

Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel processo di appello e prova tecnica: lo "stato dell'arte" - dopo la sentenza Pavan- (anche) sulla pretesa neutralità della perizia (Nota a Cass., Sez. Un., c.c. 28 gennaio 2019 (dep. 2 aprile 2019), n. 14426, Pres. Carcano, Rel. Rago, Ric. Pavan)

di
Donato Polidoro*

SOMMARIO: 1. La questione litigiosa. - 2. Il contrasto interpretativo. - 3. L'opzione decisoria. - 4. Verso il superamento della pretesa neutralità probatoria della perizia. - 5. (Segue): i nodi ancora da "sciogliere".

1. La questione litigiosa.

La "sentenza Pavan" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ ha chiarito una rilevante problematica ermeneutica emersa all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. -introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103- che introdusse, a livello di dettato codicistico, una nuova ipotesi di rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello².

In particolare, con il succitato art. 603, comma 3-bis, c.p.p. il legislatore recepì normativamente gli approdi giurisprudenziali -tanto europei³, quanto nazionali⁴-

* Dottorando di ricerca in *Law and Cognitive neuroscience* presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano - XXXIII Ciclo".

¹ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, in *Cass. pen.*, 2019, 11, 3859.

² Il riferimento è all'obbligo posto in capo al giudice dell'appello di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa» (art. 603, comma 3-bis c.p.p.).

³ Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in www.echr.coe.int. In proposito, v., tra le tante, Corte EDU, Sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4556; Id., Sez. II, sent. 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia, in www.echr.coe.int; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, in www.echr.coe.int; Id., Sez. III, 9 aprile 2013, Fleuras c. Romania, in www.echr.coe.int; Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in www.echr.coe.int.

⁴ Sul punto, v. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. Pen.*, 2016, 9, 3203, nonché Cass., Sez. un. 19 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.* 2017, 7/8, 2666.

ed individuò, per l'effetto, le c.d. condizioni operative che devono ricorrere affinché, nell'ambito del giudizio d'appello, si debba procedere alla riassunzione dei mezzi di prova "a contenuto dichiarativo" già raccolti durante il giudizio di primo grado nel caso di riforma *in malam partem* della sentenza di assoluzione: il *target* auspicato, all'evidenza, consisteva, con riguardo allo specifico profilo, nel colmare la distanza tra processo di primo grado e di appello in punto di effettività del doppio grado di giurisdizione di merito e, soprattutto, di congruo rispetto delle garanzie giudiziarie di rilievo costituzionale riconosciute in favore dell'imputato⁵.

Sennonché, l'entrata in vigore del prefato art. 603, comma 3-bis, c.p.p. ha fatto emergere molteplici difficoltà interpretative in merito alla concreta applicabilità della novella normativa.

Nel caso *de quo*, per quanto interessa in questa sede, la circostanza che il legislatore non avesse affrontato *expressim* la relazione che corre tra *reformatio in peius* all'esito del processo di appello della sentenza assolutoria e l'assunzione della c.d. prova tecnica, ha comportato il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali contrastanti in ordine alla necessità di rinnovare l'assunzione anche delle dichiarazioni dei periti e/o dei consulenti tecnici, ove siano risultate determinanti ai fini della riforma della decisione emessa dal giudice di primo grado.

Pertanto, nell'ambito del contesto ermeneutico in discorso, si è posto lo specifico *dictum*, che ha affermato il principio secondo cui «la dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa» e, quindi, «ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa»⁶ ed

⁵ Sullo specifico punto, v., altresì, GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti e dialogo tra corti*, Pisa, 2018, 408, nel quale si legge che «i percorsi paralleli battuti dalla giurisprudenza interna e da quella sovranazionale hanno posto in risalto le distanze tra lo "statuto convenzionale" del diritto al controllo di merito e le prassi interne. Sin dall'entrata in vigore della codificazione vigente era emerso il distacco -disarmonico- tra il primo e il secondo grado di giudizio: l'uno ispirato al principio del contraddittorio, salvo eccezioni, ed attuato tendenzialmente nel rispetto dei canoni dell'oralità e dell'immediatezza, e l'altro, meramente cartolare, fondato su una conoscenza dei fatti mediata dalla lettura di quanto valutato nel primo grado di giudizio».

⁶ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3872.

ha -per così dire- “depotenziato” la pretesa neutralità euristica della prova tecnica nell’ambito del processo penale.

Procediamo con ordine.

2. Il contrasto interpretativo.

La seconda sezione della Corte di cassazione -con l’ordinanza del 23 maggio 2018- ritenne necessario, ai sensi e per gli effetti dell’art. 618 c.p.p., rimettere alle Sezioni unite la risoluzione della questione «*se la dichiarazione resa dal perito (o dal consulente tecnico) possa costituire prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale il giudice di appello dovrebbe, qualora la ritenga decisiva, procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa*»⁷.

In particolare, il campo era conteso, sul punto, tra due contrastanti orientamenti: da un lato, si ponevano le pronunce secondo cui -alla stregua di quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte EDU- il giudice di appello, in caso di “ribaltamento” della sentenza assolutoria, avrebbe avuto l’obbligo di riassumere le dichiarazioni dei consulenti tecnici e dei periti già escussi nel giudizio di prima grado: infatti, una contraria affermazione si sarebbe posta in evidente contrasto con i principi del giusto processo, in quanto «*la funzione svolta dal perito nel processo, e l’acquisizione dei risultati a cui l’esperto è giunto nello svolgimento dell’incarico peritale - ossia l’esame in dibattimento secondo le disposizioni sull’esame dei testimoni (cfr. art. 501 cod. proc. pen.) - impone che la rivalutazione della prova sia preceduta dal riascolto dello stesso. Ma anche gli altri medici autori di valutazioni rese in documenti, in quanto ascoltati in dibattimento nella qualità di testimoni, assumono tale stato: cosicché la rivalutazione delle dichiarazioni [...] impone il riascolto dei testi*»⁸; dall’altro lato, invece, si ponevano le decisioni -che segnalavano un indirizzo maggioritario- secondo cui la c.d. prova tecnica non era equiparabile a quella dichiarativa *stricto sensu* e, pertanto, non sarebbe esistito

⁷ Cass., Sez. II, 23 maggio 2018, Pavan, in www.archiviopenale.it, 12.

⁸ Cass., Sez. II, 1° luglio 2015, S.A., in *Mass. Uff.*, 264542, nonché, in senso analogo, Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2016, Maggi, in *Mass. Uff.*, 26903501, ovvero Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2018, Lumaca, in www.italgiure.giustizia.it e Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018, D’Angelo, in www.italgiure.giustizia.it.

alcun obbligo per il giudice di secondo grado di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di *overturning* accusatorio⁹.

In particolare, la tesi in discorso si fondava sull'asserita differenza ontologica tra la prova dichiarativa -da intendersi, in senso stretto, come quella testimoniale- e, per l'appunto, la prova tecnica: infatti, *«pur se il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni, la loro relazione forma parte integrante della deposizione ed inoltre essi sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione, cosicché la loro posizione non è totalmente assimilabile al concetto di "prova dichiarativa" espresso nella sentenza 'Dasgupta', tanto è vero che nella motivazione delle Sezioni unite, laddove si elencano i casi in cui è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa, non si menzionano periti e consulenti»*¹⁰.

