'esperienza del mondo, è in fondo "inesperienza". Dunque, le massime di esperienza create dal giudice sono le massime della sua inesperienza».

Nel caso delle inferenze basate su massime d'esperienza, il giudizio non potrà esser formulato in termini di certezza: «il grado di fondatezza dell'inferenza deduttiva rispetto alla premessa minore del sillogismo probatorio dipende dalla maggiore o minore precisione del significato conoscitivo della regola extranormativa: dalla legge scientifica generale a quella statistico-quantitativa, alla semplice nozione di senso comune muta la qualità della valutazione di attendibilità e di persuasività dell'inferenza deduttiva, che s'atteggia, di volta in volta, come certa, probabile, verosimile, credibile, oppure vaga e incerta³⁹, ma della quale il giudice non può e non deve fare a meno, pena la perdita delle relazioni di esperienza fra vecchi e nuovi casi e la conseguente irrazionalità dell'operazione decisionale del giudice nel giudizio di fatto⁴⁰». Infatti, «senza le massime di esperienza, di cui gli osservatori meno accorti parlano come di inutili anticaglie, il giudice non potrebbe ragionare; se non ragionasse, la soluzione della questione di fatto sarebbe molto simile ad un gioco d'azzardo⁴¹»; negare l'impiego delle massime d'esperienze «significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva, se non addirittura alla più completa afasia⁴²». Attualmente, poi, è lo stesso legislatore a richiedere nella motivazione della

³⁹ Secondo la Corte di cassazione da differenza tra massime d'esperienza e mera congettura risiede nel fatto che nel primo caso il dato è già stato, o viene comunque sottoposto a verifica empirica e quindi la massima può essere formulata sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*, mentre nel secondo caso tale verifica non vi è stata né può esservi, ed essa resta affidata ad un mero calcolo di possibilità, sicché la massima rimane insuscettibile di verifica empirica e quindi di dimostrazione. Pertanto, poiché il giudizio che viene formulato a conclusione del processo penale non può mai essere di probabilità, ma di certezza, possono traviare ingresso, nella concatenazione logica di vari sillogismi in cui si sostanzia la motivazione, anche le massime d'esperienza, non certo le mere conseguenze. (Cass. pen. sez. I. 15 gennaio 1991, n. 329 (ud. 22 ottobre 1990), Grilli ed altri. La giurisprudenza afferma la necessità che la massima di esperienza sia una regola di comportamento umano, e non una «considerazione di ordine socio-culturale» (Cass., 14 dicembre 1991, P.M in c. Condò. in *Guida dir.*, 1995, 20, 73).

⁴⁰ NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123 ss.; TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 394 ss.; MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Padova, 1993.

⁴¹ CORDERO F., *Procedura penale*, op. cit, 896. Analogamente, si vedano anche NOBILI M., *Nuove polemiche sulle c.d. massime di esperienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 126,159; UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 60; CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639). Tuttavia, come segnalato nello stesso passo riportato, parte della dottrina afferma che «il concetto di massima di esperienza non ha alcuna utilità per la scienza processualistica e quindi può venire da essa definitivamente abbandonato» (CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 105); in senso analogo MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 83 ss., 162 ss., 187, nonché SABATINI, voce *Prova (Diritto processuale penale e Diritto processuale militare)*, in *Noviss. Dig. It.* XIV, Torino, 1967, 307 ss, e, più recentemente, MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli 1992, 209, il quale propone, peraltro, di «desumere dalla passata esperienza [...] le procedure di interpretazione della realtà, e cioè le garanzie di un corretto adattamento del processo conoscitivo alle particolarità del caso concreto così come sperimentato in situazioni analoghe a quella avvicinata», ma senza indicare né i caratteri di tali «procedure», né i criteri impiegabili per valutare l'esattezza dell'individuazione e dell'applicazione delle medesime.

⁴² UBERTIS G., *Prova (in generale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, 308.

pronuncia, come si evince dall'art. 192, 1° comma c.p.p., l' «indicazione dei criteri di valutazione [massime d'esperienza] utilizzati per vagliare il fondamento della prova⁴³».

Come risulta anche dalla classica definizione di Stein⁴⁴, appare evidente l'inevitabile «scarto» esistente tra, da un lato, l'attribuzione ad esse delle caratteristiche di «indipendenza» ed «autonomia» dal caso concreto e dai precedenti casi simili, e dall'altro, la corretta configurazione delle modalità ricostruttive delle massime, la cui validità generale viene fondata proprio sull'esperienza passata. La generalizzazione effettuata con la massima d'esperienza viene ottenuta attraverso l'individuazione di caratteri «comuni» presupposti come presenti in eventi passati assunti come dati di partenza, con l'esclusione (o la svalutazione) appunto di quei casi che potrebbero smentire siffatta generalizzazione. Ma l'assolutizzazione degli elementi iniziali, mancando un accordo sulla loro scelta, non può evitare il rischio di essere confutata da almeno un'altra massima d'esperienza (magari opposta).

Non si può allora prescindere né dall'impossibilità logica di «trasformare in assoluto ciò che per sua natura non è che relativo, perché corrisponde o può corrispondere all' *id quod plerumque accidit*, ma non certo all' *id quod semper necesse*⁴⁵» né dalla constatazione secondo cui «il massimo che si può indurre dalla osservata regolarità di caratteristiche presenti in un certo numero di eventi particolari, è un'illazione ipotetica circa l'eventualità che le stesse caratteristiche si presentino o si siano presentate nei casi non osservati⁴⁶».

La massima d'esperienza, «può pertanto fungere solo da premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego delle massime d'esperienza avrebbe quindi una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile. [...] Funzione precipua delle

⁴³ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, op cit., 61, dove peraltro (e conviene segnalarlo per evitare equivoci con quanto verrà esposto) viene impiegata una nozione lata di massima d'esperienza, comprensiva anche delle leggi scientifiche.

⁴⁴ Le massime di esperienza sono «giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue circostanze singole, guadagnate mediante l'esperienza, ma autonome rispetto ai singoli casi dalla cui osservazione sono tratte, e oltre i quali pretendono valere per altri casi». STEIN F., *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, op. cit., secondo la ormai «classica» traduzione di CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale (Il concetto giuridico di prova)*, Roma, 1915, 78 nota 2.

⁴⁵ CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962, 175.

⁴⁶ TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 207.

massime d'esperienza è dunque quella topico-euristica: esse, consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *topoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare⁴⁷».

Contigua a quella delle massime d'esperienza, è la tematica relativa alle leggi scientifiche, considerando che d'ora in avanti con quest'ultima locuzione ci si riferirà esclusivamente, salvo diversa ed esplicita indicazione, alle leggi scientifiche non probabilistiche (o universali). L'impiego di leggi probabilistiche, infatti, mentre da una parte (se effettuato in sede di valutazione concernente l'accettabilità di un'ipotesi ricostruttiva della regiudicanda in base agli elementi gnoseologici processualmente disponibili) condurrebbe il giudice all'uso di calcoli numerici analoghi a quelli utilizzati nei sistemi di prova legale; dall'altra, non potrebbe offrire una garanzia conoscitiva sostanzialmente differente da quella originata dalle massime d'esperienza, cui pertanto tali leggi vanno equiparate sotto questo profilo⁴⁸.

⁴⁷ UBERTIS G., *Prova (in generale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, 309.

⁴⁸ Trattando dell'induzione, si è accennato a quella che la logica definisce fallacia della *petitio principii* (in cui incorre chi assume la verità di quanto cerca di dimostrare, nel tentativo di dimostrarlo; si veda anche, in merito alle fallacie del ragionamento, nota 24, cap. I, parte I). E' opportuno richiamare anche un'altra fallacia di rilevanza: la «falsa causa»: si conclude che un evento è causato da un altro evento semplicemente perché lo segue: *post hoc, ergo propter hoc*. Sebbene l'errore di chi stabilisce una connessione causale quando è presente una mera successione temporale parrebbe evidente, in alcuni casi perfino i più accreditati scienziati risultano vittime della fallacia di falsa causa.

Perfino un'elevata probabilità statistica, interpretata come «sintomo» di una dipendenza causale, non garantisce l'imputazione causale dell'evento singolo. Ad esempio, si considera statisticamente provato che il fumo può «produrre» il cancro al polmone, tuttavia non soltanto ci sono accaniti fumatori che non contraggono il cancro al polmone, ma ci sono anche molte persone che contraggono tale cancro senza aver mai fumato (quindi il fumo non ne costituisce la *conditio sine qua non*). Pertanto, perfino se riscontriamo un cancro al polmone in un fumatore non possiamo concludere con certezza che il fumo ne è stata la causa.

A fortiori, una correlazione statistica di bassa frequenza non è assolutamente in grado di stabilire l'imputazione causale dell'evento singolo. Ci si può chiedere, allora, perché si attribuisce importanza alle rilevazioni statistiche come indicazioni di rischi nei confronti di determinati eventi indesiderati. La risposta è facile: la correlazione statistica permette di ricavare una conclusione essa pure statistica circa determinate correlazioni, e suggerisce quindi una profilassi ragionevole. Se, ad esempio, risulta statisticamente che il cancro al polmone colpisce in percentuale molto più elevata i fumatori, piuttosto che i non fumatori, sarà ragionevole condurre una campagna contro il fumo, perché si può essere «praticamente» certi che, sul complesso della popolazione che accetterà di astenersi dal fumo, il cancro al polmone diminuirà.

Appare pertanto chiara la diversa *ratio* dell'uso delle correlazioni statistiche fra eventi di tipo A e B: se la correlazione è molto bassa, è ragionevole ritenere che si tratti di semplici occorrenze casuali o fortuite; se essa raggiunge valori significativi, si può ragionevolmente pensare che indichi la presenza di eventi di tipo A fra le cause di eventi di tipo B, e che quindi il prodursi di A possa costituire un certo rischio di veder prodursi B. Ne consegue che se si vuole evitare B, sarà ragionevole evitare A. Tale ragionevolezza diverrà tanto maggiore quanto più elevato è il grado della correlazione, e quanto maggiore è il peso che si attribuisce al voler escludere il prodursi di B. In altri termini, si tratta di un giudizio di tipo non già conoscitivo, bensì pratico (o di saggezza). Diverso è il caso della finalità conoscitiva. In questo caso la correlazione statistica non è inutile, anche nella ricerca delle cause dell'evento singolo: se un malato presenta certi sintomi di tipo B, e questi sono correlati con frequenza molto prossima ad 1 a fattori di tipo A, è immediato puntare su A come causa di B ed eliminare A per far scomparire B. Ma se la correlazione è solo «abbastanza elevata» ciò non è già più garantito,

Tuttavia, gli stessi argomenti impiegati per contestare l'“assolutezza” di una massima d'esperienza o una legge scientifica probabilistica potrebbero essere utilizzati anche nei confronti di una legge scientifica di forma universale, dato che entrambe sembrerebbero fondarsi, in ultima istanza, su un procedimento induttivo concludentesi con una generalizzazione di dati empirici⁴⁹; ad ambedue potrebbe quindi opporsi il «rilievo che

e ancor meno lo è se questa è piuttosto bassa. In tali casi bisognerà ricorrere a diverse congetture e adottare diverse terapie, finché quella che ha successo consentirà di concludere che «in realtà» B era causato da tale o tali fattori, fra i quali forse A non rientrerà neppure. In altri termini, in questi casi, le correlazioni individuate consentono di identificare certi campi di possibilità particolarmente plausibili e di tentare delle indagini conoscitive di confronto di tipo «eliminativi», nel senso che si ritiene individuata la causa quando, rimossa questa, risulta eliminato l'effetto. È ovvio, però, che questo procedimento conoscitivo è inapplicabile quando non v'è alcuna possibilità di far scomparire l'effetto singolo considerato e già accaduto (ad esempio se questo è un decesso).

Il metodo epidemiologico per esempio, può rendere alcuni servizi nella ricerca delle cause purché se ne riconoscano meriti e limiti. L'epidemiologia è lo studio della frequenza e della distribuzione delle malattie e dei fattori di rischio per le malattie nelle popolazioni umane. Per sua natura essa ha quindi a che fare con *collettivi* e la sua utilità, da tempo riconosciuta, consiste nel progettare misure di prevenzione o protezione che riguardano *l'intera popolazione* e che, se osservate, si traducono anche in vantaggi per *i singoli individui*. Essa ha dunque relazione con l'aspetto causale, ma nel senso che, consentendo di ipotizzare certe relazioni di causa-effetto fra determinati fattori patogeni e certe malattie diffuse, può indurre ad «eliminare» le presunte cause, secondo il tipo di ragionamento pratico o di saggezza di cui si è detto. AGAZZI La *spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. dir. e proc. Pen.*, 1999, 393.

⁴⁹ Come si è detto, le conoscenze ottenute attraverso il procedimento induttivo non possono in nessun caso esser ritenute in linea assoluta certe: questo riguarda tanto le massime d'esperienza (il che è abbastanza evidente), quanto le leggi scientifiche. Ovviamente nessuno ha intenzione di cadere in eccessi irrazionalistici e negare la validità - quantomeno pratica - delle leggi universali pacificamente accettate dalla comunità scientifica e, conseguentemente, da ogni branca del sapere che ad essa fa riferimento.

Il modello oggi adottato è quello nomologico-deduttivo proposto dai neoempiristi: «il nerbo di questa concezione consiste nell'attribuire alle leggi scientifiche la caratteristica di esprimere il massimo grado di oggettività e attendibilità conseguibile dall'uomo e nel vedere in esse la maniera più adeguata di comprendere e spiegare il mondo, oltre che l'unica vera base “razionale” per agire in esso. [...]

Secondo la concezione neoempirista, la spiegazione di un evento singolo consiste in una deduzione logica in cui figurino fra le premesse almeno una legge universale (che è invalso l'uso di chiamare “legge di copertura”) e un certo numero di premesse fattuali (che descrivono quelle che solitamente vengono dette “condizioni iniziali” e “condizioni al contorno”), tali che la legge (o le leggi) in premessa si applichi a tali premesse fattuali e, dopo un numero finito di deduzioni logiche (che in certi casi possono assumere il carattere di calcoli matematici), conduca come conclusione all'enunciato che descrive, nel linguaggio di quella scienza in cui sia le leggi che le condizioni iniziali e al contorno sono state formulate, l'evento singolo. Tale enunciato E costituisce l'*explanandum*, mentre l'*explanans* è costituito dall'insieme delle leggi di copertura L e dall'insieme delle condizioni iniziali e al contorno C:

L & C implica E.

Si possono notare alcune cose:

- a) la legge o le leggi di copertura debbono essere universali;
- b) le condizioni iniziali e al contorno sono fattuali e contingenti;
- c) l'implicazione logico-deduttiva è necessaria.

Per le ragioni anzidette si comprende perché questo modello della spiegazione scientifica è stato chiamato nomologico-deduttivo.

Su questa base l'epistemologia contemporanea ha tentato un notevole recupero della nozione di causalità, identificando in pratica la spiegazione causale con la spiegazione nomologico-deduttiva. Affinché questa sussunzione non risulti troppo arbitraria, è importante vederne alcune ragioni.

Tenuto conto dell'impostazione empiristica e antimetafisica dell'epistemologia neopositivista, il rapporto causale viene inteso come una *regolarità*, senza la pretesa né di “vedere” l'atto di “produzione” dell'effetto da parte della causa, né di attribuire tale causazione a proprietà “essenziali” insite negli enti osservati. Per altro verso, si accetta che la causalità debba aggiungere alla regolarità anche la caratteristica della *necessità*.

l'esperienza empirica non è di per sé in grado di pervenire ad asserzioni generali, e si limita necessariamente a constatare delle uniformità nel verificarsi di eventi tra loro abbastanza simili⁵⁰». Anche le teorie scientifiche «sono solo un “testo” che presume esplicitivo del

Sembrerebbe che questa caratteristica sia assicurata dalla necessità della deduzione logica, ma questa non è in realtà sufficiente. La richiesta che fra le premesse figurino leggi *universali* si fonda proprio sul presupposto che tale universalità sia l'espressione di una qualche *necessità*. Ovviamente, la scienza e l'epistemologia moderna lasciano completamente indeterminata la natura epistemica delle leggi, per la già menzionata diffidenza verso precisazioni “metafisiche”, ma va sottolineato che di fatto il ruolo della necessità viene interamente scaricato sul requisito dell'universalità: proprio perché si ritiene che una legge universale esprima un nesso causale (quindi necessario) tra fenomeni, ha senso ritenere che questo nesso continui a valere anche quando la legge si applica alle condizioni espresse in C, e pertanto dia luogo ad un nesso non puramente “logico”, ma anche “causale” con l'evento E da spiegare. [...]

Due difficoltà più serie riguardano il tipo di necessità che si può attribuire alle leggi fisiche: essa non è certamente una pura necessità *logica* (tant'è vero che per stabilire dette leggi è indispensabile ricorrere all'esperienza e, inoltre, il fatto che proprio *questa* legge fisica e non un'altra valga in questa circostanza è un fatto *contingente*). Se la necessità che si ritiene inclusa in una legge naturale non è identificabile con una necessità logica (in quanto non sarebbe contraddittorio pensare che la legge non valga) e deve quindi essere di qualche altro tipo, di quale tipo sarà mai?

La pura universalità, evidentemente, non basta: se stabilisco con assoluta certezza che *tutte* le monete contenute ora nel mio borsellino sono pezzi da 100 lire, posso correttamente dedurre che, se estraggo una moneta dal borsellino, questa sarà un pezzo da 100 lire; ma chi vorrà sostenere che la “causa” del suo essere una moneta da 100 lire è il fatto di esser stata estratta dal mio borsellino? In altri termini, come distinguere una *universalità nomica* (quella che si esige dalle leggi) da una pura *universalità statistica*? [...]

Possiamo quindi concludere che, pur con la consapevolezza dei limiti indicati, l'adozione del modello nomologico-deduttivo come traduzione del nesso causale costituisce tuttora lo strumento più adeguato, o il meno inadeguato, per venire a capo della determinazione della causa di un evento individuale o singolo.

Per ragioni di obiettività si deve per lo meno accennare a difficoltà di fondo che, ancorché spesso non esplicitamente espresse, emergono nei confronti del punto di vista sopra espresso all'interno dell'epistemologia, in primo luogo, di Popper. In questa epistemologia non esistono, a stretto rigore, delle *leggi* naturali con quel valore di universalità e necessità che gli empiristi logici loro attribuivano. Secondo Popper, tutte le leggi, anche le semplici generalizzazioni empiriche, sono *congetture* che stanno in piedi fino a quando non si scopra un evento empirico che le contraddice: è ben vero che, anche secondo Popper, la spiegazione scientifica ha la struttura del processo nomologico-deduttivo sopra descritto, ma essa è del tutto provvisoria e in linea di principio refutabile. Si capisce allora che, se vogliamo usare questo modello per l'imputazione causale (ossia per l'attribuzione di un certo evento ad una ben determinata causa), ci vediamo svanire proprio quel carattere di necessità delle leggi su cui esso poggia. Per di più, sempre secondo Popper, anche la determinazione dei fatti empirici costituenti le condizioni iniziali e al contorno è soggetta alla medesima provvisorietà. Solo la necessità del nesso logico rimane intatta, ma è ovvio che, dal punto di vista popperiano, l'imputazione causale dell'evento singolo rimane sempre solo *congetturale* e più o meno incerta.

Ancor più drastiche sono le conseguenze del punto di vista espresso da Kuhn, Feyerabend e altri epistemologi detti post-empiristi. Secondo costoro, leggi e teorie non sono garantite (sia pure con gradi diversi di certezza) dal rispetto dell'evidenza empirica e del rigore logico, bensì dall'accettazione di certi “paradigmi” aprioristici adottati dalla comunità scientifica in un certo momento storico, e che possono venire semplicemente abbandonati e rimpiazzati da altri opposti in base a motivi puramente contingenti e di tipo socio-culturale, paradigmi che non solo possono condurre a mutare le leggi di riferimento, ma anche a “vedere diversamente” i fatti empirici e a considerare o meno cogenti le argomentazioni logiche.

[...] prese nel loro aspetto corretto [queste posizioni] inducono ad adottare una serie di cautele critiche nell'accettazione di teorie scientifiche spesso ritenute salde senza adeguati supporti, o tenute in piedi con ipotesi *ad hoc*, e che, in ogni caso, obbligano a tener sempre strettamente conto della *relativizzazione al contesto di riferimento* e delle *metodologie di accertamento empirico* di volta in volta adottate (e dei loro limiti di validità e generalizzabilità). Con queste cautele, dunque, è possibile continuare a dar credito alla ricerca di cause di un evento singolo mediante il ricorso al modello nomologico-deduttivo, opportunamente affinato secondo quanto diremo in seguito».

⁵⁰ TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 205. «La nostra vita intellettuale e pratica non è una mera successione caotica di impressioni [...] e di idee; per necessità noi assumiamo come validi, sebbene rivedibili, “schemi esplicativi” che ci rendono intellegibili il mondo degli eventi naturali e il mondo delle

mondo; e hanno senso solo in virtù di una particolare “congruenza” con sistemi scientifici comunemente accettati; sono “schemi esplicativi”, che per lo più riguardano il mondo naturale, e sono dotate di una particolare attendibilità, in quanto godono del consenso di comunità altamente qualificate, come le comunità scientifiche⁵¹».

Non a caso, emerge spesso la tendenza ad includere nella nozione di massima d’esperienza le leggi scientifiche⁵², sebbene poi il bisogno di una distinzione venga fatto affiorare proprio da chi, avendo inserito in un’unica classe massime e leggi⁵³, riconosce la necessità di discriminare tra “vere” e “false” massime d’esperienza, reputando “vera” appunto una legge scientifica: il punto è che “altra cosa è dubitare della conoscenza scientifica che domani sorgerà il sole; altra cosa discutere sul valore di una regola del tipo: è probabile che non si lavori gratuitamente⁵⁴». La differenza è strutturale: essa consiste, come si è detto, nella peculiarità delle leggi scientifiche di essere inserite in (e giustificate da) un sistema di asseriti generalmente accettato, a differenza delle massime d’esperienza che vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Come conseguenza di siffatta particolarità, «le leggi scientifiche si sottraggono alle limitazioni delle generalizzazioni meramente empiriche; per effetto del loro riferimento ad un apparato nomologico o teorico, sono infatti formulate «su basi almeno in parte diverse da quelle costituite dai dati d’esperienza, singolarmente o globalmente presi⁵⁵», poiché ciascuna legge scientifica «indicherà che vi sono altre ragioni per credere in essa oltre alla prova dei suoi singoli esempi⁵⁶».

Inoltre, mentre le massime d’esperienza possono non soltanto essere utilizzate, ma, in maniera razionalmente giustificabile, anche costruite o reperite dall’organo giudicante richiamandosi al bagaglio delle proprie osservazioni (pure professionali), le leggi scientifiche

vicende umane». MACCORMICK N., *Coherence in Legal Justification*, in PECZENIK A., LINDAHL L., VAN ROERMUNDS B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, trad. it., in AA.VV., *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura di COMANDUCCI P. e GUASTINO R., Torino, 1987, 259.

⁵¹ NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 214-215.

⁵² Ad es., BELLAVISTA, *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, 182-183; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 101; CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale (il concetto giuridico di prova)*, Roma, 1915, 75; FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, 66; GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, 41; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, 114.

⁵³ NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d’esperienza»*, in *Riv. dir. e proc. Pen.*, 1969, 144, 186, 193.

⁵⁴ NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d’esperienza»*, op. cit., 184.

⁵⁵ TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 206.

⁵⁶ BRAITHWAITE, *La spiegazione scientifica. Uno studio sulla funzione della teoria, della probabilità e delle leggi nella scienza* (1953), trad. it., Milano, 1966, 280. Analogamente, NAGEL, *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica* (1961), trad. it., Milano, 1968, 66 ss.; e HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali* (1966), trad. it., Bologna, 1968, 91-92.

sono indipendenti dal caso concreto oggetto dell'indagine, così che non è consentito al giudice di riconoscerle come tali (e quindi applicarle) secondo la ritenuta opportunità di desumere un particolare risultato da una determinata circostanza. Il giudice, dunque, riguardo alle leggi scientifiche «deve essere un “consumatore”, non un “produttore”⁵⁷». E se per questo aspetto la situazione è analoga a quella dello storico⁵⁸, non ci si può esimere dall'aggiungere che «per il giudice penale il vincolo all'osservanza delle leggi scientifiche - che per lui, nonostante la loro determinatezza socio-storica, assumono la funzione di premesse “certe” del ragionamento - trova il suo fondamento anche in ambito costituzionale. Sostenere il contrario, infatti, implicherebbe almeno, qualora le leggi scientifiche influissero sulla determinazione della fattispecie, violare il principio di tassatività di quest'ultima, scaturente dall'art. 25, 2° comma⁵⁹».

Naturalmente, il campo dell'esperienza empirica su cui opera la prova basata su leggi scientifiche (universali o probabilistiche) non può essere definito *a priori*, essendo esso essenzialmente connotato da confini mobili: il campo della prova scientifica tende infatti ad ampliarsi con l'evoluzione delle conoscenze e delle metodologie scientifiche⁶⁰: ogni nuova tecnica scientifica, che abbia qualche utilità per la conoscenza di fatti giuridicamente rilevanti, viene automaticamente attratta nell'orbita del mondo del diritto e utilizzata nel processo⁶¹

Non può che esser ribadito l'insegnamento dell'epistemologia popperiana⁶²: tra verificabilità e fallibilità non può che esserci un'insuperabile asimmetria: miliardi e miliardi di conferme

⁵⁷ STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975, 153.

⁵⁸ Nella storia, dal momento che lo scopo della ricerca non è lo stabilire delle leggi, le leggi necessarie per la spiegazione dovrebbero derivare da altri campi [...] Lo storico, come hanno detto C.B. Joynt e Nicholas Rescher, «non è un produttore di leggi generali, ma un consumatore delle medesime» (DRAY, *Filosofia e conoscenza storica*, 1964, trad. it., Bologna, 1973, 18, che trae la citazione da JOYNT-RESCHER, *Il problema dell'unicità in storia*, 1961, trad. it., in AA.V.V., *La spiegazione storica. Prospettive recenti nella filosofia analitica*, a cura di Simili, Parma, 1984, 39.

⁵⁹ UBERTIS G., *Prova (in generale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, 310.

⁶⁰ Davvero numerosi sono gli esempi delle nuove prove scientifiche: i test genetici del DNA, gli esami biologici, le analisi chimiche e tossicologiche, gli esami psicologici, le informazioni desumibili da studi epidemiologici, da sperimentazioni su animali, da calcoli statistici e bio-statistici, la ricostruzione della dinamica dell'evento mediante il computer, il metodo spettrografico di riconoscimento vocale (*voice-print*), la stilometria come tecnica di misurazione qualitativa dello stile letterario di una persona per l'attribuzione ad essa di una dichiarazione scritta o orale ecc.

⁶¹ TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 687 ss.

⁶² *In primis* da Popper, il cui pensiero non solo è stato richiamato durante la seduta della commissione parlamentare del 4 febbraio 1987 per la discussione del nuovo codice di procedura penale, ma è ben noto in dottrina e nella giurisprudenza più attenta (si veda, ad es., la celebre sentenza Franzese in merito all'accertamento del rapporto di causalità: Cass. Sez. Un. Pen., 11 settembre 2002, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2002, 1133).

Partendo da una radicale critica al principio di induzione, base su cui poggia il sapere scientifico, Popper giunge alla conclusione che «il vecchio ideale scientifico dell'*episteme* - della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile - si è rivelato un idolo. Non il *possesso* della conoscenza, della verità irrefutabile, fa l'uomo di scienza, ma la *ricerca* critica, persistente e inquieta, della verità» (POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica*, trad. it. 1970, 311).

Senza richiamare quanto illustrato precedentemente in relazione alla teoria della induzione, va ricordato un punto connesso ad essa, ossia l'idea per cui la mente del ricercatore dovrebbe essere una mente priva di presupposti, di ipotesi e di sospetti e di problemi, insomma una *tabula rasa* su cui verrebbe poi a rispecchiarsi il libro della natura. Questa idea è ciò che Popper chiama *osservativismo* e che egli considera un mito.

L'osservativismo è un mito filosofico, giacché la realtà è che noi siamo una *tabula piena*, una lavagna piena dei segni che la tradizione o evoluzione culturale vi ha lasciato sopra. L'osservazione è sempre orientata da aspettative teoriche: «Capovolgo la situazione nei confronti di quelli che pensano che l'osservazione deve precedere le aspettative e i problemi e asserisco addirittura che, per ragioni logiche, l'aspettazione non può precedere tutti i problemi, anche se, ovviamente, qualche volta precederà alcuni problemi: ad esempio, quei problemi che sorgono da un'osservazione che ha disilluso alcune delle nostre aspettative o che ha confutato alcune delle nostre teorie. Ora, questo fatto - il fatto cioè che l'osservazione non può precedere tutti i problemi - si può illustrare con un semplice esperimento, che io desidero eseguire, col vostro permesso, prendendo voi stessi come cavie. Il mio esperimento consiste nel chiedervi di osservare, qui ed ora. Spero che voi tutti stiate cooperando, ed osservate! Ma temo che qualcuno di voi, invece di osservare, provi il forte impulso di chiedermi: "Che cosa vuoi che osservi?". Se questa è la vostra risposta, allora il mio esperimento è riuscito. Infatti, quello che sto tentando di mettere in chiaro è che, allo scopo di osservare, dobbiamo avere in mente una questione ben definita, che possiamo essere in grado di decidere mediante l'osservazione. Charles Darwin lo sapeva, quando scrisse: "Com'è strano che nessuno veda che ogni osservazione non può non essere pro o contro qualche teoria...". Come ho detto prima, non posso sperare di convincervi della verità della mia tesi, secondo cui l'osservazione viene dopo l'aspettazione o l'ipotesi. Ma spero di essere stato capace di mostrarvi che può esistere un'alternativa alla venerabile dottrina secondo cui la conoscenza - e specialmente la conoscenza scientifica - parte dall'osservazione». (POPPER K.R., *Scienza e filosofia*, op. cit., 140-141).