In tale contesto interpretativo, la seconda sezione della Corte di cassazione, con l'ordinanza in discorso, rilevò che -pur sussistendo una sostanziale *«diversità tra il ruolo del testimone rispetto a quello del perito o del consulente tecnico, i quali, a differenza del primo sono professionisti incaricati dal giudice o da una delle parti ad espletare un'attività di supporto tecnico-scientifico, implicante specifiche competenze in loro possesso»*- era necessario, in ogni caso, evidenziare che nell'ambito del dibattimento -in considerazione di quanto previsto dall'art. 511, 3° co., c.p.p.- *«l'attenzione del giudice si indirizza non tanto sull'elaborato tecnico in precedenza realizzato bensì direttamente sull'esperto, che assume piuttosto la dimensione di 'soggetto di prova'»*. Ne

⁹ Cass., Sez. II, 23 maggio 2018, Pavan, cit., 7.

¹⁰ Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 1691, Abruzzo, in Cass. pen. 2017, 7-8, 2859. Inoltre, v. Cass., Sez. III, 18 ottobre 2017, Colleoni, in *www.italggiure.giustizia.it*, la quale, nello specifico, ha affermato che in caso di esame di un "testimone tecnico", *«non si tratta di stabilire l'attendibilità del dichiarante e la credibilità del racconto sotto il profilo della congruenza, linearità e assenza di elementi perturbatori dell'attendibilità, ma di valutare la deposizione del perito alla luce dell'indirizzo ermeneutico in tema di valutazione della prova scientifica secondo cui, in virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e con-futi in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, non è sindacabile dal giudice di legittimità»*.

conseguiva, all'evidenza, che «l'attività del perito (o del consulente tecnico) [...] presenta punti di contatto con quella di testimone, tali da fornire un concreto sostrato argomentativo, almeno in parte qua, all'assimilabilità della perizia o della consulenza tecnica alla prova dichiarativa, con le relative conseguenze processuali in caso di ribaltamento in appello dell'esito assolutorio del primo grado»¹¹.

Pertanto, la rimessione della questione in discorso alle Sezioni unite si impose al fine di valutare se estendere al giudizio d'appello i principi del giusto processo, con particolare riguardo a quelli del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

In altri termini, sembrò evidente, alla luce dei suspecificati orientamenti contrastanti, l'esigenza di risolvere il contrasto ermeneutico se «la revisione del giudizio liberatorio espresso in primo grado, implicando il superamento di ogni dubbio sull'innocenza dell'imputato, postula il ricorso al 'metodo migliore per la formazione della prova', ossia all'oralità ed all'immediatezza, potrebbe pervenirsi alla conclusione che 'il metodo migliore della formazione della prova', valutata diversamente nei due gradi di giudizio, transiti anche attraverso la rinnovazione dell'esame dei periti»¹².

3. L'opzione decisoria.

La sentenza Pavan ha chiarito le ragioni su cui si fonda il succitato principio di diritto alla stregua del quale è necessario procedere alla rinnovazione dell'esame dibattimentale dei periti e dei consulenti tecnici in caso di "ribaltamento" in appello della sentenza di primo grado, in senso peggiorativo per l'imputato.

¹¹ Cass., Sez. II, 23 maggio 2018, Pavan, cit., 8-9.

¹² Cass., Sez. II, 23 maggio 2018, Pavan, cit., 10. Per un'analisi più approfondita, v. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., 3203, nonché, in dottrina, tra i tanti, CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 6, 41 ss.; CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *Archivio penale Web*, 2016, 2; DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in RANALDI, *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione, restaurazione*, Pisa 2019, 202; GIUNCHEDI, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio*, in *www.archiviopenale.it*; LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le sezioni unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*; MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *Archivio penale Web*, 2017, 2; TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, 3, 79 ss. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Archivio penale Web*, 2017, 2.

In primo luogo, la Suprema Corte ha ripercorso le tappe principali del percorso giurisprudenziale e legislativo che hanno interessato la *vexata quaestio*: infatti, il primo passaggio del ragionamento logico-giuridico sotteso all'affermazione del principio *de quo*, concerne l'analisi delle più risalenti decisioni giurisprudenziali emesse nel tentativo di fornire chiari e precisi criteri interpretativi al fine di "risolvere", per l'appunto, la problematica della «*contraddittorietà della decisione sulla colpevolezza dell'imputato, derivante da due sentenze dal contenuto antitetico pur essendo entrambe fondate sulle medesime prove*»¹³.

La Corte di cassazione, infatti, ha rilevato che il tema in esame non ha un'origine recente, ma, al contrario, già in passato la giurisprudenza -con particolare riferimento alle sentenze Andreotti¹⁴ e Mannino¹⁵- ha cercato di rispondere al

¹³ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3862.

¹⁴ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Mass. Uff.*, 226093.

¹⁵ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, 231674, la quale, da un lato, in relazione al principio del contraddittorio cartolare, afferma che «*l'appello del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria emessa dal giudice del dibattimento, salva l'esigenza di contenere la pronuncia nei limiti dell'originaria contestazione, ha effetto "pienamente devolutivo", attribuendo tradizionalmente al giudice ad quem gli ampi poteri decisorii elencati negli artt. 515 comma 2 cod. proc. pen. 1930 e 597 comma 2 lett. b) del vigente codice di rito [...]* Ciò comporta, da un lato, che il giudice dell'appello è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della motivazione della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica, non essendo vincolato alle alternative decisorie prospettate con i motivi di appello, e dall'altro che l'imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze difensive che concernono la ricostruzione probatoria del fatto e la sussistenza delle condizioni che configurano gli estremi del reato, in riferimento alle quali il giudice dell'appello non può sottrarsi all'onere di esprimere le sue determinazioni»; dall'altro lato, in riferimento all'onere in capo al giudice della motivazione rafforzata della sentenza di appello, le Sezioni unite Mannino chiariscono che «*il giudice di appello che riformi totalmente la sentenza di primo grado, caratterizzata come nella specie da un solido impianto argomentativo, ha l'obbligo non solo di delineare con chiarezza le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio ma anche di confutare specificamente e adeguatamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza e, soprattutto quando all'assoluzione si sostituisca la decisione di colpevolezza dell'imputato, di dimostrarne con rigorosa analisi critica l'incompletezza o l'incoerenza, non essendo altrimenti razionalmente giustificata la riforma*». Inoltre, su quest'ultimo punto, si v., tra le tante, anche Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2019, T.I., B.G., B.V., in www.italgiure.giustizia.it, secondo cui «*per ribaltare una pronuncia assolutoria di primo grado e pervenire all'affermazione della penale responsabilità degli imputati, il giudice d'appello non può basarsi su valutazioni semplicemente diverse dello stesso compendio probatorio, ma deve fondarsi su elementi dotati di effettiva e scardinante efficacia persuasiva, in grado di offrire quella "motivazione rafforzata" tale da far cadere ogni ragionevole dubbio. Ove il giudice di merito, in virtù del principio del libero convincimento e dell'insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, abbia operato la sua scelta, fra le varie tesi prospettate dai differenti periti di ufficio e consulenti di parte, dando conto, con motivazione accurata e approfondita, di essersi soffermato sulle tesi disattese e di aver confutato in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, è inibito al giudice di legittimità di procedere a una differente*

succitato quesito mediante l'introduzione dei principi del contraddittorio cartolare e, soprattutto, della motivazione rafforzata.