Un esperimento o prova presuppone sempre *qualcosa* da sperimentare o da provare. E questo qualcosa sono le ipotesi (o congetture, o idee, o teorie) che si inventano per risolvere i problemi.

La mente purgata dai pregiudizi non è, afferma Popper, una mente pura: essa sarà soltanto una mente vuota. Noi operiamo sempre con teorie, anche se spesso non ne siamo consapevoli.

Dunque: secondo Popper non si ha procedimento induttivo, e l'idea della mente come *tabula rasa* è un mito. Per Popper la ricerca non parte da osservazioni, ma sempre da problemi: «da problemi pratici o da una teoria che si è imbattuta in difficoltà: che cioè ha fatto nascere *aspettazioni* e poi le ha deluse».

Un problema è un'aspettazione delusa. Nella sua natura logica, un problema è una contraddizione tra asserti stabiliti; e la meraviglia e l'interesse sono gli abiti psicologici di quel fatto logico che è la contraddizione tra due teorie o almeno tra una conseguenza di una teoria e una proposizione che presumibilmente descrive un fatto. E i problemi scoppiano proprio perché noi siamo una «memoria» biologica-culturale, frutto di una evoluzione prima biologica e poi eminentemente culturale.

Quando, infatti, un pezzo di «memoria», cioè una aspettativa (o ipotesi o pregiudizio) urta con un'altra aspettativa o con un qualche pezzo di realtà (o fatti), allora abbiamo un problema. La correlazione tra quell'insieme di aspettative che è la nostra «memoria» culturale e i problemi è così descritta da Popper: «Qualche volta, mentre scendiamo una scala, ci accade di scoprire improvvisamente che ci aspettavamo un altro scalino (che non c'è), o al contrario che non ci aspettavamo nessun altro scalino, e invece ce n'è ancora uno. La spiacevole scoperta di esserci sbagliati ci fa rendere conto di aver avuto certe aspettative inconscie. E mostra che ci sono migliaia di tali aspettative inconscie».

La ricerca, dunque, inizia dai problemi; ricerchiamo appunto la soluzione di problemi.

E per risolvere i problemi occorre *l'immaginazione creatrice* di ipotesi o congetture; c'è bisogno di creatività, della creazione di idee «nuove e buone», buone alla soluzione del problema.

E qui è necessario richiamare la distinzione, sulla quale Popper insiste spesso, tra *contesto della scoperta* e *contesto della giustificazione*. Una cosa è il processo psicologico o *genesì* delle idee; un'altra cosa, ben diversa dalla genesi delle idee, è la loro prova. Le idee scientifiche non hanno fonti privilegiate: possono scaturire dal mito, da metafisiche, dal sogno, dall'ebbrezza, ecc. Ma quel che importa è che esse vengano provate di fatto. Ed è ovvio che, al fine di venir provate di fatto, le teorie scientifiche debbono essere provabili o controllabili di principio.

La ricerca inizia dai problemi. Per risolvere i problemi bisogna inventare ipotesi quali tentativi di risoluzione. Una volta proposte, le ipotesi vanno provate. E queste si provano estraendo da esse conseguenze e andando a

non rendono certa una teoria mentre basta un solo fatto negativo per confutarla: «un insieme finito di asserti di base, se veri, può falsificare una legge universale; mentre, sotto nessuna condizione, potrebbe verificare una legge universale⁶³».

vedere se tali conseguenze si danno o non si danno. Se si danno diciamo che l'ipotesi è per il momento confermata; se invece, almeno una conseguenza non si dà, diciamo che l'ipotesi è falsificata. In altri termini, dato un problema P e una teoria T proposta come sua soluzione, noi diciamo: se T è vera, allora dovranno darsi le conseguenze P1 P2, P3 . . . Pn, che se si danno confermano la teoria, mentre se non si danno la smentiscono o falsificano, cioè la dimostrano falsa. Da ciò si vede che una teoria, per essere provata di fatto, deve essere provabile o controllabile di principio, deve in altre parole essere falsificabile, tale cioè che da essa siano estraibili conseguenze che possono venire confutate, cioè falsificate dai fatti. Se, infatti, da una teoria non è possibile estrarre conseguenze possibili di controllo fattuale, essa non è scientifica. Anche se qui occorre badare che una ipotesi metafisica oggi può diventare scientifica domani (come è stato il caso dell'antica teoria atomistica, metafisica ai tempi di Democrito, scientifica all'epoca di Fermi).

In questa estrazione di conseguenze dalla teoria sotto controllo e nel loro confronto con quegli asserti di base (o protocolli) che, per quanto ne sappiamo, descrivono i «fatti», consiste il metodo deduttivo dei controlli. Controlli che non trovano mai, dalla prospettiva logica, un punto definitivo di arresto, giacché, per quante conferme una teoria possa avere avuto, essa non è mai certa, in quanto il prossimo controllo può smentire la teoria. Questo fatto logico rende conto della storia della scienza, dove vediamo teorie, che avevano resistito per decenni e decenni, crollare sotto il peso dei fatti contrari.

In realtà esiste una asimmetria logica tra verifica e falsificazione: miliardi e miliardi di conferme non rendono certa una teoria (quale, per esempio, «tutti i pezzi di legno galleggiano in acqua»), mentre un sol fatto negativo («questo pezzo di ebano non galleggia») falsifica, dal punto di vista logico, la teoria. È su questa asimmetria che Popper innesca il comando metodologico della falsificazione; siccome una teoria, per quanto confermata, resta sempre smentibile, allora bisogna tentare di falsificarla, perché prima si trova un errore, prima lo si potrà eliminare con l'invenzione e la prova di una teoria migliore di quella precedente. In questo modo, l'epistemologia di Popper rende conto della forza dell'errore.

Da tutto ciò si comprende la centralità dell'idea di falsificabilità nell'epistemologia di Popper: «Io ammetterò certamente come empirico, o scientifico, soltanto un sistema che possa essere controllato dall'esperienza. Queste considerazioni suggeriscono che, come criterio di demarcazione, non si deve pretendere la verificabilità, ma la falsificabilità di un sistema. In altre parole: da un sistema scientifico non esigerò che sia capace di esser scelto, in senso positivo, una volta per tutte; ma esigerò che la sua forma logica sia tale che possa essere messo in evidenza, per mezzo di controlli empirici, in senso negativo: *un sistema empirico deve poter essere confutato dall'esperienza*. (Così l'asserzione "Domani qui pioverà o non pioverà" non sarà considerata un'asserzione empirica, semplicemente perché non può essere confutata, mentre l'asserzione "Qui domani pioverà" sarà considerata empirica)» (POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica*, op. cit., 22). In tal modo sarà possibile individuare le basi empiriche della scienza: «Le asserzioni-base a cui ci arrestiamo, che decidiamo di accettare come soddisfacenti e come sufficientemente controllate hanno sicuramente il carattere di dogmi, ma solo in quanto possiamo desistere dal giustificarle mediante ulteriori argomentazioni (o ulteriori controlli). Tuttavia questo genere di dogmatismo è innocuo perché, se ce ne fosse bisogno, sarebbe facile sottoporre queste asserzioni a ulteriori controlli». (POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica*, op. cit., 100). «La base empirica delle scienze oggettive non ha in sé nulla di "assoluto". La scienza non posa su un solido strato di roccia. L'ardita struttura delle sue teorie si eleva, per così dire, sopra una palude. È come un edificio costruito su palafitte. Le palafitte vengono conficcate dall'alto, giù nella palude: ma non in una base naturale o "data"; e il fatto che desistiamo dai nostri tentativi di conficcare più a fondo le palafitte non significa che non abbiamo trovato un terreno solido. Semplicemente, ci fermiamo quando siamo soddisfatti e riteniamo che almeno per il momento i sostegni siano abbastanza stabili da sorreggere la struttura». (POPPER K. R., *Logica della scoperta scientifica*, op. cit., 107-108).

⁶³ L'impotenza strutturale dell'induzione trova un'emblematica illustrazione, tanto divertente quanto didatticamente efficace, nella vicenda del «tacchino induttivista» raccontata da Russell: «Fin dal primo giorno questo tacchino osservò che, nell'allevamento dove era stato portato, gli veniva dato il cibo alle 9 del mattino. E da buon induttivista non fu precipitoso nel trarre conclusioni dalle sue osservazioni e ne eseguì altre in una vasta gamma di circostanze: di mercoledì e di giovedì, nei giorni caldi e nei giorni freddi, sia che piovesse sia che splendesse il sole. Così, arricchiva ogni giorno il suo elenco di una proposizione osservativa in condizioni le più disparate. Finché la sua coscienza induttivista fu soddisfatta ed elaborò un'inferenza induttiva come questa: "Mi danno il cibo alle 9 del mattino". Purtroppo, però, questa conclusione si rivelò incontestabilmente falsa alla vigilia di Natale, quando, invece di venir nutrito, fu sgozzato».

La cautela nell'accettare come «infallibile» una legge scientifica deve essere estrema: come è stato ribadito, emblematico è «il caso del DNA: questo test, introdotto nei procedimenti penali degli Stati Uniti durante gli anni '80, e salutato «come la risposta a tutti i sogni degli agenti di polizia di fare osservare la legge», dopo 185 processi svolti in quel Paese, è stato oggetto di contrasti che hanno messo in luce la fragilità dei presupposti su cui riposava la sua asserita infallibilità. In numerosi procedimenti penali gli sforzi dell'accusa per stabilire l'identità dell'accusato al di là di ogni ragionevole dubbio sono stati contestati con successo, sia attraverso la dimostrazione dell'uso di una metodologia non appropriata, sia attraverso la dimostrazione che le valutazioni statistiche degli esperti non erano suffragate da dati statistici di genetica della popolazione⁶⁴. [...] Altrettanto problematica la storia della prova della difenilamina per la polvere da sparo: il test è stato introdotto e rapidamente accettato [...] negli anni '30; su di esso non era stato compiuto nessuno studio dettagliato fino al 1967. Lo studio del 1967 ha dimostrato che il test era inaffidabile⁶⁵. Quante sentenze di condanna, basate sul test della paraffina, sono state emanate fino al 1967?»⁶⁶».

Un'ultima notazione in tema di causalità, tema nel cui ambito le leggi scientifiche assumono - evidentemente - ruolo decisivo: il nesso di condizionamento può dirsi sussistente soltanto quando, dalla probabilità statistica di una legge di copertura pertinente,

⁶⁴ JASANOFF, *Science at the Bar: Law, Science and Technology in America*, 1995, trad. it. *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, 85. La fallibilità del test del DNA è ormai riconosciuta anche in Italia: «il convincimento che i test del DNA costituiscano dimostrazioni infallibili e certe *a priori* entra rapidamente in crisi, man mano che l'esperienza si estende e si approfondisce l'analisi critica. Nessuno dubita dell'esistenza e della struttura del DNA, e del fatto che in ogni individuo esso includa una combinazione unica e irripetibile di milioni di dati. Problemi e dubbi crescenti vengono invece sollevati a proposito delle tecniche di analisi, della correttezza della loro applicazione, della attendibilità dei loro risultati, e quindi delle modalità del loro impiego probatorio [...]. L'esito dei test è assolutamente certo quando esclude l'identità dei due DNA messi a confronto; quando invece i test confermano la loro identità, occorre considerare che in realtà il loro esito deriva da un complesso calcolo statistico. Uno degli aspetti più problematici di questo calcolo riguarda il fatto che la probabilità della corrispondenza tra due frammenti di DNA dipende dalla popolazione di riferimento. Ciò crea difficoltà da vari punti di vista: può accadere che non si disponga di dati concernenti il DNA della popolazione di riferimento; inoltre può essere difficile stabilire qual è la popolazione di riferimento appropriata, specialmente in una società multi-etnica. Può dunque essere dubbio, incerto o discutibile un dato essenziale per stabilire in modo razionale il grado di attendibilità dell'esito positivo di un test di DNA» (TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss).

⁶⁵ KESAN, *A Critical Examination of the Post-Daubert Scientific Evidence Landscape*, in *F.D.L.J.*, 1997, 225 ss.

⁶⁶ STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 32-34. Prosegue l'autore allungando l'elenco sottolineando che «altre prove, inizialmente considerate affidabili, si sono rivelate, strada facendo, viziate da un elevato tasso di errore. Così, le prove costituite nell'ambito della medicina dagli esami autoptici, dagli esami istologici a seguito di biopsia, dalle diagnosi causali dei medici legali: le diagnosi cliniche, sulla base dei risultati delle autopsie, si sono rivelate sbagliate in una percentuale che varia dal 37 al 60% dei casi, tanto da far dire agli studiosi di epistemologia medica che “non esiste una diagnosi che sia vera al di là di ogni possibile dubbio” (FEDERSPIL-SCANDELLARI: *L'errore clinico: una introduzione*, in *Atti del 94° Convegno della Società Italiana di medicina interna*, Roma, 1993, 375 ss., 363 ss.)».

al termine di una verifica dei passaggi dell'intero decorso causale, doverosamente compiuta con ogni possibile apporto scientifico, sia dato di raggiungere la probabilità logica, ovvero di concludere che è altamente credibile che, ove non vi fosse stata l'azione (o l'omissione), il singolo evento non si sarebbe verificato. Non è, d'altra parte, radicalmente esclusa la rilevanza, per pervenire alla conclusione del rapporto causale nei singoli concreti casi, di frequenze medio-basse di correlazione statistica e del procedimento per esclusione⁶⁷: «una percentuale statistica alta (es. 90%) può non aver nessun valore eziologico effettivo qualora consti che, in realtà, un certo evento è stato cagionato da una diversa condizione; e viceversa una percentuale statistica medio-bassa (es. 40%) potrebbe risultare persuasivamente suffragata in concreto dalla verifica dell'insussistenza di altre cause esclusive, sul presupposto che si conoscano tutte le possibili cause di un certo effetto e se ne possa escludere storicamente l'incidenza o l'operatività nell'accertamento di specie⁶⁸». Del resto «la possibilità penalistica di ravvisare una causa anche in presenza di probabilità *ex ante* molto basse non significa automatica condanna dell'imputato, essendo evidente che tale minima probabilità si riverbera nella massima parte dei casi sulla imprevedibilità dell'evento ed intacca dunque la tipicità colposa del fatto⁶⁹».

⁶⁷ Cass. 23 gennaio 2002, cit., 429; Cass. Sez. Un. Pen., 11 settembre 2002, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2002, 1133.

⁶⁸ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio»*, in *Riv. dir. e proc. Pen.*, 1999, 48. Nello stesso senso DI GIOVINE O., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *L'indice penale*, 2004, 1127-1128: «sarebbe infatti difficile negare la sussistenza di un rapporto causale rilevante in molti casi in cui, pur sussistendo una probabilità estremamente bassa che ad un fattore segua un certo tipo di evento (*event-type*), l'evento concreto (*event-token*) non possa che essere stato determinato da quell'antecedente. Si pensi, ad esempio, all'ingestione, nell'arco di una intera giornata, di un solo alimento che ha una capacità tossica estremamente bassa (5%) ed al conseguente inverarsi dei sintomi di avvelenamento. [...]

Per converso, pur in presenza di leggi statistiche a contenuto elevatissimo o addirittura universali, non si può affermare con certezza la presenza di un nesso causale laddove si sia in presenza di ulteriori possibili fattori causali. Così, è ben vero che una crisi coronaria acuta verificatasi a distanza di un'ora da un'aggressione può essere causata dalla violenta emozione; tuttavia essa potrebbe essere sopravvenuta in modo del tutto spontaneo o perché il soggetto ha camminato quel giorno contro vento in una giornata molto fredda. Ancora, per quanto alta sia la possibilità che una massa tumorale ampiamente sviluppatasi in regione apico-sottoclaveare (ma nel caso di specie non lo era, essendo stata quantificata nella percentuale del 48%) provochi un arresto cardiocircolatorio, in mancanza di un esame autoptico, non si potrebbe affermare con certezza la responsabilità dell'oncologo per l'omessa diagnosi laddove il paziente soffrisse di patologie astrattamente idonee a provocare lo stesso esito. Dovrebbe a questo punto risultare chiaro come il modello nomologico serva a selezionare le ipotesi iniziali, ma non ci dica di per sé quale sia la vera causa. Ovviamente, con ciò non si intende negare che la *conditio* abbia bisogno della prova attraverso leggi scientifiche: al contrario, ne necessita ai fini della sua stessa individuazione, e cioè per entrare a far parte del c.d. sillogismo giudiziario (così, se lo stato della scienza escludesse la possibilità, anche remota, di trasmissione dell'HIV tramite rapporto sessuale, nemmeno si porrebbe il problema di verificare se il marito infetto abbia trasmesso il virus alla moglie), oltre che per consentire al giudice di formulare le possibili ipotesi alternative di spiegazione causale che devono essere poi progressivamente eliminate».

⁶⁹ DI GIOVINE O., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *L'indice penale*, 2004, 1128.

PARTE II

LA PERIZIA E LA CONSULENZA TECNICA NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

2.1 I rilievi e gli accertamenti tecnico scientifico nell'ambito delle attività delle parti

Nella parte del codice di procedura penale relativa alla fase di indagini preliminari, il cui fine, come visto, è quello di acquisire gli elementi necessari ai fini della decisione relativa all'esercizio dell'azione penale, sono numerose le disposizioni in cui sono disciplinati i rilievi e gli accertamenti tecnici; il Legislatore omette però di fornire alcuna definizione di questi.

In particolare, secondo l'art. 348, comma 4, «la polizia giudiziaria, quando, di propria iniziativa o a seguito di delega del pubblico ministero, compie atti od operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, può avvalersi di persone idonee le quali non possono rifiutare la propria opera»; l'articolo successivo, al secondo comma, dispone poi che «alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti».

L'art. 354, dopo aver disposto che la polizia giudiziaria assicuri che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero, stabilisce che gli ufficiali di polizia giudiziaria, nel caso di impossibilità di intervento del pubblico ministero, avrebbero il dovere di compiere i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose sopra indicati se vi fosse pericolo che queste ultime fossero soggette ad alterazione o dispersione o comunque modifica.

Nemmeno in relazione all'attività del pubblico ministero lo sforzo definitorio è maggiore: quando l'organo inquirente «procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera» (art. 359 c.p.p.).

Il successivo art. 360 c.p.p. fa poi riferimento agli «accertamenti» relativi a «persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione⁷⁰», senza nemmeno menzionare i «rilievi».

Le caratteristiche dei due istituti sono state quindi frutto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: «la distinzione tra le due attività, non sempre agevole sul piano pratico, ha in effetti un suo preciso significato: i rilievi e le operazioni tecniche, posti in essere nel corso dell'ispezione, sono diretti alla mera osservazione e selezione di dati obiettivi; i rilievi e le operazioni, compiuti nel corso dell'accertamento tecnico, implicano invece un'approfondita attività di elaborazione dei dati e di valutazione degli stessi⁷¹»; in senso analogo la giurisprudenza evidenzia che con il termine «rilievi» si indica una attività di mera osservazione, individuazione e acquisizione di dati materiali; con il termine «accertamenti» si fa invece riferimento ad un'attività di studio critico, di elaborazione valutativa, di giudizio di quegli stessi dati (si veda, ad es., Cass., sez. V, 20 novembre 2000, D'Anna, in *Guida al diritto*, 2001, 105)⁷².

⁷⁰ Le difficoltà relative alla individuazione del carattere di «non ripetibilità» è dovuta alla assenza di una definizione precisa, avendo il legislatore voluto riservare la soluzione del problema alla «valutazione in concreto» ed al «divenire della esperienza teorica e pratica» (*Rel. Prog. Prel. c.p.p.*, 91).

La dottrina ha distinto gli atti irripetibili in due categorie, a seconda del momento in cui tale caratteristica si manifesta. Le diverse denominazioni utilizzate (irripetibilità originaria o sopravvenuta [LOZZI, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990, 98.], irripetibilità strutturalmente congenita, verificabile ex ante, o successiva, verificabile ex post [Ferrua, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol.dir.*, 1989, 246]), mirano nella sostanza a distinguere l'irripetibilità che caratterizza l'atto fin dalla sua nascita da quella sopravvenuta per il verificarsi di particolari situazioni. È questo il caso dell'art. 512 c. p.p. che consente la lettura degli atti divenuti irripetibili «per fatti o circostanze imprevedibili». L'irripetibilità di cui all'art. 431 c.p.p. attiene invece ad un connotato originale dell'atto. Più precisamente, sono considerati non ripetibili gli atti essenzialmente ricognitivi di situazioni che, per motivi diversi, si presentano ex ante come non più reiterabili. MOLINARI, Nota a Cassazione penale, 15 Giugno 1994, Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria, in *Cass. pen.* 1996.

⁷¹ SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2004, 389; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2003, 489.

⁷² La Suprema Corte ha precisato che nel vigore del nuovo codice di procedura penale la nozione di «accertamento» riguarda non la constatazione o la raccolta di dati materiali pertinenti al reato ed alla sua prova, che si esauriscono nei semplici rilievi, ma il loro studio e la relativa elaborazione critica, necessariamente soggettivi e per lo più su base tecnico-scientifica; la distinzione trova testuale conferma normativa in ripetute disposizioni del nuovo codice (ad es., negli artt. 354, 359 e 360 c.p.p.) che menzionano separatamente i termini «rilievi» e «accertamenti», con implicita assunzione, per ciascuno, del significato specifico precedentemente delineato (Cass. Sez. I, sent. n. 301 del 14 marzo 1990, Duraccio, rv 183648).

Si è pure affermato che il consulente tecnico nominato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 359 c.p.p. dev'essere dotato di specifiche competenze tecniche, scientifiche o di altra natura ed esplica un'attività che si concreta non solo nel compimento di attività materiali richiedenti un certo grado, più o meno elevato, di capacità tecnica, ma anche e soprattutto la valutazione critica dei risultati di tali attività. Esulano, pertanto, dall'ambito della consulenza, per rientrare in quello dei rilievi previsti dall'art. 354 c.p.p., tutti quegli accertamenti che si esauriscono in semplici operazioni di carattere materiale (Cass. Sez. II, sent. n. 4523 del 27 novembre 1992, Arena, rv 192570).

Si è anche affermato che un accertamento, che non sia volto a stabilire lo svolgimento di un fatto (mediante la sua riproduzione fenomenica) né diretto a richiedere il parere di un esperto (sul come e sul perché un fatto sia accaduto secondo la cognizione tecnica di scienze ed arti), ma tenda semplicemente ad ottenere la descrizione oggettiva e statica di una determinata cosa non costituisce esperimento giudiziale né perizia né accertamento

L'importanza di una chiara distinzione dei due istituti è evidente, se solo si pone mente alle conseguenze da essa derivano, ed al fatto che la riconduzione di una attività di consulenza tecnico scientifica all'una ovvero all'altra ipotesi comporta una disciplina assai differente⁷³.

La legge 397/2000 relativa alle investigazioni difensive ha recepito la distinzione tra «rilievi» quale attività di osservazione o descrizione e «accertamenti», consistenti in una attività di elaborazione e valutazione di dati.

E' tuttavia stato osservato come «da un punto di vista sistematico, il legislatore della novella, in maniera certamente censurabile, non ha disciplinato specificamente tali attività di verifica tecnico-scientifica, a differenza delle altre attività in cui possono sostanzialmente svolgersi le investigazioni difensive, ma ha considerato i rilievi e gli accertamenti solamente al momento di delineare le modalità di documentazione di altre attività ovvero di definire l'ambito di utilizzazione dei risultati di quelle verifiche. Ed infatti, di «rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi» (quindi di attività aventi una funzione puramente descrittivo-materiale) non si parla in quanto tali, bensì nell'art. 391- *sexies* c.p.p. a proposito delle modalità di documentazione dell'atto di accesso in luoghi pubblici, finalizzato alla

tecnico non ripetibile, comportante la necessità dell'intervento della difesa, ma un accertamento sulle cose e sui luoghi, cioè un'osservazione immediata e diretta che può essere compiuta anche dalla polizia giudiziaria. (Cass. Sez. VI, sent. n. 2109 del 3 febbraio 1996, Pezzatini, rv 204149).

Seguendo gli orientamenti evidenziati la Suprema Corte ha, ad esempio chiarito che l'attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari, risolvendosi in operazioni urgenti non ripetibili di natura meramente materiale, rientra nella disciplina di cui all'art. 354, comma secondo, c.p.p. e non in quella concernente gli accertamenti tecnici non ripetibili di cui agli artt. 359 e 360 c.p.p., i quali presuppongono attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica ed impongono il rispetto del contraddittorio e delle correlate garanzie difensive (Cass. Sez. II, sent. n. 5779 del 07 maggio 1999, Bettio, rv 213311) e, ad analogo risultato è giunta con riferimento ai rilievi dei residui da sparo (Cass. Sez. I, sent. n. 2301 del 02-03-1992, Ricciardi, rv 189775).

⁷³ La suprema Corte collegio ha così puntualizzato che i semplici «rilievi», ancorché siano prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con essi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire nell'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 c.p.p., le quali sono riservate soltanto agli « accertamenti » veri e propri, se ed in quanto qualificabili di per sé come irripetibili (Sez. I, 9 maggio 2002, Maisto, in C.E.D.Cass., n. 221621; Sez. I, 6 giugno 1997, Pata, ivi, n. 207857; contra, Sez. I, 6 ottobre 1998, Andolfi, ivi, n. 211497, secondo la quale la ricerca di eventuali tracce di esplosivo sulla persona del soggetto sottoposto a indagini, mediante l'impiego del c.d. stub, rientra nel concetto di «accertamenti tecnici» irripetibili, cui va applicata la disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p.).

Peraltro, come rilevato da APRILE, *Le indagini tecnico scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cas. Pen.*, 4036, la differenza tra i due istituti, chiara in relazione all'attività del PM, lo è invece meno nelle norme concernenti l'attività della polizia giudiziaria, poiché il legislatore ha fatto riferimento indistintamente ai «rilievi» ed agli accertamenti sullo stato dei luoghi, delle cose o delle persone (art. 354 c.p.p.): l'«urgenza» che caratterizza tale attività ha indotto la dottrina a sostenere che deve trattarsi di accertamenti aventi, comunque, una funzione essenzialmente descrittiva, materiale e preparatoria rispetto alla consulenza tecnica che il pubblico ministero potrebbe, in seguito, disporre (D'AMBROSIO - VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1998, 231; DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, in *Cass. Pen.*, 1996, 697). E così le incertezze cui conduce l'applicazione delle disposizioni codicistiche in questione si sono tradotte in una giurisprudenza alquanto incoerente.

visione e descrizione del loro stato; ad analoghe forme di rilievi si fa implicitamente riferimento anche nel comma 3 del successivo art. 391-septies, lì dove è riconosciuta la facoltà del difensore di accesso in abitazioni o pertinenze solo “se sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato”; in maniera, poi, del tutto incomprensibile sono i commi 2, 3 e 4 dell’art. 391- decies c.p.p. a regolare, oltre ai rilievi, gli accertamenti tecnici, il regime degli avvisi al pubblico ministero e la “destinazione” finale dei relativi verbali.

Non ostante tale anomala scelta del legislatore, l’impianto del nuovo articolato codicistico, pur confuso, pare avere una sua intrinseca logica coerenza.

Il difensore (o il suo sostituto, il consulente tecnico ovvero l’investigatore privato dal difensore appositamente incaricato) può compiere tanto rilievi di natura puramente descrittiva, quanto accertamenti tecnici, a contenuto elaborativo-valutativo⁷⁴».

Il regime di utilizzazione di quanto ricavato dai rilievi e dagli accertamenti varia a seconda del rito prescelto: nell’eventualità in cui si procedesse a giudizio abbreviato, ad applicazione della pena su richiesta delle parti o a procedimento per decreto, essendoci una rinuncia dell’imputato al contraddittorio per la formazione della prova, il giudice potrebbe utilizzare tutti gli elementi acquisiti in modo unilaterale dalle parti nella fase procedimentale⁷⁵; nel caso invece di giudizio ordinario, immediato o direttissimo, l’utilizzabilità probatoria dei

⁷⁴ APRILE, cit., 4037-4038.

⁷⁵ Si veda ad es., con riferimento al giudizio abbreviato, Cass. Pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16 Tammaro in *Cass. pen.* 2001, 400,2033 nota CASSIBIA,MARANDOLA;VITALE: Il giudizio abbreviato costituisce un procedimento "a prova contratta", alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regiudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del "dibattimento". Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano né l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto il tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), né le ipotesi di inutilizzabilità "relativa" stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente, cioè, agli atti probatori assunti "contra legem", la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito.

risultati ottenuti dai rilievi e dagli accertamenti sarebbe condizionata fondamentalmente dalla ricorrenza del carattere di irripetibilità⁷⁶.

2.2 La perizia

La perizia è invece ontologicamente finalizzato ad una utilizzazione dibattimentale⁷⁷.

Benché la dottrina tenda a configurare come obbligatoria la perizia quando si richiedano conoscenze specialistiche⁷⁸, la giurisprudenza è prevalentemente orientata nel ritenere che l'ammissione della perizia sia rimessa, comunque, a una valutazione discrezionale del giudice⁷⁹, anche se eventualmente si fosse in presenza di pareri tecnici prodotti dalla difesa o dall'organo di accusa.

⁷⁶ E così, ex art. 431 comma 1 lett. b), c) e d), i verbali degli atti irripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero o dai difensori delle parti private sono direttamente inseribili nel fascicolo per il dibattimento, e, quindi, il loro contenuto è utilizzabile nel relativo giudizio dopo averne dato lettura, con le modalità indicate dall'art. 511 c.p.p. Analogo regime, ex art. 391-*decies* c.p.p., è in vigore per la documentazione degli atti irripetibili compiuti dal difensore della parte privata, se espletati in occasione dell'accesso ai luoghi e se presentata durante le indagini o l'udienza preliminare, e, negli altri casi, se il pubblico ministero ha esercitato la facoltà di assistere al relativo compimento.