Nello specifico, «la combinazione di questi due principi ha [...] consentito [...] di ritenere 'che le fondamentali garanzie di cui agli artt. 24, comma secondo, e 111 Cost. attinenti al pieno esercizio delle facoltà difensive, anche per i profili della formazione della prova nel contraddittorio fra le parti e l'obbligo di valutazione della stessa nel rispetto dei canoni di legalità e razionalità, siano riconosciute ed assicurate nel giudizio di appello instaurato a seguito dell'impugnazione del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria di primo grado'»¹⁶.

Tuttavia, è stata la giurisprudenza sovranazionale a rappresentare il vero punto di svolta a livello interpretativo e, per l'effetto, a fornire un contributo decisivo alla risoluzione del caso in esame.

In particolare, la Corte EDU ha ridotto sensibilmente le "distanze" regolamentari tra il procedimento di primo e di secondo grado, mediante l'ampliamento, in via ermeneutica, delle ipotesi in cui è necessario procedere ad una nuova assunzione delle prove già acquisite in prima istanza: in plurime occasioni, infatti, come già accennato in precedenza, i giudici di Strasburgo hanno statuito che viola l'art. 6 CEDU la riforma in appello della sentenza di assoluzione che non sia stata preceduta da una nuova audizione delle fonti di prova dichiarativa ritenute decisive e rilevanti ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato¹⁷.

valutazione, in quanto l'accertamento in fatto è insindacabile se non entro i limiti del vizio motivazionale», nonché Cass., Sez. II, 18 luglio 2018, Edilscavi Snc, in www.italgiure.giustizia.it, la quale ha affermato che «nel caso di ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado, pur non potendosi configurare un obbligo di rinnovazione istruttoria ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis cod. proc. pen., sussiste un obbligo di motivazione rafforzata, sicché può incidere negativamente sulla convalida della tenuta logica della decisione, una motivazione fondata sulla decisiva valorizzazione della assenza di una prova acquisibile».

¹⁶ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3862.

¹⁷ A tal proposito, si v. *sub* nota 3. Inoltre, per un commento dottrinale sulla citata giurisprudenza convenzionale, nonché sui primi recepimenti della giurisprudenza nazionale, si v. *sub* nota 12, nonché, BOREA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel "Giusto processo" d'appello alla luce della giurisprudenza della C.e.d.u.*, in *Archivio penale Web*; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. Pen.*, 2015, 1, 233 ss.; GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Archivio penale Web*; MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, 1035 ss.;

Nello specifico, «*il vulnus individuato dalla Corte EDU al principio del giusto processo consiste nella violazione del principio di oralità ed immediatezza, il solo che può consentire al giudice di valutare direttamente e correttamente una prova dichiarativa*».

Pertanto, nell'eventualità in cui «*il giudice di appello intenda riformare in peius una sentenza di assoluzione, deve attivare il contraddittorio e sentire nuovamente i testi al fine di dissipare i dubbi sorti su quelle dichiarazioni (sempre che, ovviamente, siano rilevanti ai fini del giudizio), non potendo rivalutarle, in contrasto con la valutazione datane dal primo giudice, solo sulla base di quanto risulti verbalizzato*»¹⁸.

Stando così le cose, allora, la giurisprudenza nazionale, in ossequio al canone ermeneutico dell'interpretazione conforme, non poteva non recepire il principio di diritto affermato dalla Corte EDU¹⁹ e, quindi, ha statuito -attraverso le citate sentenze Dasgupta²⁰ e Patalano²¹- che «*il giudice di appello non può riformare la*

PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, in *Arch. Pen.*, 2015, 1, 327; PRESACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7/8, 260 ss.; REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. Pen.*, 2014, 3, 737; SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale. Una decisione che fa discutere*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, 1047 ss.; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. Cont. Riv. Trim.*, 2014 3-4, 240.

¹⁸ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3863.

¹⁹ Il riferimento è, all'evidenza, all'obbligo in capo al giudice nazionale di interpretare il diritto interno in modo conforme a quanto statuito dalla giurisprudenza europea, così come sancito dapprima dalle cc.dd. Sentenze gemelle (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 1, 197 e Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 1, 229) e, più recentemente da Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, 3, 1022, la quale ha affermato che «*il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, dato il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea. A fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con una pronuncia della Corte europea, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione*».

²⁰ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit..

²¹ Cass., Sez. un. 19 gennaio 2017, Patalano, cit., 2666, la quale ha affermato che «*sussiste vizio di motivazione ex art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. per la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni. A chiarirlo sono le sezioni Unite che bocciarono la scelta di alcune sezioni semplici di ritenere la rinnovazione istruttoria non coerente con le specificità del rito abbreviato. Per la Corte, invece, la*

sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, c.p.p, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado». Ne consegue che «qualora il giudice non abbia proceduto in tal modo, si integra un vizio di motivazione della sentenza di appello ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p, per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p.»²².

Infine, il legislatore -con la l. 23 giugno 2017, n. 103- ha riconosciuto a livello normativo il suspecificato orientamento giurisprudenziale, mediante l'introduzione nell'art. 603 c.p.p. -dedicato, per l'appunto, ai casi di rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale- del comma 3-bis, il quale impone testualmente che «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»²³.

Alla luce del suspecificato contesto normativo e giurisprudenziale, la sentenza Pavan ha riconosciuto, in sede argomentativa, che le difficoltà ad estendere l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello alle dichiarazioni del c.d. "expert witness" derivava da un duplice ordine di ragioni: per

regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, direttamente collegata al principio costituzionale della presunzione di innocenza, impone la diretta escussione delle persone che hanno reso le dichiarazioni ritenute a tal fine decisive: ribaltamento della pronuncia assolutoria, operato sulla scorta solo di una valutazione cartolare del materiale probatorio a disposizione del primo giudice, finirebbe con il contenere in sé l'implicito dubbio ragionevole sulla colpevolezza».

²² Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., la quale ha specificato, altresì, che il prefato principio di diritto deriva, per l'appunto, dai «principi contenuti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU». Ne consegue che l'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU -inerente proprio il diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico- «pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (convenzionalmente orientata) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne».

²³ Pertanto, «si può, quindi, affermare che – fermo il principio della motivazione rafforzata – si è passati, gradualmente, dalla soluzione prospettata dalle Sez. U. Andreotti e Mannino, fondata sull'interpretazione evolutiva del diritto interno, a quella delle Sez. U. Dasgupta, basata sul diritto comunitario, a quella, infine, sancita da una espressa norma di legge che ha recepito il consolidato principio di diritto enunciata dalla Corte EDU nella sentenza Dan c. Moldavia» (Cass., sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3865).

un verso, dalla corretta interpretazione del sintagma “prova dichiarativa” e, per altro verso, dalla mancanza, per il mezzo di prova della perizia, del necessario carattere di decisività²⁴.

Ed ecco il punto.

Sotto il primo profilo, s'è chiarito che, ai fini dell'eventuale rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, non sussiste, in realtà, alcuna differenza ontologica tra la prova dichiarativa in senso stretto e la prova tecnica²⁵: infatti, la disciplina codicistica -con particolare riferimento alle disposizioni inerenti le modalità di acquisizione della perizia nel dibattimento²⁶- consente, al contrario, di assimilare «*nel suo nucleo essenziale - il perito al testimone*»²⁷.