⁷⁷ Sono tre i possibili modelli di perizia: «il perito rileva dei fatti, usando tecniche operative specialistiche (ad esempio, analisi istologiche o esami radiografici); oppure espone massime d'esperienza, eventualmente elaborando teoremi su premesse ipotetiche, anziché empiricamente verificate; o ancora (è l'eventualità più frequente) combina la rilevazione dei dati alle massime, formulando conclusioni induttive [...]. L'art. 220 definisce le competenze peritali con tre aggettivi: "tecniche, scientifiche o artistiche"; l'opera tecnica è pura abilità operativa (ad esempio, operazioni radiografiche), mentre la scientifica implica una sintassi (senza cui sarebbe indecifrabile quel segno radiografico)». CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003, 785.

⁷⁸ Nel codice previgente, invece, la perizia era facoltativa: «nel mondo togato (parente dell'accademico-letterario) i fatti contano meno delle parole; e nella prosa curialesca volano gonfie, sonore, declamate in uno stile da pulpito o accademia barocca, a frasi fluviali con tanti gerundi; è una lingua morta, dove riesce quasi impossibile comunicare idee chiare e distinte (l'ascoltatore disabituato non le sa più cogliere): in compenso, risulta magnificamente adatta al gesto cerimoniale. Ora, il primato retorico affiochisce logica e sensibilità empirica: armato del suo latino o italiano aulico, l'uomo in toga disserta *de omnibus rebus mundi et quibusdam aliis* [...] Questo clima culturale genera l'iperbole dello "*iudex peritus peritorum*", affiorante ancora dal vecchio art. 314 comma 1, testo 1930: "quando sia necessaria un'indagine che richieda particolari cognizioni di determinate scienze o arti, il giudice può disporre la perizia"; supponiamo che se la esperisca da solo, *peritus peritorum*; niente da obiettare, purché sia abbastanza eclettico da motivarla [...] Presunto onnisciente, il giudice "poteva" nominare dei periti. L'incongruo verbo modale sparisce nel vecchio art. 314, secondo testo (interpolato dall' art. 15 l. 18 giugno 1955 n. 517): "dispone la perizia" ossia "deve disporla"; nei codici questi indicativi sono norme. Ne usa uno anche l'attuale art. 220 comma 1: "la perizia è ammessa" su ogni questione implicante "specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche"; non disporla costituisce *vitium in procedendo*». CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003, 783-784. Come detto, concorde la maggior parte della dottrina (ad es. CONSO G., GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Milano, 2003, 331).

⁷⁹ «La perizia non può ricondursi al concetto di prova decisiva la cui mancata assunzione costituisce motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p. Ed inverso la perizia non può essere considerata alla stregua di una prova a scarico stante il suo carattere "neutro", sottratto alla disponibilità delle parti in quanto affidato alla discrezionalità del giudice». Cassazione penale, sez. IV, 12 dicembre 2002, n. 9279, B., in Cass. pen. 2004, 1659; in senso analogo, tar le tante, Cass., sez. I, 20 ottobre 1993, Vassallo, m. 195594; *contra* Cass., sez. V, 15 giugno 1999, Latini. Secondo quanto prevede ora l'art. 16 l. 20 febbraio 1996, n. 66, quando si procede per alcuno dei delitti di violenza sessuale previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c. p., l'imputato «è sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime».

Ed è quindi «certamente vero che, quando siano necessarie specifiche competenze tecniche o scientifiche o artistiche, il giudice non può affidarsi alle proprie eventuali conoscenze occasionali. E tuttavia è rimesso al giudice sia l'accertamento di un'effettiva esigenza di tali conoscenze sia la valutazione dell'insufficienza di quelle eventualmente già acquisite per mezzo dei consulenti delle parti o altrimenti. Sicché, in definitiva, il controllo sull'operato del giudice che rifiuti l'ammissione della perizia non può che riferirsi alla congruità e alla logicità della motivazione, eventualmente confrontata con i criteri di cui all'art. 190, secondo quanto riconosce anche la giurisprudenza⁸⁰».

Nel codice vigente la perizia può essere disposta d'ufficio dal giudice, ma ciò può avvenire solo nel dibattimento o nell'udienza preliminare (nei limiti previsti dall'art. 70 comma 1, per gli accertamenti sulla capacità dell'imputato, o dell'art. 422 comma 1, per l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere), perché durante le indagini preliminari il giudice interviene in via incidentale soltanto su richiesta di parte⁸¹.

Le stesse parti, d'altro canto, nel corso delle indagini preliminari possono richiedere una perizia soltanto se ricorrano i presupposti dell'incidente probatorio: e, quindi, solo se si tratti di perizia indifferibile (art. 392 comma 1 lettera j), di perizia che comporti indagini lunghe e complesse (art. 392 comma 2) o di accertamento irripetibile che non debba essere espletato dal P.M. a norma dell'art. 360 (art. 117 disp. att.).

L'indagine peritale non può avere per oggetto qualunque tema di prova: *ex* art. 220 comma 2 c.p.p., «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». È, pertanto, vietata la c.d. perizia psicologica, consentita invece nel progetto preliminare del 1978⁸².

⁸⁰ NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 449

⁸¹ D'altro canto, si prospetta una tendenziale differenza della funzione della perizia nella fase processuale (udienza preliminare o dibattimento) e nella fase procedimentale. In questa fase la perizia conserva una funzione prevalentemente documentale. Sia quando si tratti di perizia indifferibile o, comunque, irripetibile, sia quando si tratti di perizia lunga e complessa, essa tende ad acquisire dati e a conservarne traccia. Nella fase processuale la perizia tende, invece, a divenire soprattutto una «testimonianza tecnica», che viene resa al giudice in forma orale, per esprimere valutazioni, comunicare conoscenze generali, riferire osservazioni particolari. I supporti documentali, che il perito o il consulente consulteranno nel corso dell'esame dibattimentale, potranno certo essere acquisiti dal giudice anche d'ufficio (art. 501 comma 2), ma avranno una funzione solo sussidiaria, perché la «prova tecnica» sarà quella che risulterà dalla contrapposizione dialettica delle parti e dal confronto immediato tra i periti e i consulenti. AMODIO E., *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio nel nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1989, 171.

⁸² Tale progetto all'art. 209 comma 2 prevedeva che «ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità, la

La nomina del perito viene effettuata dal giudice scegliendo il perito stesso tra gli iscritti negli appositi albi. Come previsto dall'art. 67 delle disposizioni di attuazione, presso ogni tribunale è istituito un albo dei periti divisi in categorie, nel quale sono sempre previste le categorie di esperti in medicina legale, psichiatria, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia⁸³.

Il giudice è comunque legittimato a scegliere un esperto tra persone non iscritte a detti albi fornite di particolare competenza nella specifica disciplina: in tal caso il legislatore richiede soltanto che nell'ordinanza di nomina il giudice indichi in modo specifico le ragioni della nomina e, ove possibile, effettui la scelta *extra* albo indicando una persona che svolga la sua attività professionale presso un ente pubblico. È comunque richiesto al giudice di evitare di designare quale perito persona che svolga o abbia svolto attività di consulente di parte in procedimenti collegati *ex* art. 371 comma 2 c.p.p.

Sono previste varie ipotesi di incapacità ad assumere l'ufficio di perito e di incompatibilità con tale ufficio giacché l'art. 222 c.p.p. dispone, a pena di nullità, che non può prestare ufficio di perito «il minorenni, l'interdetto, l'inabilitato e chi è affetto da infermità di mente». Tale divieto sussiste anche nei confronti di «chi è interdetto sia pure temporaneamente dai pubblici uffici ovvero è interdetto o sospeso nell'esercizio di una professione o di un'arte» e nei confronti di «chi è sottoposto a misure di sicurezza personali o a misure di

perizia può avere per oggetto la personalità dell'imputato anche in ordine alle qualifiche psichiche indipendenti da cause patologiche». In correlazione a tale norma l'art. 518 del progetto prevedeva che, a conclusione del dibattimento, «quando esistono prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto contestato ed è necessario approfondire l'indagine sulla sua personalità, il giudice può ordinare che il dibattimento sia riaperto al fine di procedere a perizia criminologica». Questa norma rappresentava un compromesso tra chi sosteneva la necessità di una struttura bifasica del dibattimento (scisso, quindi, in due fasi distinte rispettivamente dedicate, la prima alla decisione sulla responsabilità dell'imputato e la seconda alla determinazione della pena o della misura di sicurezza) e chi rilevava come siffatto sdoppiamento avrebbe determinato conseguenze gravissime per l'economia processuale. Pertanto, si era limitata la possibilità di riapertura del dibattimento alla sola ipotesi in cui il giudice ritenesse necessario assumere la perizia criminologica.

⁸³ Ai sensi dell'art. 69, Disp. Att. Codice Procedura Penale, «salvo quanto previsto dal comma 3, possono ottenere l'iscrizione nell'albo le persone fornite di speciale competenza nella materia.

La richiesta di iscrizione, diretta al presidente del tribunale, deve essere accompagnata dall'estratto dell'atto di nascita, dal certificato generale del casellario giudiziale, dal certificato di residenza nella circoscrizione del tribunale e dai titoli e documenti attestanti la speciale competenza del richiedente.

Non possono ottenere l'iscrizione nell'albo le persone:

- a) condannate con sentenza irrevocabile alla pena della reclusione per delitto non colposo, salvo che sia intervenuta riabilitazione;
- b) che si trovano in una delle situazioni di incapacità previste dall'articolo 222 comma 1 lettere a), b), c) del codice;
- c) cancellate o radiate dal rispettivo albo professionale a seguito di provvedimento disciplinare definitivo.

La richiesta di iscrizione nell'albo resta sospesa per il tempo in cui la persona è imputata di delitto non colposo per il quale è consentito l'arresto in flagranza ovvero è sospesa dal relativo albo professionale».

prevenzione».

Infine l'ufficio di perito non è consentito a «chi non può essere assunto come testimone o ha facoltà di astenersi dal testimoniare o a chi è chiamato a prestare ufficio di testimone o di interprete» e «a chi è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in un procedimento connesso»⁸⁴.

L'art. 223 c.p.p. stabilisce che «quando esiste un motivo di astensione⁸⁵, il perito ha l'obbligo di dichiararlo» e può essere ruscato nelle medesime situazioni che giustificano l'astensione ad eccezione di quella delineata dal comma 1 lettera *b*) dell'art. 36 (gravi ragioni di convenienza). La dichiarazione di astensione o di ruscuzione può essere presentata sino a quando non si siano esaurite le formalità dell'incarico⁸⁶.

Nella eventualità in cui i fatti idonei a giustificare l'astensione o la ruscuzione fossero sopravvenuti o comunque non conosciuti, la dichiarazione di astensione o di ruscuzione può essere presentata anche successivamente prima però che il perito abbia dato il proprio parere. La decisione sulla dichiarazione di astensione o di ruscuzione è presa con ordinanza dal giudice che ha disposto la perizia.

In deroga al principio dispositivo enunciato nell'art. 190 c.p.p., per cui le prove sono assunte a richiesta di parte, l'art. 224 c.p.p. stabilisce che «il giudice dispone anche d'ufficio

⁸⁴ La Corte di Cassazione ha chiarito che «l'espletamento di una perizia dichiarata nulla non costituisce causa di incompatibilità del perito ai fini del conferimento di un nuovo incarico nel medesimo procedimento penale, in quanto al perito si applicano i casi di incompatibilità previsti dall'art. 222 c.p.p. e non le cause di incompatibilità previste per il giudice all'art. 34 c.p.p., con la conseguenza che tale circostanza non costituisce motivo di ruscuzione». (Cassazione penale, sez. III, 21 gennaio 2003, n. 9202, C., in *Cass. pen.* 2005, 2 545).

⁸⁵ In quanto ausiliario del giudice, il perito deve rivestire, nel corso del processo, una posizione di terzietà (e, dunque, di imparzialità e di equidistanza dalle parti) analoga a quella che caratterizza il ruolo del giudice. Poiché sono le norme sull'astensione e sulla ruscuzione a tutelare l'imparzialità in concreto del giudice nel singolo processo, è a questi istituti che il legislatore ha fatto riferimento per tutelare l'analoga «terzietà» del perito. Le ipotesi di astensione - per il giudice - sono previste nell'art. 36 c.p.p.: il giudice ha l'obbligo d'astenersi:

- a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;
- b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;
- c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;
- e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;
- f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;
- g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;
- h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

⁸⁶ Secondo Cassazione penale, sez. IV, 18 dicembre 2003, n. 17567, P. e altro, in *Giur. it.* 2005, 1275, «l'esistenza di un rapporto di collaborazione scientifica, nell'ambito dello stesso dipartimento universitario, tra il perito d'ufficio e i consulenti di parte, non costituisce un valido motivo di ruscuzione del perito, non rientrando in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 37, comma 1, c.p.p.».

l'assunzione della perizia con ordinanza motivata».

Tale ordinanza deve contenere la nomina del perito, la sommaria enunciazione dell'oggetto delle indagini, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo fissati per la comparizione del perito.

L'art. 224 comma 2 stabilisce che il giudice dispone la citazione del perito e dà gli opportuni provvedimenti per la comparizione delle persone sottoposte all'esame del perito. Egli inoltre «adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali⁸⁷».

Il conferimento dell'incarico è disciplinato dall'art. 226.

Il giudice chiede al perito se quest'ultimo si trovi in una delle situazioni di incapacità previste dall'art. 222 oppure se debba astenersi *ex art.* 223, lo avverte degli obblighi relativi all'incarico peritale nonché delle responsabilità previste dalla legge penale e lo invita a rendere una dichiarazione con cui il perito si impegna ad adempiere all'ufficio «senza altro scopo che quello di far conoscere la verità» nonché a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali.

Il giudice formula i quesiti dopo aver sentito il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti. Questo intervento preventivo costituisce un'attuazione del

⁸⁷ Prima di un intervento della Corte costituzionale, l'interpretazione corrente di tale norma era che il giudice potesse anche ordinare l'effettuazione coattiva di analisi peritali direttamente incidenti sulla persona dell'imputato (o di altri soggetti) quali il prelievo ematico, il test del DNA, etc.. La Corte ha tuttavia osservato che l'obbligo di sottoporsi ad analisi di questo tipo non può gravare su alcun cittadino se non quando la legge preveda in forma specifica «i casi e i modi» dell'esame peritale, essendo questa la condizione cui l'art. 13 Cost. subordina la legittimità costituzionale di qualsiasi norma che preveda limitazioni autoritative della libertà personale. L'art. 224 comma 2 è stato pertanto dichiarato incostituzionale «nella parte in cui consente misure restrittive della libertà personale finalizzate alla esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate» (Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238). Ne segue, ha aggiunto la Corte, «che fino a quando il legislatore non sarà intervenuto a individuare i tipi di misure restrittive della libertà personale che possono dal giudice essere disposte allo scopo di consentire (anche contro la volontà della persona assoggettata all'esame) l'espletamento della perizia ritenuta necessaria ai fini processuali, nonché a precisare i casi e i modi in cui le stesse possono essere adottate, nessun provvedimento di tal genere potrà essere disposto». Fa eccezione a tale divieto di carattere generale - perché sufficientemente tipicizzata nei suoi «casi e modi» - la disciplina specifica prevista nel codice della strada per l'accertamento dello stato di ebbrezza (o di intossicazione da stupefacenti) del conducente (artt. 186 e 187 cod.). È invece quanto meno dubbio che soddisfi i requisiti di compatibilità con l'art. 13 della Costituzione la previsione dell'art. 16 della legge 15 febbraio 1996, n. 66 in materia di reati sessuali («l'imputato per i delitti di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale è sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime»), mancando in tale previsione normativa ogni riferimento alle modalità di effettuazione dell'esame peritale. Secondo la Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 22 giugno 1999, Fata, in *Cass. Pen.*, 2000, 3101) la limitazione indicata dalla Corte Costituzionale, in quanto correlata con la tutela della libertà personale, non riguarda in alcun modo l'impiego di materiali che, in precedenza legittimamente prelevati, non fanno più fisicamente parte della «persona» e non richiedono alcun intervento manipolatorio su di essa, o comunque limitativo della sfera di libertà del soggetto.

modello accusatorio giacché consente al giudice di tenere presenti prima della formulazione del quesito le esigenze e le valutazioni dei vari soggetti processuali.

Una volta concluse le formalità di conferimento dell'incarico, il perito ai sensi dell'art. 227 c.p.p., deve procedere immediatamente ai necessari accertamenti e rispondere ai quesiti con parere messo a verbale: invero «questa immediatezza comporta una valutazione ottimistica sui tempi della perizia del tutto ingiustificata. Nella prassi la disposizione che trova attuazione è quella del comma 2 dell'art. 227 che prevede la concessione di un termine allorquando il perito non ritenga di poter dare una immediata risposta⁸⁸». Tale termine (del quale debbono essere avvertiti le parti e i consulenti tecnici) non può superare i novanta giorni e può essere prorogato dal giudice (sempreché risultino necessari accertamenti di particolare complessità) su richiesta motivata del perito. Le proroghe non possono essere superiori ognuna a trenta giorni e in ogni caso non possono determinare il superamento del limite massimo di sei mesi dal conferimento dell'incarico.

Nel corso delle operazioni peritali (art. 228) il perito «può essere autorizzato dal giudice a prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalle parti e di cui sia prevista l'acquisizione al fascicolo del dibattimento⁸⁹». Inoltre, il perito può essere autorizzato ad assistere all'esame delle parti ed all'assunzione di prove e, com'è ovvio, può servirsi di collaboratori in operazioni meramente materiali che non comportino, quindi, apprezzamenti e valutazioni. Il legislatore stabilisce, altresì, che «qualora, ai fini dello svolgimento dell'incarico, il perito richieda notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale».

Nella eventualità in cui durante le operazioni peritali svolte in assenza del giudice nascessero questioni relative ai poteri del perito e ai limiti dell'incarico peritale, la decisione delle questioni stesse sarebbe rimessa al giudice senza alcuna sospensione delle operazioni stesse.

Il perito deve indicare il giorno, l'ora ed il luogo in cui inizierà le operazioni peritali e deve

⁸⁸ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, 252.

⁸⁹ E di quegli atti soltanto: «si troverà, quindi, rispetto agli atti del processo in condizioni di conoscenza analoghe a quelle del giudice. Non potrà fondare le proprie valutazioni sull'intero quadro probatorio offerto dalle indagini preliminari, ma dovrà affidarsi ad argomenti quasi esclusivamente tecnici. I consulenti, invece, potranno consultare anche il fascicolo del P.M., sicché il loro apporto al contraddittorio si inserirà nel quadro complessivo della prospettiva della parte che assistono, in modo da risultare coerente con l'impostazione dell'accusa o della difesa». NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 453.

dare comunicazione alle parti presenti della continuazione delle operazioni peritali⁹⁰ (art. 229 c.p.p.).

Se il perito non dà il parere richiestogli nel termine fissato⁹¹ o se la richiesta di proroga non è accolta o se, infine, svolge negligenemente l'incarico affidatogli, può essere sostituito dal giudice⁹².

L'esposizione orale del parere e l'esame del perito non possono essere considerati come alternativi, dal momento che la prima rappresenta l'esaurimento dell'incarico peritale ed il secondo il veicolo attraverso cui si realizza il contraddittorio⁹³.

Tra i due momenti quindi, seppur parte di uno stesso fenomeno processuale, sussiste un rapporto di funzionalità solo eventuale, potendo accadere che le parti, una volta conosciute le risposte del perito ai quesiti, non abbiano domande da porre⁹⁴. L'esposizione orale dunque non può mai mancare, mentre l'esame è una semplice possibilità⁹⁵.

Come accennato, per assicurare il principio di oralità, in presenza di una relazione scritta, il perito deve essere prima sentito. Quindi, nel caso in cui il perito sia autorizzato ad illustrare il parere mediante note scritte, valgono i seguenti principi⁹⁶: a) la relazione diviene utilizzabile per la decisione solo dopo l'esposizione del perito; b) la relazione, prima di ciò, costituisce piattaforma utilizzabile per rivolgere domande al perito e muover econtestazioni; c) l'esposizione (e l'eventuale esame) precede cronologicamente e logicamente la lettura della relazione peritale⁹⁷.

⁹⁰ La Suprema Corte ha affermato che «l'omessa comunicazione da parte del perito nominato nel corso del dibattimento del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali, incide sul diritto di difesa, in quanto pregiudica l'eventuale esercizio della facoltà di nomina di un consulente tecnico di parte, e determina perciò una nullità di ordine generale, che deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di primo grado». (Nel caso di specie, la parte aveva immediatamente dedotto la nullità e pertanto la sentenza è stata annullata con rinvio in quanto fondata sui risultati della perizia dibattimentale). Cassazione penale, sez. II, 09 marzo 2003, n. 11425, Q., in *Cass. pen.* 2004, 2487.

⁹¹ E' stato chiarito (Cassazione penale, sez. I, 28 settembre 1999, n. 13750 R., in *Ced Cassazione* 1999, RV215171) che il termine di 6 mesi indicato dall'art. 227 c.p.p. è di natura ordinatoria.

⁹² Secondo Tribunale Milano, 11 novembre 1999, in *Foro ambrosiano* 2000, 32, «il rilevante ritardo nella consegna delle trascrizioni e la scadente qualità delle stesse sono presupposti fondanti quella negligenza comportamentale che, ai sensi dell'art. 231 c.p.p., giustifica il provvedimento di sostituzione dei periti. Ciò anche qualora il perito si avvalga dell'attività di terze persone in quanto è tenuto, ai sensi dell'art. 228 comma 2 c.p.p., a dirigere e sovrintendere il loro operato. Diversamente ci si troverebbe di fronte a una vera e propria delega in bianco delle operazioni peritali».

⁹³ MACCHIA, *art. 508*, in CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, Torino, V, 401.

⁹⁴ CORBI, l'assunzione della perizia in incidente probatorio: legge processuale e prassi interpretative devianti, in *Cass. Pen.*, 1991.

⁹⁵ FRIGO, *cit.*, 2184; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, in AA. VV. *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 106.

⁹⁶ Così SIRACUSANO, *Dalla perizia al perito*, in DE FAZIO BEDUSCHI, *La medicina legale*, 129

⁹⁷ Secondo Cassazione penale, sez. V, 10 novembre 1995, n. 12591, Sibia e altro, in *Cass. pen.* 1996, 3067 «la mancata audizione del perito, prima della lettura della sua relazione, non dà luogo ad inutilizzabilità della

Circa l'attendibilità dei risultati della perizia, si rinvia a quanto detto in relazione alle leggi scientifiche⁹⁸.

I risultati dell'attività peritale non sono certo vincolanti per il giudice, ma sono liberamente valutabili, con l'eventuale ausilio delle consulenze di parte.

Secondo la giurisprudenza di legittimità tuttavia «il giudice, nel valutare i risultati di una perizia o di una consulenza tecnica, ha l'onere di verificare la validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati allorché essi si presentino come nuovi e sperimentali, e perciò non sottoposti al vaglio di una pluralità di casi ed al confronto critico tra gli esperti del settore, sì da non potersi considerare ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica⁹⁹»; «quando, invece, la perizia si fonda su cognizioni di comune dominio degli esperti e su tecniche d'indagine ormai consolidate, il giudice deve verificare unicamente la corretta applicazione delle suddette cognizioni e tecniche¹⁰⁰».

D'altro canto, «il giudice che ritenga di aderire alle conclusioni del perito d'ufficio, in difformità da quelle del consulente di parte, non può essere gravato dell'obbligo di fornire, in motivazione, autonoma dimostrazione dell'esattezza scientifica delle prime e dell'erroneità, per converso, delle altre, dovendosi al contrario considerare sufficiente che egli dimostri di avere comunque valutato le conclusioni del perito di ufficio, senza ignorare le argomentazioni del consulente e potendosi quindi ravvisare vizio di motivazione solo se queste ultime siano tali da dimostrare in modo assolutamente lampante e inconfutabile la fallacia delle conclusioni peritali¹⁰¹».

2.3 La consulenza tecnica

Una volta disposta la perizia, il pubblico ministero e le parti private hanno facoltà di nominare propri consulenti tecnici in numero non superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti (art. 225).

perizia, bensì a nullità generale, la cui eccezionalità è soggetta a termini di eccezione (art. 182 c.p.p.) ed è sanabile (art. 183 c.p.p.)».

⁹⁸ Cfr. par 1.3.

⁹⁹ Cass., sez. II, 16 aprile 1997, Vezzosi, m. 208464.

¹⁰⁰ Cass., sez. V, 9 luglio 1993, Ietto, m. 196264.

¹⁰¹ Cass., sez. I, 11 maggio 1998, Sileno, m. 210712. In senso analogo Cassazione penale, sez. IV, 12 luglio 2004, n. 34379, S., in *Cass. pen.* 2005, 10 3058, secondo cui «in tema di controllo sulla motivazione, il giudice che ritenga di aderire alle conclusioni del perito d'ufficio, in difformità da quelle del consulente di parte, non può essere gravato dell'obbligo di fornire autonoma dimostrazione dell'esattezza scientifica delle prime e dell'erroneità, per converso, delle altre, dovendosi al contrario considerare sufficiente che egli dimostri di avere comunque valutato le conclusioni del perito di ufficio, senza ignorare le argomentazioni del consulente; ne consegue che può ravvisarsi vizio di motivazione solo se queste ultime siano tali da dimostrare in modo assolutamente lampante e inconfutabile la fallacità delle conclusioni peritali».

I consulenti tecnici, come detto, possono assistere al conferimento dell'incarico ed in tale sede è loro consentito di presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve, delle quali deve essere fatta menzione nel verbale. Inoltre, i consulenti tecnici possono partecipare alle operazioni peritali nel corso delle quali hanno diritto di proporre al perito specifiche indagini nonché di formulare osservazioni e riserve, di cui deve darsi atto nella relazione peritale.

Nella eventualità in cui la nomina del consulente tecnico sia stata effettuata dopo l'esaurimento delle operazioni peritali, i consulenti tecnici possono esaminare le relazioni e richiedere al giudice di essere autorizzati ad esaminare la persona, la cosa e il luogo oggetto della perizia. Il legislatore esige, peraltro, che la nomina dei periti e lo svolgimento della loro attività non ritardi l'esecuzione della perizia (art. 230).

L'art. 233 disciplina la possibilità di nomina e di intervento dei consulenti tecnici delle parti anche nelle ipotesi in cui non sia stata disposta perizia - la sopra citata consulenza tecnica «extraprocedurale» - (potrà trattarsi, se del caso, degli stessi consulenti tecnici già nominati nel corso delle indagini preliminari, in occasione degli accertamenti previsti dagli artt. 359 e 360), con la conseguente attribuzione a tali consulenti del potere di esporre al giudice il proprio parere su singole questioni, eventualmente attraverso la presentazione di memorie ai sensi dell'art. 121. È evidente come, per tale via, si realizzi un importante presupposto - in chiave tipicamente accusatoria - per l'attuazione del diritto alla prova in ordine a materie che, per loro natura, potrebbero anche dare luogo a perizia, essendo conferita alle parti la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un organo tecnico, e, soprattutto, di sottoporre i contributi al giudice, quando pure quest'ultimo non abbia ritenuto necessario nominare un perito¹⁰².

Nella tradizione inquisitoria, la perizia, che il P.M. o il giudice dispone d'ufficio, soprattutto nell'istruzione, è il prodotto prevalentemente documentale (la relazione) di un collaboratore del magistrato, mentre l'apporto di eventuali consulenti tecnici di parte è pressoché

¹⁰² A riguardo la Corte costituzionale, 19 febbraio 1999, n. 33 ha affermato che «ai sensi dell'art. 233 c.p.p., è consentito alle parti nominare consulenti tecnici anche nel caso in cui non sia stata disposta alcuna consulenza di ufficio, mentre nell'attività dei consulenti stessi, ormai assimilati a testimoni, il giudice può trarre elementi di prova, con la conseguenza che detta attività viene qualificata in modo ancor più evidente come aspetto essenziale dell'esercizio del diritto di difesa, in relazione alle ipotesi in cui la decisione sulla responsabilità dell'imputato implichi lo svolgimento di indagini e valutazioni richiedenti specifiche competenze professionali (ai sensi dell'art. 220 stesso c.p.p.)».

«tollerato». È evidente, invece, nel nuovo processo penale, che anche il contributo della scienza o dei tecnici non è più visto come strumento di una solitaria ricerca della verità a opera del magistrato, bensì come elemento di un confronto dialettico tra diverse prospettive di indagine¹⁰³. Non vi sarà più un tecnico - il perito d'ufficio - che ricerca la verità per conto del P.M. o del giudice, e un altro tecnico - il consulente di parte - che cerca di contrastare o di sorreggere in qualche modo le sue valutazioni. Si confronteranno, su un piano di parità, il consulente dell'accusa e quello della difesa, valorizzati come protagonisti di un'assistenza tecnico-processuale delle parti. E lo stesso perito non rimarrà interlocutore esclusivo del giudice, ma in dibattimento potrà essere esaminato e controesaminato dal P.M. e dai difensori, alla stessa maniera dei consulenti di parte (art. 501).

Qualora infatti, successivamente alla nomina del consulente tecnico, il giudice decidesse di disporre perizia, al medesimo consulente sarebbero riconosciuti i diritti e le facoltà ordinariamente previsti *ex artt.* 226 comma 2 e 230 (art. 233 comma 2). Qualora, invece, la perizia non venisse disposta, «si deve ritenere che il consulente tecnico possa di sua iniziativa svolgere le indagini e gli accertamenti consentitigli dalla oggettiva disponibilità (ad opera della parte che lo abbia nominato) delle persone, delle cose o dei luoghi assunti come oggetto della consulenza: col risultato non solo di fornire alla parte interessata gli apporti tecnici necessari per gli ulteriori sviluppi processuali, ma anche di porre il giudice nelle condizioni di non poter prescindere dal contenuto del parere e delle eventuali memorie che gli vengano presentate. Tanto più non essendovi ragione per escludere che anche il consulente tecnico nominato *ex art.* 233 (al quale possono essere attribuiti i poteri previsti dal comma 1-*bis* dello stesso articolo) possa venire sottoposto ad esame, nel corso del dibattimento, ai sensi dell'art. 501, proprio allo scopo di consentire l'acquisizione probatoria degli esiti delle sue indagini e delle sue valutazioni¹⁰⁴».