Pertanto, s'è evidenziato che, agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis c.p.p., per prova dichiarativa «*deve intendersi quell'atto comunicativo con il quale un emittente*

²⁴ Infatti, «*sebbene l'art. 603, co. 3-bis, c.p.p., non fosse ancora in vigore all'epoca del fatto per il quale si è svolto il processo*» oggetto della sentenza in esame, «*la nuova regola non può non rappresentare il punto di riferimento per la soluzione dei casi controversi*». Pertanto, posto che «*la legge non specifica né chiarisce cosa si debba intendere per "prova dichiarativa" [...] è opportuno darne una definizione e stabilire, quindi, quale sia il suo campo di applicazione*». (Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3863).

²⁵ Sul punto, si consenta POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *Archivio penale web*, 2018, 32-33, nel quale si chiarisce che secondo una parte della giurisprudenza nazionale «*la perizia è un mezzo di prova sostanzialmente diverso dalla testimonianza, tanto per funzione all'interno del processo, quanto per la valutazione che compie su di essa il giudice, alla stregua dei principi espressi in materia dalla giurisprudenza. Infatti, "se è pur vero che i periti e i consulenti tecnici sentiti in dibattimento assumono le vesti di testimone [...] e la loro relazione forma parte integrante della deposizione, nondimeno è altrettanto vero che costoro sono chiamati a formulare un parere tecnico ed a esprimere valutazioni alla luce dei principi scientifici e per questo non possono essere assimilati alla prova dichiarativa tout court [...]".*».

²⁶ Il riferimento non può che rinviare all'art. 501 c.p.p., secondo il quale «*per l'esame dei periti e dei consulenti tecnici si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili*».

²⁷ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3865. Inoltre, lo specifico assunto può essere desunto, altresì, «*dalla sedes materiae, ossia dalla circostanza che sia la testimonianza che la perizia sono considerate "mezzi di prova"; dall'impegno che sia il perito (art. 226 cod. proc. pen.) che il testimone (art. 497 cod. proc. pen.) devono assumere, impegni che si differenziano solo per la diversità dell'oggetto su cui deve vertere il narrato; dalle conseguenze penali in caso di falsa testimonianza (art. 372 cod. pen.) o di falsa perizia o interpretazione (art. 373 cod. pen.); dalle modalità dell'esame, per le quali, l'art. 501 cod. proc. pen. rinvia alle "disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili": quindi, esame incrociato ex art. 498 cod. proc. pen., posto che l'art. 468, comma 1, cod. proc. pen. stabilisce che le parti che intendano chiedere l'esame dei periti devono inserirli nelle proprie liste testi; possibilità di un confronto, ex art. 211 cod. proc. pen. fra perito e consulenti di parte [...]; contestazioni ex art. 500 cod. proc. pen. ove siano intese a stigmatizzare contraddizioni o lacune espositive di natura fattuale e valutative sia rispetto a quanto affermato nel corso dell'esame sia rispetto a quanto scritto nella relazione previamente depositata*»

trasmette, attraverso il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza e che siano rilevanti ai fini della decisione»; ne consegue che «ove risulti decisiva, il giudice di appello - nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento della medesima - ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l'esame del suddetto emittente»²⁸.

In altri termini, s'è sottolineato che il perito è perfettamente assimilabile al testimone in quanto «sia il testimone che il perito trasmettono le informazioni di cui sono a conoscenza nel corso del dibattimento davanti ad un giudice, nel contraddittorio delle parti avvalendosi del linguaggio verbale, ossia di quel mezzo di comunicazione che attua e garantisce i principi di oralità ed immediatezza che, come si è detto, sono alla base dell'introduzione del comma 3-bis dell'art. 603 cod. proc. pen.»²⁹; inoltre, s'è statuito che è priva di pregio l'affermazione per cui la perizia sarebbe diversa dalla testimonianza quantomeno sotto il profilo contenutistico, poiché «il testimone espone un fatto che ha percepito», mentre «il perito valuta un fatto e dà di esso una spiegazione avvalendosi delle sue competenze tecniche, scientifiche o artistiche»³⁰.

Vale a dire.

La sentenza Pavan ha risolto l'equivoco di fondo che sembrava rendere non intellegibile la questione di specie, ossia l'aver posto eccessiva attenzione proprio sul contenuto e sulle modalità di valutazione delle dichiarazioni del perito che sono caratterizzate, all'evidenza, da una sostanziale differenza rispetto a quelle rese

²⁸ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3869, la quale precisa, altresì, che «la prova dichiarativa, agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., deve avere le seguenti caratteristiche: a) deve trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative perché la norma non consente interpretazioni restrittive di alcun genere; b) dev'essere espletata a mezzo del linguaggio orale (testimonianza; esame delle parti; confronti; ricognizioni), perché questo è l'unico mezzo che garantisce ed attua i principi di oralità ed immediatezza: di conseguenza, in essa non possono essere ricompresi quei mezzi di prova che si limitano a veicolare l'informazione nel processo attraverso scritti o altri documenti (art. 234 cod. proc. pen.); c) dev'essere decisiva essendo stata posta dal giudice di primo grado a fondamento dell'assoluzione».

²⁹ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3868, la quale specifica ulteriormente che «per l'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., poi, l'ulteriore requisito qualificante ai fini della rinnovazione dell'istruttoria, non è il contenuto delle dichiarazioni (e cioè se abbiano natura percettiva o valutativa), quanto che quelle dichiarazioni siano decisive ai fini dell'assoluzione dell'imputato all'esito del giudizio di primo grado: ma, la decisività - come ritenuto anche dalla Corte EDU nella sentenza Poletan - non è una prerogativa della sola testimonianza (prova percettiva) ma anche della perizia (prova valutativa)».

³⁰ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3868.

solitamente da un testimone in senso stretto, invece che, piuttosto, sull'effetto che esse possono determinare sul processo: ciò che rileva è la necessità di concepire la prova dichiarativa come "fonte di conoscenza" in favore del giudice in sede di accertamento dei fatti rilevanti per la decisione sull'imputazione.

Pertanto, la circostanza che il perito trasferisca al giudice le proprie considerazioni tecniche mediante il linguaggio verbale e che esse possano risultare decisive ai fini della sentenza, impongono di considerare tali dichiarazioni come una prova dichiarativa ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. e, quindi, «*anche ad esse va applicato il principio secondo il quale il giudice di appello non può sulla base di una diversa valutazione, porle a fondamento di una sentenza di riforma in pejus*»³¹.

Sotto il secondo profilo, s'è criticato l'orientamento all'epoca maggioritario, alla stregua del quale la perizia non può essere considerata un mezzo di prova "decisivo", in quanto per sua natura neutro, ossia sottratto alla disponibilità delle parti per l'impossibilità di ritenerlo a carico o a discarico di esse: infatti -rinviando a quanto si dirà sul punto nel successivo paragrafo- la tesi che negava l'omologabilità di *status* -sotto l'aspetto della natura del contributo conoscitivo- tra il testimone ed il perito, costituiva corollario della ritenuta neutralità della perizia, che «*non potendo avere, per assioma, valenza decisiva, non può essere impugnata con il ricorso per cassazione neppure nei ristretti limiti di cui all'art. 606, comma 1, lett. d) cod. proc. pen., ma solo sotto il profilo motivazionale nel senso che la Corte di cassazione -non potendo interloquire sulla maggiore o minore attendibilità scientifica degli apporti scientifici esaminati dal giudice,*

³¹ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3868, nella quale si legge, altresì, che l'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. «*si limita solo a stabilire la modalità con la quale il giudice di appello può giungere ad una diversa valutazione della prova dichiarativa dalla quale consegue la riforma dell'assoluzione di primo grado: per il nuovo comma 3-bis, ciò che è essenziale è che il giudice di appello, ove ritenga di dare una lettura diversa della suddetta prova, abbia l'obbligo (non più la facoltà) di rinnovare l'istruttoria perché solo tale metodo è stato ritenuto idoneo a dissipare i dubbi e le incertezze insorti sulla colpevolezza dell'imputato: libero, poi, il giudice di appello, una volta rinnovata l'istruttoria, anche di andare in contrario avviso del giudice di primo grado e, quindi, di condannare l'imputato fornendo una motivazione (rafforzata) che, ove sia congrua e coerente con la prova espletata, resta incensurabile in sede di legittimità*».

ossia stabilire se la tesi accolta dal giudice di merito sia esatta o meno- deve limitarsi solo a verificare se la soluzione prospettata sia spiegata in modo razionale e logico»³².

Sennonché, la sentenza Pavan s'è posta in assoluta antitesi rispetto al suspecificato orientamento, sancendo che le attività -percipienti e/o deducenti- poste in essere dal "testimone esperto" possono assumere un ruolo determinante (*rectius*, decisivo) ai fini della decisione "finale" in merito all'eventuale responsabilità dell'imputato.

D'altronde, che ciò possa essere emerge nitidamente anche dalla scelta del legislatore, che ha disciplinato le modalità di assunzione della perizia esaltando - analogamente a quanto avviene in tema di prova testimoniale- il metodo dialettico, «in modo tale che venga assicurata la garanzia del contraddittorio sia nella fase dello svolgimento dell'incarico peritale - concedendo alle parti la possibilità di nominare propri consulenti ex art. 225 cod. proc. pen. - sia nella fase dell'illustrazione dell'esito delle indagini laddove il perito sia sottoposto all'esame ex art. 501 cod. proc. pen.»³³.

Stando così le cose, s'è esclusa la non assimilabilità e sovrapponibilità del perito al testimone quantomeno ai fini dell'ipotesi di rinnovazione in appello dell'istruttoria

³² Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3864. In relazione alla tematica della perizia quale "mezzo di prova neutro", v. tra le tante, Cass., Sez. un., 23 marzo 2017, A.C., M.S., in Cass. pen., 2018, 2, 500, la quale ha affermato che «la mancata effettuazione di un accertamento peritale (nella specie sulla capacità a testimoniare di un minore vittima di violenza sessuale) non può costituire motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., in quanto la perizia non può farsi rientrare nel concetto di prova decisiva, trattandosi di un mezzo di prova "neutro", sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove l'articolo citato, attraverso il richiamo all'art. 495, comma 2, c.p.p., si riferisce esclusivamente alle prove a discarico che abbiano carattere di decisività»; Cass., sez. III, 22 gennaio 2014, B.C., in Guida al diritto, 2014, 24, 80, per la quale «la perizia è un mezzo di prova neutro, non classificabile - ai sensi dell'articolo 495, comma 2, del Cpp - né come prova a carico dell'imputato né come prova a discarico, di talché va escluso che possa essere qualificata come "prova decisiva", con la conseguenza che il relativo diniego non è sanzionabile ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera d), del Cpp e, in quanto giudizio di fatto, se assistito da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità, anche ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera e), del Cpp.»; Cass., Sez. IV, 30 settembre 2016, L.C., in Guida al diritto, 2016, 47, 82, la quale ha affermato che «la perizia per la sua natura di mezzo di prova neutro, che la sottrae alla disponibilità delle parti e la rimette alla discrezionalità del giudice, non è riconducibile al concetto di prova decisiva, con la conseguenza che il relativo provvedimento di diniego non è sanzionabile ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p e, in quanto giudizio di fatto, se assistito da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.».

³³ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3865-3866.

dibattimentale, tanto che «è consequenziale ritenere applicabile la regola dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. non solo alla testimonianza ma anche all'esame del perito»³⁴.

Da ultimo, vale rilevare che quanto sin qui detto riguardo alla posizione processuale del perito, non può che valere anche per il consulente tecnico: infatti, non rileva l'asserita «diversità del ruolo svolto dal perito (nominato dal giudice e, quindi, "terzo", soggetto a conseguenze anche penali) e dal consulente (nominato dalla parte e, portato, fisiologicamente, a parteggiare per essa, senza peraltro che possa temere conseguenze penali dal suo operato) e, quindi, dalla maggiore "oggettività" della perizia rispetto alla consulenza».

Per conseguenza, anche per il consulente tecnico «può, pertanto, ripetersi, mutatis mutandis, ciò che si è detto in relazione al perito: ove il consulente sia esaminato ex art. 501 cod. proc. pen. e la sua dichiarazione sia posta dal giudice di primo grado a fondamento della sentenza assolutoria, la suddetta dichiarazione va ritenuta, agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., "prova dichiarativa" con la conseguenza che, ove il giudice di appello ritenga di rivalutare in senso peggiorativo per l'imputato quelle dichiarazioni, ha l'obbligo giuridico di rinnovare l'istruttoria dibattimentale»³⁵.

³⁴ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3869-3870, la quale specifica, altresì, che «il testo legislativo, invero, nella sua asettica onnicomprensività, non consente un'interpretazione che restringa l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale alle sole dichiarazioni testimoniali con esclusione di quelle del perito, tanto più ove si consideri che non vi è alcuna ragione per cui la ratio sottostante all'implementazione del principio del contraddittorio (di cui sono espressione l'oralità e l'immediatezza) non debba valere per entrambe le ipotesi: infatti, entrambe sono prove espletate a mezzo del linguaggio verbale, entrambe si possono prestare ad essere diversamente valutate nei diversi gradi del giudizio di merito, ed entrambe possono essere decisive per assolvere o condannare l'imputato. Ovviamente, è appena il caso di osservare, che rinnovazione dell'istruttoria in appello non significa rinnovazione sempre e comunque anche della perizia: significa solo che il giudice di appello, individuati i punti critici della relazione peritale, ha l'obbligo di convocare il perito ed esaminarlo, nel contraddittorio orale delle parti, su quei punti secondo le stesse modalità previste nel giudizio di primo grado dall'art. 501 cod. proc. pen.».

³⁵ Cass., sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3871, la quale conclude sostenendo che «il punto, lo si ripete - ai limitati fini dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. - non è questo, ma l'effetto che ha avuto la consulenza nella decisione del giudice di primo grado. Se, alla base della sentenza di assoluzione è stata posta proprio la consulenza di parte, ogni discussione sulla sua minore "oggettività" resta superata dalla decisione del giudice che, evidentemente ha ritenuto l'apporto del consulente obiettivo ed affidabile e, comunque, maggiormente attendibile rispetto alla stessa perizia ove anche questa sia stata disposta. Di conseguenza, ove la sentenza sia appellata, si ripropone la medesima situazione già illustrata in relazione alla perizia in quanto il giudice di appello si trova di fronte alla seguente alternativa: a) confermare la sentenza assolutoria senza obbligo di rinnovare l'istruttoria, perché l'obbligo di rinnovazione è previsto solo ove il giudice di appello intenda riformare in pejus la sentenza di assoluzione;

4. Verso il superamento della pretesa neutralità probatoria della perizia.

La sentenza Pavan presenta anche una cifra ulteriore: il riferimento è all'accennato depotenziamento dell'asserita neutralità della perizia.