Acquisita consapevolezza del nuovo ruolo dei consulenti tecnici di parte, gli interpreti si sono chiesti se essi abbiano un obbligo di veridicità e, di conseguenza, se, come i testimoni,

¹⁰³ FRIGO G., *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1988, 2178.

¹⁰⁴ CONSO G., GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Milano, 2003, 334-335. In giurisprudenza è stato affermato che «in un sistema processuale qualificato dal principio costituzionale dell'elaborazione della prova in contraddittorio, la relazione del consulente tecnico di parte può essere acquisita al fascicolo del giudicante, a mente del combinato disposto degli art. 233 e 501 comma 2 c.p.p., non certo in virtù di una facoltà indeterminata di deroga al principio della validità fasica degli atti d'indagine, ma solo al fine specifico di integrare la deposizione resa in dibattimento e ad una duplice condizione: che nel corso dell'esame sia stato fatto riferimento al suo contenuto e si determini, così, un'integrazione del contraddittorio, e che lo stesso esame risulti carente in merito all'approfondimento di aspetti significativi, comunque affrontati dalle parti nelle loro domande, di modo che risulterebbe condizionato dalla mancata acquisizione dell'elaborato scritto cui si sia, implicitamente o esplicitamente, fatto riferimento. (Tribunale Milano, 10 gennaio 2000, Giorgetti, in *Foro it.* 2003, II, 302 nota BAZZANI).

essi debbano impegnarsi solennemente a dire la verità nel corso dell'esame dibattimentale, condotto a norma dell'art. 501.

Secondo autorevole dottrina¹⁰⁵, deve ritenersi che, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 501 comma 2 alle disposizioni sull'esame dei testimoni, sia applicabile all'esame dei consulenti tecnici anche l'art. 497, che demanda al presidente del collegio giudicante sia di informare l'esaminando circa l'obbligo di dire la verità, sia di invitarlo a pronunciare il solenne impegno di veridicità che deve precedere l'esame.

Altri rilevano come il rinvio alle disposizioni sull'esame dei testimoni, «in quanto applicabili», sia condizionato appunto ad un'applicabilità che, volendo evitare un'argomentazione circolare, non può essere desunta dallo stesso art. 501 comma 1. Si sostiene quindi che la previsione di un obbligo di veridicità sarebbe incompatibile con l'esigenza di non violare il rapporto fiduciario intercorrente tra l'imputato e il suo consulente.

Secondo una opzione ermeneutica intermedia non può essere trascurato «da un canto, che l'art. 197 lettera d) prevede l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per tutti gli ausiliari e, quindi, anche per il consulente tecnico del P.M.; dall'altro canto, che l'art. 200 tutela il segreto professionale dei consulenti tecnici, equiparandoli sotto tale profilo agli avvocati. Sicché parrebbe doversi negare la possibilità di una piena assimilazione del consulente di parte al testimone, quanto all'obbligo di veridicità.

Va pure rilevato, peraltro, che lo stesso art. 197 lettera d) prevede l'incompatibilità con l'ufficio di testimone anche per gli ausiliari del giudice e, quindi, anche per il perito, il cui obbligo di veridicità è indiscutibilmente sancito dall'art. 226. Le differenze di ruolo tra consulente e testimone, quindi, non possono di per sé escludere un obbligo di veridicità anche per i consulenti, sebbene appaia indiscutibile che il sistema tende a tutelare la riservatezza delle conoscenze particolari acquisite dal consulente nell'ambito del rapporto fiduciario con il proprio assistito. Parrebbe di dover concludere, allora, che per i consulenti tecnici di parte sussiste un obbligo di veridicità limitato alle loro generali conoscenze

¹⁰⁵ CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 571; IADECOLA, *Perizia e consulenza*, in GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, 922.

In giurisprudenza ad es. Cassazione penale, sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, B., in *Cass. pen.* 2004, 593: «non è data ai consulenti tecnici la facoltà di controesame dei periti, giacché l'art. 501 comma 1 c.p.p., in tema di esame dei periti e dei consulenti tecnici, rinvia alle disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili e queste ultime non prevedono alcuna forma di controesame dei testi tra di loro (e il consulente è equiparato al testimone), ma soltanto la possibilità che essi siano posti a confronto e che siano loro rivolte domande dal p.m., nonché dai difensori delle parti».

scientifiche, o tecniche o artistiche, e a quanto di particolare possano percepire nel corso delle operazioni compiute nell'ambito del procedimento. Mentre deve escludersi che i consulenti di parte siano tenuti a riferire con obbligo di veridicità le conoscenze particolari che essi abbiano acquisito al di fuori del procedimento. Questa conclusione consente di soddisfare l'intuitiva esigenza di differenziare di fatto, e senza inammissibili distinzioni di principio, l'estensione dell'obbligo di veridicità del consulente del P.M. dall'estensione dell'analogo obbligo dei consulenti delle parti private. Al consulente del P.M., infatti, potrà essere demandato anche il compito di compiere indagini e acquisire dati nell'ambito del procedimento, a norma dell'art. 359. Mentre i consulenti delle parti private potranno essere autorizzati dal giudice a esaminare solo le persone, le cose e i luoghi che siano o siano già stati oggetto di una perizia (art. 230 comma 3 e art. 233 comma 2), di un'ispezione o di un sequestro. Sicché, il consulente del P.M., a differenza dei consulenti delle parti private, potrà svolgere anche una funzione quasi testimoniale, nel momento in cui sarà chiamato a riferire circa le indagini compiute e i dati acquisiti¹⁰⁶».

In conclusione pare opportuno un cenno al problema della credibilità ed affidabilità dei consulenti tecnici in una ottica prettamente deontologica: come si è più volte detto, il sistema accusatorio si basa sul presupposto che la giustizia della decisione sia più compiutamente assicurata ogniqualvolta la prova scaturisca dalla dialettica processuale fra le parti piuttosto che dalla ricerca solitaria di un organo istruttore. Seppur senza mettere in discussione una simile scelta, non vanno taciuti alcuni aspetti problematici che essa comporta.

Come è stato evidenziato¹⁰⁷, «l'ondata di procedimenti giudiziari coinvolgenti la scienza e la tecnologia degli ultimi decenni ha provocato uno spettacolare aumento del numero e dei tipi di esperti chiamati a partecipare ai processi (esperti in ingegneria, in economia, in medicina, in epidemiologia e tossicologia, in biologia molecolare, in psichiatria, sociologia, statistica, geologia, linguistica, filosofia e sociologia della scienza); la struttura antagonistica del processo penale ha dato luogo ad una autentica "cultura partigiana" della testimonianza degli esperti, la quale rende assai difficile separare i fatti dalle opinioni scientifiche, le opinioni dalle pure congetture, le questioni di fatto dalle scelte di valore».

¹⁰⁶ NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 454-455.

¹⁰⁷ STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 32.

Se il rigore e la cautela nel ricorrere alla prova scientifica devono essere massimi per la generale fallibilità e mancanza di certezza della scienza, per la naturale tendenza all'errore nella prassi scientifica, per l'indeterminatezza che si nasconde anche dietro le scienze giovani (dall'epidemiologia alla valutazione del rischio), se la prova basata su cognizione scientifica risulta ontologicamente problematica¹⁰⁸, le riserve non possono che aumentare considerando «la reale prassi e metodologia di lavoro degli scienziati; la crescente patologia della frode scientifica; gli interessi e le contraddizioni che governano il lavoro delle agenzie regolamentatrici; il superamento della ingenua visione positivista ancorata al dogma della dicotomia fatti-valori e la acquisita consapevolezza della non neutralità della scienza rispetto ai valori; il tranello della “strategia del giudizio degli esperti”¹⁰⁹».

Il quadro non è confortante: nei casi che implicano il ricorso alle leggi della scienza, il giudice vive una condizione di perenne disagio: un giudice sempre più «consumatore di leggi scientifiche», ma al contempo perennemente gravato dalla fragilità del mito dello

¹⁰⁸ Si veda parte par. 1.3.

¹⁰⁹ CENTONZE F., *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2001, 1233. L'autore fornisce illuminanti esempi di «scienza corrotta e scienza spazzatura» (1237-1238): tra i più eclatanti, «quello del dott. Erdmann, un patologo che per più di dieci anni aveva fatto false autopsie, commissionate da più o meno ignari prosecutors, facendo in modo di confermare sempre l'ipotesi accusatoria e dando, tra l'altro, il proprio decisivo contributo per venti condanne a morte; gli abusi del dott. Erdmann furono poi casualmente svelati quando, dopo aver riportato nella relazione illustrativa di un'autopsia la presenza della milza, con l'indicazione dello stato e del peso, gli increduli parenti della vittima obiettarono che in realtà la milza gli era stata asportata diversi anni prima. Eppure, ed è un dato storico significativo, anche nel nostro paese i problemi appena evidenziati non sono affatto inediti: già sotto il codice del 1865, nel quale era previsto una sorta di contraddittorio al dibattimento tra periti dell'accusa e della difesa, si denunciavano “gli scandali di certi periti e di certe perizie”, “il doloroso spettacolo”, “lo sconcio di vedere al processo orale una scienza al servizio della difesa e una a servizio dell'accusa”, mentre Rocco realisticamente scriveva, accingendosi a illustrare le modifiche apportate all'istituto della perizia, che “tale problema diviene invece quasi insolubile, perché implica la questione della lealtà e della veridicità individuali”. [...] Certo, gli abusi non sono sempre così evidenti: secondo diverse voci, si tratterà, piuttosto, di un regolare riproporsi di pareri fuorvianti perché basati su “gravi forzature rispetto ai dati disponibili”, di consulenze tecniche che escludono deliberatamente i dati contrari agli interessi della parte che assistono e che “spesso si avvalgono di letture parziali e dolosamente mutilate di lavori scientifici citati o addirittura citati in copia fotostatica”, di pareri in cui viene presentata come “dominante” o “maggioritaria” una esigua corrente di pensiero, ovvero in cui, più subdolamente, viene dissimulato e tenuto nascosto al giudice l'alto tasso di errore delle ipotesi prospettate. Forse una parte di tali comportamenti è anche dovuta alla prassi, invalsa in talune procure, di nominare regolarmente gli stessi consulenti tecnici con il rischio che la prospettiva di uno stabile vincolo economico ed il reiterato legame con la pubblica accusa possa andare a scapito di una obiettività e serietà di giudizio dell'esperto. Il recente caso appena ricordato, con 358 consulenze in 9 anni, deve allora far riflettere».

I conflitti d'interesse a volte hanno dimensioni ben maggiori: in base ad un'indagine pubblicata sul *Journal of American Medical Association* [FRIEDBERG, SAFFRAN, STINSON, NELSON, BENNET, *Evaluation of conflict of interest in economic analyses of new drugs used in oncology*, in *JAMA*, 1999, 282, 1453] con riferimento a studi oncologici, è risultato che solo il 5% delle ricerche condotte sulla base di sovvenzioni delle industrie farmaceutiche raggiungono conclusioni sfavorevoli sull'uso di un farmaco prodotto da quella società, comparato con il 38% di studi sullo stesso prodotto effettuati grazie a finanziamenti non profit.

*iudex peritus peritorum*¹¹⁰: da una parte i rischi esterni al processo, derivanti dalla generale fallibilità della scienza; dall'altra quelli interni, riguardanti falsità e abusi degli esperti.

La questione è molto delicata, ma un dato è pacifico: il giudice dovrà evitare scorciatoie ricercando la soluzione nel ricorso al «libero convincimento», al proprio personale intuito svincolato dalla legge della scienza¹¹¹, o affidandosi esclusivamente al parere del consulente dell'accusa, ausiliario di un organo spesso ritenuto comunque imparziale, dedito alla ricerca della verità e pur sempre «autorità giudiziaria» e ciò in virtù di un antico retaggio culturale: come scrive Nobili¹¹², «qui da noi giudice e pubblico ministero stanno entrambi dentro quella stessa parola (autorità). Questa è l'atavica stortura, l'incrostazione di fondo [...] che quasi fa passare in secondo piano la struttura e l'importanza, altrimenti decisiva, dei modelli processuali via via adottati o riformati; ed infatti il concepire che a fronte dell'accusato stia una entità unica, l'autorità giudiziaria, incide profondamente sugli atteggiamenti operativi, sulle strutture mentali, procedurali, istituzionali, operative¹¹³».

¹¹⁰ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 322

¹¹¹ Come nota STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano 2001, 163 ss., nelle sentenze di diverse corti italiane ed europee si assiste oggi ad un «rilancio del principio del libero convincimento» attraverso degli iter motivazionali assai singolari: alla piena e molte volte esplicita, cognizione, infatti, da parte di quei giudici della oggettiva incertezza delle leggi della scienza nella spiegazione di un determinato nesso causale, seguono sentenze di condanna fondate invece su un convincimento soggettivo che il giudice si forma indipendentemente dai risultati della ricerca scientifica, magari rafforzato dall'utilizzo dei concetti di mera idoneità *ex ante* o di aumento del rischio. Con ciò queste sentenze hanno dato vita ad una deprecabile prassi giudiziaria incline a manipolare lo schema classico del diritto penale d'evento attraverso una flessibilizzazione del requisito della causalità e della colpevolezza, prassi i cui esiti, raggiunti anche attraverso le già citate consulenze tecniche che introducevano nel processo penale la causalità generale, hanno costituito la più chiara violazione dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale.

¹¹² NOBILI M., *Un quarto potere?*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale* (Atti del convegno di Modena, 27 aprile 1996) (a cura di Tirelli), Milano, 1998, 34

¹¹³ «Nonostante l'asserito sviluppo del nostro modello processuale, talune ambiguità del codice di rito hanno continuato a fornire l'avallo ad interpretazioni non in linea con la struttura di un autentico processo di parti, tanto che diversi settori della magistratura ordinaria [...] e la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale hanno perpetrato l'equivoco di un pubblico ministero "organo di giustizia" [Corte cost., sentenza n. 88 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 586], "parte *sui generis*" [Corte cost., sentenza n. 403 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 708], "parte pubblica" [Corte cost., sentenza n. 4 del 1992, *ivi*, 1992, 30], accreditando la "bizzarra idea di costituire il pubblico ministero come ricercatore imparziale di ogni prova, a carico e a favore" [FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, n. 2,, 429] [...] Ecco allora il motivo per cui il giudice potrebbe essere tentato dall'affidarsi alle conclusioni del consulente del P.M., ignorando, però, ciò che è sotto gli occhi di chiunque frequenti le aule giudiziarie e cioè che "non tutti i consulenti tecnici della pubblica accusa sono capaci di sottrarsi, con distaccata obbiettività, dalla psicologia accusatoria che è inevitabilmente collegata con l'ufficio del pubblico ministero, e in tal modo danno spesso supporto a tesi scientificamente fragili o francamente infondate" [FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 683]» CENTONZE F, op. cit., 1253-1254.