Segnatamente: la decisione in esame ha intrapreso un percorso di "falsificazione" dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui non essendo ritenuta la "prova tecnica" un mezzo di prova "decisivo" ai fini della valutazione della responsabilità penale dell'imputato, è da intendersi sottratta al potere dispositivo delle parti ed è affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice.

In altri termini, «la perizia è mezzo di prova neutro ed è sottratta al potere dispositivo delle parti, che possono attuare il diritto alla prova anche attraverso proprie consulenze. La sua assunzione è pertanto rimessa al potere discrezionale del giudice e non è riconducibile al concetto di prova decisiva, con la conseguenza che il relativo diniego non è sanzionabile ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p. e, in quanto giudizio di fatto, se assistito da adeguata motivazione, e insindacabile in sede di legittimità, anche ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.»³⁶.

Vale a dire.

La tesi della perizia quale mezzo di prova ontologicamente neutro se, da un lato, riguarda, in senso stretto, il diritto alla prova delle parti, dall'altro lato, origina, in realtà, da una più ampia e generale concezione del rapporto tra scienza e processo penale: in particolare, «il carattere di neutralità attribuito alla perizia sottende un riconoscimento di oggettività ed imparzialità del sapere scientifico. Si tratta di un'impostazione epistemologica che vorrebbe descrivere la scienza come "neutra in quanto oggettiva e avalutativa"»³⁷.

Pertanto, le attività espletate dal "testimone esperto" vengono intese come "pratiche" tendenzialmente oggettive ed asettiche per essere funzionali, in

b) condannare l'imputato a fronte della sentenza assolutoria di primo grado: in tal caso, ha l'obbligo di rinnovare l'istruttoria».

³⁶ Cass., Sez. VI, 25 novembre 2008, B.A., in *Guida al diritto*, 2009, 8, 84. Inoltre, per un'ulteriore minima rassegna giurisprudenziale si rinvia a quanto indicato *sub* nota 32.

³⁷ MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, in *Proc. pen. Giust.*, 2014, 3, 95.

esclusiva, ad introdurre nel processo penale la tesi scientifica ritenuta più idonea alla ricostruzione ed alla spiegazione dei fatti per cui si procede.

Senonché -pur in presenza di un orientamento giurisprudenziale che, come si è già accennato in precedenza, propendeva quasi unanimemente in favore della (asserita) neutralità dello specifico mezzo di prova- la Sentenza Pavan ha affermato -seppur incidentalmente- di non ritenere convincente la tesi in oggetto: in particolare, l'attività peritale non può assumere una valenza oggettiva sia perché *«nessuna prova è di per sé neutra (perché altrimenti sarebbe irrilevante) ma lo è solo nel momento in cui ne viene chiesta l'ammissione non potendosi in quella fase conoscersene l'esito, nel mentre diventa a favore o contro, una volta che sia espletata»*, sia perché *«considerare la perizia come un'attività "neutra", probabilmente, è il frutto della sovrapposizione di diverse problematiche, ossia, da una parte, l'idea che alcuni fenomeni possano essere indagati e trovare una risposta "certa" rivolgendosi al parere di un esperto e, dall'altra, che costui, in quanto "terzo" (artt. 222-223 cod. proc. pen.) - sia perché nominato dal giudice, sia perché, avendo anche assunto l'obbligo morale e giuridico di adempiere al suo ufficio "senza altro scopo che quello di far conoscere la verità" - non possa che rispondere in modo "neutro" al quesito demandatogli. Ma una cosa è la terzietà del perito, altra cosa sono le conclusioni alle quali egli perviene»*³⁸.

³⁸ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3866. Sul punto, v., altresì, MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, cit., 96-97, la quale afferma che *«ove con l'espressione "neutra" riferita alla perizia si volesse delineare una sorta di oggettività che promana dal sapere degli esperti, ci si troverebbe in grande difficoltà poiché qualsiasi attività tecnico-scientifica comporta sempre una lettura interpretativa dei dati e, necessariamente, una valutazione soggettiva degli stessi. Dati che, tra l'altro, possono mutare in base al metodo scientifico scelto, ai laboratori utilizzati, alle competenze non solo dell'esperto nominato ma anche dei vari soggetti che intervengono nella c.d. catena di custodia»*. Inoltre, *«sulla configurazione della perizia quale dato probatorio "neutro", [...], influisce un malinteso senso della funzione del giudice. L'attribuzione del carattere di neutralità alla perizia deriva, invero, anche da una "vecchia" concezione del ruolo processuale attribuito al giudice, tipico del sistema "misto" affermatosi nel codice di rito del 1930. Si pensa, cioè, a una prova peritale neutra poiché si ha in mente un organo giurisdizionale attivo nella dinamica probatoria, ma pur sempre imparziale ed estraneo ai meccanismi probatori imputabili alle parti, che attribuisce un incarico di ricerca e valutazione al perito, considerato organo ausiliario del giudice e, dunque, soggetto che mette a disposizione un sapere "neutro". Sul concetto di perizia quale prova neutra, inoltre, potrebbero in qualche modo avere "pesato" quell'insieme di requisiti e condizioni che assistono il momento della nomina del perito e lo svolgimento del suo compito. Sotto questo profilo, le modalità di nomina del perito ed i connessi obblighi fanno sì che la perizia 'mutu[i] una posizione di imparzialità e di equidistanza dalle parti'. Il perito è nominato dal giudice sulla base del solo criterio della competenza tecnico-scientifica e scelto in appositi albi, ha l'obbligo di prestare l'ufficio al quale è chiamato, nonché l'obbligo di verità nell'affermare o interpretare i fatti (obbligo penalmente sanzionato dall'art. 373*

Per l'effetto, è chiaro che il *turning point* nella concezione del rapporto tra perizia e processo penale sia rappresentato, per l'appunto, dal superamento della concezione per la quale la prova scientifica sarebbe stata in grado di «*assurgere l'accertamento e la valutazione dei fatti alle vette della certezza assoluta*»³⁹: ne consegue, all'evidenza, la presa d'atto che «*qualunque prova scientifica -ad eccezione delle sole leggi a carattere generale o quelle statistiche con margine di errore pressoché nullo- riveste comunque un carattere probabilistico, tanto che "il grado di fondatezza dell'inferenza dipende dalla maggiore o minore precisione del significato conoscitivo e dimostrativo del dato assiologico costituito dalla legge di copertura"*»⁴⁰.

Pertanto, la chiave di volta rispetto all'intrinseca fallibilità delle leggi scientifiche è individuata nella procedura di falsificazione delle ipotesi elaborate a livello teorico: infatti, «*una legge per poter essere ritenuta scientifica deve essere sottoposta -e deve essere sottoponibile sempre- a tentativi di smentita, quelli che i filosofi della scienza definiscono "tentativi di falsificazione"*»⁴¹.

Stando così le cose, il giudice penale -preso atto che la scienza è per sua stessa natura limitata, incompleta e fallibile- non potrà prescindere -nel momento in cui è chiamato a valutare l'attendibilità o l'opinabilità delle dichiarazioni di un "*expert witness*"- dal criterio della falsificazione dell'ipotesi teorica formulata⁴²: ne

c.p.). Rende, in sede di conferimento dell'incarico, una dichiarazione di assunzione di responsabilità (art. 226 comma 1 c.p.p.). ».

³⁹ CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "Reasoning by probabilities"*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di CANZIO, LUPARIA, Padova, 2017, 13.

⁴⁰ POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, cit., 3, nel quale si specifica, altresì, che «*con il superamento della filosofia positivista, è stato adottato un differente approccio alla tematica scientifica: segnatamente, si è constatato come la scienza sia limitata "nel senso che, di un fenomeno, è possibile cogliere un numero circoscritto di aspetti [e, quindi,] per rappresentare tutti gli aspetti di un fenomeno può non essere sufficiente una sola legge scientifica"; incompleta, "perché non appena altri aspetti del medesimo fenomeno sono conosciuti, la legge scientifica deve essere ampliata o modificata per considerare anche tali profili" e fallibile, in quanto "ogni metodo scientifico ha una percentuale di errore [ed] è proprio la conoscenza della percentuale di errore a confermare che la teoria è stata controllata in modo serio"*».

⁴¹ TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 3, 362.

⁴² Sul punto si v., TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 362-363, il quale chiarisce che secondo il superato pensiero positivista, la scienza era illimitata, incompleta, infallibile, e quindi unica. Il che, all'evidenza, riversava i propri effetti nel vecchio codice di procedura penale, il quale riconosceva al giudice la possibilità di nominare un perito, il quale

consegue la necessità che la decisione sulla colpevolezza dell'imputato -a maggior ragione ove dipenda dall'assunzione di una prova tecnica- sia sempre subordinata una fase di critica e controllo dell'ipotesi congetturale proposta dal perito o dal consulente tecnico come soluzione del problema rappresentato⁴³.

individuava in segreto la legge scientifica, unica ed infallibile, da applicare al caso concreto: a tale valutazione il giudice poteva aderire anche senza motivare sul punto. Inoltre, il pubblico ministero, sotto il codice previgente, «non poteva nominare un proprio consulente tecnico perché la scienza era unica: era sufficiente il perito nominato dal giudice che doveva bastare anche al pubblico ministero. Non si riteneva necessario un ulteriore esperto della pubblica accusa; soltanto le parti private potevano nominare consulenti tecnici. Questi ultimi, peraltro, potevano soltanto argomentare, e cioè redigere memorie. Gli esperti di parte non erano considerati fonti di prova e cioè non erano sottoposti ad esame incrociato [...]».

⁴³ In realtà, la giurisprudenza, in passato, ha già dimostrato di ritenere superato il concetto di scienza di stampo prettamente positivistic. In particolare, la Suprema corte ha avuto modo di affermare -seppur nella prospettiva di applicazione dell'art. 630, 1° comma, lett. c), c.p.p.- che «secondo un indirizzo giurisprudenziale più risalente, in quest'ultima ipotesi non può mai parlarsi di "prova nuova", in quanto si tratta di effettuare una diversa e nuova valutazione tecnico-scientifica di dati già apprezzati dal perito e dal giudice e, quindi, di compiere di un'attività esulante dalla natura e dalle finalità proprie dell'istituto della revisione. Le nuove valutazioni rischiano di risolversi esclusivamente in apprezzamenti critici di elementi già conosciuti e valutati nel giudizio e, in quanto tali, sono inammissibili, perché si pongono in contrasto con il principio della improponibilità per il giudizio di revisione di diverse e nuove valutazioni di dati acquisiti al processo, conosciuti e valutati (cfr. Sez. 1[^], 21 settembre 1992, n. 5369; Sez. 2[^], 12 dicembre 1994, n. 5494; Sez. 1[^], 23 febbraio 1998, n. 1095). Questo orientamento esegetico si fonda innanzitutto su una concezione positivistic della scienza intesa come insieme di conoscenze complete, certe, uniche. Esso rifiuta l'idea che nella nozione di scienza sia insito il concetto di fallibilità, di relatività, di evoluzione; rifugge il metodo della smentita e della falsificabilità, nonché la ricerca e la valutazione di altre differenti ricostruzioni del fatto storico al fine di dimostrare che le alternative non sono ragionevolmente configurabili; non accetta la prospettiva che l'utilizzazione di un diverso metodo, pur se applicato agli stessi elementi, possa produrre esiti affatto diversi; rifugge la dimostrazione dell'applicabilità di leggi scientifiche alternative che diano al fatto provato una spiegazione differente. Ad esso si accompagna la preoccupazione di una inconciliabilità logica tra le esigenze di certezza e di stabilità proprie dell'accertamento effettuato nel processo penale e assicurate dal giudicato e le finalità gnoseologiche della scienza, contraddistinta, per sua stessa natura, dalla incompletezza e provvisorietà delle acquisizioni conoscitive raggiunte. Un secondo e più recente orientamento esegetico, sviluppatosi in coerenza con le indicazioni provenienti, da un lato, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, dall'altro, dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. Un. 26 settembre 2001, n. 624) osserva, invece, che, ai fini del giudizio di revisione, deve essere riconosciuto il carattere di novità alle prove che comunque non abbiano formato oggetto di valutazione giudiziale, essendo irrilevante la loro mera acquisizione agli atti del processo. In tale prospettiva si osserva che la necessità di nuovi accertamenti peritali può rendere ammissibile la richiesta di revisione non solo quando riguardi nuove sopravvenienze fattuali, ma anche quando sia motivata dall'impiego di nuove tecniche e conoscenze scientifiche su dati già acquisiti (Sez. 1[^], 6 ottobre 1998, n. 4837; Sez. 6[^], 11 aprile 1999, n. 1155; Sez. 1[^], 31 ottobre 2002, n. 13001; Sez. 6[^], 15 aprile 2003, n. 26734). Ciò comporta, quindi, che anche il giudizio di revisione debba confrontarsi con la nuova prova scientifica per tale dovendosi intendere il mezzo ad efficacia dimostrativa che utilizza la legge scientifica per accertare il fatto ignoto ed è preordinato a procurare, nell'ambito di un procedimento che coinvolge le parti in un serrato contraddittorio tecnico, un sapere al giudice in relazione ad un'evenienza di cui non gli è più possibile la diretta percezione. Alla stregua di questa diversa impostazione, quindi, la novità della prova scientifica può essere correlata all'oggetto

Pertanto, se «nessun metodo scientifico - per la sua intrinseca fallibilità - può dimostrare la verità di una legge scientifica» e se, per diretta conseguenza, «anche la perizia non può essere considerata portatrice di una verità assoluta (e, quindi, "neutra") tanto più in quei casi in cui il perito - del tutto legittimamente - sia fautore di una tesi scientifica piuttosto che di un'altra», allora è chiaro che l'esaltazione della garanzia del contraddittorio e dei connessi principi di oralità ed immediatezza- rappresenti la "via obbligata" in sede di assunzione della prova scientifica⁴⁴.