PARTE III

RESPONSABILITÀ DEL PERITO

3.1 Responsabilità disciplinare

Analizzato il quadro in cui si inserisce il contributo tecnico scientifico dei periti ed esposte le modalità operative degli stessi, si può ora affrontare il tema della responsabilità cui questi soggiacciono sotto il profilo tanto disciplinare che civile e penale.

L'iscrizione del professionista all'albo dei periti fa sorgere una serie di doveri.

Prescindendo dall'obbligo di mantenere determinati requisiti richiesti per l'iscrizione, il cui mancato rispetto non rappresenta illecito disciplinare, ma è causa di cancellazione dall'albo¹¹⁴, vengono in rilievo eventuali condotte illecite realizzate dal perito «atteso che tali condotte, come anche il mancato puntuale adempimento degli obblighi derivanti dai loro incarichi, possono costituire causa di cancellazione ove sia intervenuta una condanna con sentenza irrevocabile alla pena della reclusione per delitto non colposo (salvo sia intervenuta riabilitazione)¹¹⁵»

In ambito penale peraltro manca una disposizione analoga a quella presente nel settore civile, che fa riferimento, tra i requisiti per l'iscrizione, ad una «condotta morale specchiata¹¹⁶», locuzione che ha dato adito a non pochi dubbi interpretativi¹¹⁷.

Le sanzioni applicabili agli iscritti nell'albo dei periti sono indicate dall'art. 70 disp. att. cod. pen.: agli iscritti nell'albo dei periti che non abbiano adempiuto agli obblighi derivanti dal conferimento dell'incarico possono essere applicate, su segnalazione del giudice

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 68 Disp. Att. Codice Procedura Penale «l'albo dei periti previsto dall'articolo 67 è tenuto a cura del presidente del tribunale ed è formato da un comitato da lui presieduto e composto dal procuratore della Repubblica presso il medesimo tribunale, dal presidente del consiglio dell'ordine forense, dal presidente dell'ordine o del collegio a cui appartiene la categoria di esperti per la quale si deve provvedere ovvero da loro delegati.

Il comitato decide sulla richiesta di iscrizione e di cancellazione dall'albo.

Il comitato può assumere informazioni e delibera a maggioranza dei voti. In caso di parità di voti, prevale il voto del presidente.

Il comitato provvede ogni due anni alla revisione dell'albo per cancellare gli iscritti per i quali è venuto meno alcuno dei requisiti previsti dall'articolo 69 comma 3 o è sorto un impedimento a esercitare l'ufficio di perito».

¹¹⁵ CONTE LOFORTI, cit., 42.

¹¹⁶ Art. 15, Disp. Att. Trans. Codice Procedura Civile: «possono ottenere l'iscrizione nell'albo coloro che sono forniti di speciale competenza tecnica in una determinata materia, sono di condotta morale specchiata e sono iscritti nelle rispettive associazioni professionali»

¹¹⁷ Ad es. secondo Consiglio Stato, sez. III, 30 gennaio 1996, n. 1550, Min. giust., in Cons. Stato 1996, I, 1671 «Illegittimamente è negata l'iscrizione dei consulenti tecnici della Corte d'appello, per difetto del requisito della specchiata condotta morale, ai sensi dell'art. 15 disp. att. c.p.c., di cui al r.d. 18 dicembre 1941 n. 1368, l'aspirante che rivesta l'attuale *status* di pubblico funzionario ed a carico del quale siano state sporte denunce e segnalazioni, non seguite da condanna».

precedente, le sanzioni dell'avvertimento, della sospensione dall'albo per un periodo non superiore a un anno o della cancellazione.

Il secondo comma dell'articolo in parola dispone poi la sospensione dall'albo nei confronti delle persone imputate per delitto non colposo per il quale è consentito l'arresto in flagranza.

Organo competente a decidere in relazione alle sanzioni è il comitato presieduto dal presidente del tribunale e composto dal procuratore della Repubblica presso il medesimo tribunale, dal presidente del consiglio dell'ordine forense, dal presidente dell'ordine o del collegio a cui appartiene la categoria di esperti per la quale si deve provvedere ovvero da loro delegati¹¹⁸.

3.2 Responsabilità civile

La violazione dei doveri di diligenza e correttezza può far sorgere a carico del perito una responsabilità civile nei confronti delle parti del processo.

Va rilevato che nel codice di procedura penale non è presente alcuna disposizione analoga all'art. 64 c.p.c., secondo cui «il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti», oltre ad essere punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a 10.329 euro, è tenuto «in ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti».

Ciò non è però ostativo al riconoscimento del diritto a pretendere il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.¹¹⁹ che sorge in capo alla parte che abbia subito un concreto pregiudizio in conseguenza dell'operato del perito in un processo penale.

Il titolo di imputazione soggettiva (dolo, colpa grave, colpa) necessario ai fini della integrazione dell'illecito aquiliano potrà poi variare in relazione al caso concreto¹²⁰.

¹¹⁸ Ai fini dell'applicazione delle sanzioni disciplinari, il presidente del tribunale contesta l'addebito al perito mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, invitandolo a fornire deduzioni scritte entro il termine di dieci giorni dalla ricezione della raccomandata. Decorso tale termine e assunte se del caso informazioni, il comitato delibera (art. 71 disp. att. c.p.p.).

Entro quindici giorni dalla notificazione, contro le decisioni del comitato può essere proposto reclamo sul quale decide una commissione composta dal presidente della corte di appello nel cui distretto ha sede il comitato, dal procuratore generale della Repubblica presso la corte medesima, dal presidente del consiglio dell'ordine forense, dal presidente dell'ordine o del collegio professionale cui l'interessato appartiene ovvero da loro delegati.

Della commissione non possono far parte persone che abbiano partecipato alla decisione oggetto del reclamo. La commissione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti. (art. 71 disp. att. c.p.p.)

¹¹⁹ Secondo cui «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

¹²⁰ Si veda ad es. Corte appello Milano, 27 marzo 1981, Camozzi c. Marrubini, in *Riv. it. medicina legale* 1997, 180. Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.), le obbligazioni assunte dal professionista

3.3 Responsabilità penale

La responsabilità penale del perito può trovare la propria origine dalla violazione degli artt. 366 (rifiuto di uffici legalmente dovuti), 373 (falsa perizia o interpretazione), 374 (frode processuale) del codice penale.

Il primo articolo menzionato punisce con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da 30 euro a 516 euro il perito nominato dall'Autorità giudiziaria che ottiene con mezzi fraudolenti l'esenzione dall'obbligo di comparire o di prestare il suo ufficio nonché il perito chiamato dinanzi all'Autorità giudiziaria per adempiere ad alcuna delle predette funzioni, che rifiuta di dare le proprie generalità, ovvero di prestare il giuramento richiesto, ovvero di assumere o di adempiere le funzioni medesime.

Secondo la giurisprudenza di legittimità «non integra il reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti, previsto dall'art. 366 comma 2 c.p., la condotta del perito che, nominato dal giudice per l'espletamento di un incarico, non compaia all'udienza fissata per il giuramento senza giustificare il motivo dell'assenza, non potendo essere equiparata la mancata comparizione al rifiuto di assumere l'incarico, in quanto tale comportamento non determina una situazione di ostacolo al funzionamento della giustizia, potendo il giudice disporre, in base all'art. 133 c.p., l'accompagnamento coattivo del perito¹²¹».

Ai sensi dell'art. 373 c.p. è punito con la reclusione da due a sei anni il perito che, nominato dall'Autorità giudiziaria, dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi

sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale solo al fine di raggiungere il risultato sperato ma non a conseguirlo. L'inadempimento consiste cioè nella inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176, comma 2, c.c. che è la normale diligenza con riguardo alla natura dell'attività esercitata, inosservanza che si risolve nella colpa anche lieve, eccetto che si tratti di prestazioni di speciale difficoltà, nel qual caso la diligenza deve essere valutata con minore rigore, in modo che il professionista risponde solo della colpa grave oltre che del dolo, ai sensi dell'art. 2236 c.c. (Nel caso concreto si è affermata la legittimità della pretesa del perito medico legale di parte, in quanto lo stesso non è tenuto a seguire supinamente le istruzioni ed i comportamenti concordati con la cliente).

¹²¹ Cassazione penale, sez. VI, 26 maggio 2005, n. 26925, S., in *Ced Cassazione* 2005, RV231868.

E' altresì stato precisato che «il reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti (art. 366 c.p.) sanziona comportamenti prodromici all'assunzione di funzioni pubbliche, con esclusione pertanto di quelle riguardanti la fase dell'esecuzione dell'incarico, che possono rilevare ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 328 c.p. (Fattispecie relativa a reiterata omissione del deposito della relazione da parte del consulente tecnico). Cassazione penale, sez. VI, 01 dicembre 2004, n. 9048, A., in *Ced Cassazione* 2005, RV231295.

In senso contrario è stato affermato che «l'omesso deposito della relazione di consulenza tecnica affidata dal giudice civile non integra il delitto di omissione di atti d'ufficio, bensì quello di rifiuto di uffici legalmente dovuti; quest'ultimo, infatti, è contemplato da una norma speciale rispetto a quella incriminatrice della omissione di atti d'ufficio». Tribunale Oristano, 07 marzo 1991, Carboni, in *Riv. giur. Sarda* 1992, 732 nota ANGIONI

al vero. La condanna importa, oltre l'interdizione dai pubblici uffici, l'interdizione dalla professione o dall'arte.

Sia secondo dottrina che giurisprudenza il reato *de quo* non può essere commesso dal consulente tecnico del pubblico ministero (nonché, *a fortiori*, dal consulente del difensore), salvo, in ambito civilistico, quanto disposto dall'art. 64 c.p.c.¹²²: nel giudizio penale invece «non è configurabile il delitto di falsa perizia di cui all'art. 373 c.p. con riferimento all'attività svolta dal consulente tecnico del p.m. il quale non riveste la qualità di perito»¹²³.

L'art. 373 c.p. («frode processuale¹²⁴») punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni il perito che nella esecuzione di una perizia immuta artificiosamente lo stato dei luoghi o delle cose o delle persone¹²⁵.

La Suprema Corte¹²⁶ ha affermato che «in tema di frode processuale, prevista dall'art. 374 c.p., l'immutazione dei luoghi non integra il reato solo quando sia talmente grossolana e così agevolmente percepibile a prima vista da non essere idonea a indurre in errore nessuno, non comportando il pericolo implicato dalla norma incriminatrice, pericolo che esiste invece ogni qual volta l'immutazione sia percepibile soltanto a un esame non superficiale e possa sfuggire a un occhio non particolarmente esperto». (Fattispecie riguardante un immobile sul quale era stata disposta perizia per l'accertamento di vizi

¹²² Si veda il paragrafo precedente.

¹²³ Cassazione penale, sez. VI, 26 marzo 1999, n. 1096, Parenzan e altro, in *Riv. it. medicina legale* 2000, 871. In senso analogo Cassazione penale, sez. VI, 26 marzo 1999, n. 1096, Poletti, in *Cass. pen.* 2000, 1958: «Il reato di falsa perizia (art. 373 c.p.) non è ipotizzabile con riferimento all'attività dei consulenti di cui possono avvalersi sia il difensore sia il p.m. Ciò si desume non solo dal principio di stretta legalità sancito dall'art. 2 c.p., che inibisce il ricorso all'interpretazione analogica, ma, indirettamente, anche dal fatto che in occasione delle modificazioni apportate dall'art. 11 comma 6 del d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356, in tema di subornazione, è stato incluso tra le persone verso le quali si dirige l'opera del subornatore proprio il consulente tecnico: il che contribuisce a far ritenere che l'omessa indicazione del consulente tecnico nella norma dell'art. 373 c.p. sia intenzionale».

¹²⁴ Diversa è la cosiddetta truffa processuale, «consistente nel fatto di chi, inducendo in errore il giudice in un processo civile o amministrativo mediante artifici o raggiri, ottenga una decisione favorevole non integra il reato di cui all'art. 640 c.p., in quanto in tale fattispecie viene a mancare un elemento costitutivo del reato, e cioè l'atto di disposizione patrimoniale. Il giudice infatti con il suddetto provvedimento non compie un atto di disposizione espressione dell'autonomia privata e della libertà di consenso, ma esercita il potere di natura pubblicistica, connesso all'esercizio della giurisdizione. Nè può assumere rilevanza la riserva contenuta nell'art. 374 c.p. che si riferisce ai casi in cui il fatto sia specificatamente preveduto dalla legge nei suoi elementi caratteristici» (in applicazione di tale principio la Corte ha affermato che non integra gli estremi dell'illecito penale la condotta del legale che intraprenda azioni legali avanti al Tar avvalendosi di procure alle liti con sottoscrizioni apocriefe degli interessati e che, all'esito vittorioso di dette azioni, quantifichi i propri compensi professionali per l'opera prestata utilizzando uno scaglione tariffario diverso da quello da applicare).

Cassazione penale, sez. II, 26 novembre 2002, n. 3135, Quattrone e altro, in *D&G - Dir. e giust.* 2003, 16 87

¹²⁵ Lo stesso articolo prevede che «la punibilità è esclusa, se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza, e questa non è stata presentata».

¹²⁶ Cassazione penale, sez. VI, 06 novembre 1998, n. 13645, Scialpi, in *Cass. pen.* 2000, 888. L'orientamento è costante: si vedano anche, ad es., Cass. 6 novembre 1998, in *Cass. Pen.*, 2000, 888; Cassazione penale, sez. VI, 06 aprile 1988, Pispero, in *Cass. pen.* 1990, I, 848, Cass. 24 maggio 1985, in *Cass. Pen.*, 1986, 1769.

redibitori, derivanti da difetti dell'impianto idrico causativi di umidità nei muri, immobile del quale l'imputato aveva provveduto a ritinteggiare le pareti, così da occultare dette tracce, rilevabili solo da un occhio esperto e a seguito di attento esame).

Discutibile invece (in quanto pare contrabbandare una operazione analogica con una interpretazione estensiva) la pronuncia con cui è stato affermato che «con interpretazione estensiva, lecita anche con norme penali, è possibile ritenere che l'art. 374 c.p. (frode processuale) includa anche la previsione degli accertamenti *ex* art. 354 c.p.p. (Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone)¹²⁷».

In relazione agli artt. 373 e 374 c.p. sono previste delle aggravanti oggettive: la pena è della reclusione da tre a otto anni se dal fatto deriva una condanna alla reclusione non superiore a cinque anni; è della reclusione da quattro a dodici anni, se dal fatto deriva una condanna superiore a cinque anni; ed è della reclusione da sei a venti anni se dal fatto deriva una condanna all'ergastolo (art. 375 c.p.).

L'articolo successivo, infine, prevede la non punibilità per il colpevole che ritratti il falso e manifesti il vero non oltre la chiusura del dibattimento.

¹²⁷ Cassazione penale, sez. III, 09 luglio 1996, n. 8699 Perotti e altro, in *Cass. pen.* 1997, 3416. Nella specie la suprema Corte ha osservato che tali accertamenti, per la parte che interessa, hanno lo stesso scopo e contenuto del mezzo di ricerca della prova, disposto dall'autorità giudiziaria, che l'art. 246 c.p.p. classifica come ispezione.