In particolare, «si evidenzia il ruolo decisivo, che, nell'ambito della dialettica processuale, assume il contraddittorio orale attraverso il quale si verifica, nel dibattimento, l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale (in terminis, sentenze Cozzini e Cantore), operazioni tutte che consentono anche di distinguere le irrilevanti o false opinioni del perito (cd. junk science) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica»⁴⁵.

stesso dell'accertamento oppure al metodo scoperto o sperimentato, successivamente a quello applicato nel processo ormai definito, di per sé idoneo a produrre nuovi elementi fattuali. In questo secondo caso al giudice spetta stabilire se il "nuovo metodo" applicato alle emergenze processuali già acquisite sia in concreto produttivo di effetti diversi rispetto a quelli già ottenuti e se i risultati così conseguiti, o da soli o insieme con le prove già valutate, possano far sorgere il ragionevole dubbio della non colpevolezza della persona di cui è stata affermata la penale responsabilità con una sentenza passata in giudicato» (Cass., Sez. I, 8 marzo 2011, G.S., in Cass. pen., 2012, 2, 604).

⁴⁴ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3866.

⁴⁵ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3866-3867. Inoltre, si v. Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in Guida al diritto., 2011, 6, 93, nella quale si legge che «acquisito dunque che, particolarmente nei casi complessi, l'apporto scientifico è necessario e comunque utile, il discorso si complica quando, come nel caso in esame, si sia in presenza di diverse teorie esplicative antagoniste e vi sia disparità di opinioni tra gli esperti. Senza dubbio, non è possibile ritenere che l'utilizzazione di una legge scientifica imponga che essa abbia riconoscimento unanime. Infatti, un consenso davvero generale nell'ambito della comunità scientifica si registra poco frequentemente. Al riguardo le Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno già avuto modo di affermare, condivisibilmente, che le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel giudizio penale sono quelle "più generalmente accolte, più condivise", non potendosi pretendere l'unanimità alla luce della ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico (Sez. Un. 25 gennaio 2005, Rv. 230317). D'altra parte il contesto della dialettica processuale sembra fatto apposta per enfatizzare la diversità delle opinioni, soprattutto attraverso l'azione degli esperti. A tale proposito una vasta letteratura internazionale e lo stesso esercizio dell'attività giudicante nel merito mostrano che la valutazione dell'attendibilità degli enunciati della scienza è aperta a vari pericoli: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali o occulte tra i membri di una comunità scientifica; il carattere distruttivo delle affermazioni scientifiche che si sviluppa nella dialettica dibattimentale, particolarmente nel processo accusatorio; la complessità e la drammaticità di alcuni grandi eventi e la difficoltà di esaminare i fatti con uno sguardo neutro dal punto di vista dei valori; la

Tirando sul punto le fila del discorso: il delineato ragionamento logico-giuridico convince, a tacer d'altro, perché solo superando l'idea di una scienza tendenzialmente neutra rispetto alle ipotesi -ed alle contro-ipotesi- formulate dalle parti nel processo penale, nonché valorizzando compiutamente il principio del contraddittorio forte nella formazione della prova scientifica -con particolare riferimento all'esame incrociato del perito e dei consulenti tecnici- si consentirebbe al giudice di assolvere al suo fondamentale ruolo di *gatekeeper*, ossia di "custode del metodo scientifico"⁴⁶; tuttavia, esso si presenta parziale perché non affronta anche il punto controverso dell'ammissione della perizia su richiesta delle parti su cui si è principalmente diffusa la tesi della neutralità della perizia⁴⁷.

provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche».

⁴⁶ Il riferimento è, come è noto, all'onere in capo al giudice, il quale «*al fine di compiere una seria valutazione della prova scientifica, deve far riferimento ad una serie di criteri -non esclusivi o tassativi- che la giurisprudenza italiana¹³ -richiamando quanto già affermato da quella americana¹⁴- ha provveduto ad enucleare. Nello specifico, i succitati criteri -in perfetta sintonia con il suspecificato approccio post-positivistico- sono la valutazione della controllabilità e della falsificabilità della teoria di riferimento; la conoscenza del suo tasso di errore; la verifica della sua sottoposizione al controllo della comunità scientifica; ed in-fine, come criterio ausiliario, la verifica se la teoria in esame goda di una generale accettazione presso la comunità degli esperti».* Sul punto -con riferimento alla giurisprudenza anglosassone- v. Court of appeals of District of Columbia, 3 dicembre 1923, n. 293, Frye v. United States, in Federal Report, 1923, 1013, nonché Supreme Court of the United States 28 giugno 1993, Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., in Minnesota Law Review, 1994, 1345; con riguardo, invece, alle pronunce della giurisprudenza nazionale, si v., su tutte, Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, cit., 93, la quale afferma, in tema, che «*l'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico».*

⁴⁷ «*Precisamente il problema dell'asserita neutralità del sapere peritale, se idealmente accostato alla struttura del procedimento probatorio, può essere osservato da più punti di vista: quello dell'ammissione e quello della valutazione. Soltanto quest'ultimo, in effetti, ha attratto le attenzioni delle Sezioni unite, le quali, con uno sguardo parziale, non si sono soffermate su di un'altra distorsione interpretativa a cui la dottrina ha rivolto notevoli sforzi ricostruttivi. Si fa riferimento al corollario, derivante dalla "neutralità" della perizia, che consiste nella preclusione delle parti all'ammissione della prova peritale. Su questa linea,*

Sennonché, vale rilevare, seppur con consapevole autolimitazione, che la sentenza Pavan ha comunque fornito il destro per dare nuova “linfa” al dibattito circa la natura della perizia all’interno del processo penale; in particolare, l’auspicio di gran parte della dottrina è che la giurisprudenza prenda atto della necessità di un «*superamento definitivo di tutte le disfunzioni applicative che il dogma della neutralità della perizia determina sul piano del procedimento probatorio*», anche con riguardo al succitato mancato riconoscimento, in capo alle parti del processo, di un diritto all’ammissione della perizia⁴⁸.

In altri termini, il *target* auspicabile consiste nel ricondurre la perizia, al pari degli altri mezzi di prova, nell’ambito del potere dispositivo delle parti: infatti, «*qualora la perizia sia chiesta da una delle parti, la medesima è una prova a carico o a discarico a seconda della parte che si è fatta portatrice della iniziativa o che ne ha tratto un beneficio dal punto di vista del risultato probatorio*», tanto che «*la perizia non può dirsi neutra, e cioè non si differenzia dalla testimonianza*»⁴⁹.

Il che, d’altronde, è confermato non solo dal combinato disposto degli artt. 220 e 224 c.p.p. -secondo cui la perizia può essere disposta dal giudice ovvero ammessa a richiesta delle parti in presenza di specifici presupposti- ma anche dal succitato art.

è stato sostenuto, in giurisprudenza, che la perizia è una prova neutra poiché essa è ammessa “anche d’ufficio” ad opera del giudice ex art. 224, co. 2, c.p.p., cosicché le parti non avrebbero diritto all’ammissione di tale mezzo di prova» (NULLO, *Le Sezioni unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell’istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone esperto*, in *Archivio penale Web*, 2019, 2, 21).

⁴⁸ NULLO, *Le Sezioni unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell’istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone esperto*, cit., 22. Inoltre si v. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, cit., 364, il quale afferma che «*al fondo di questa idea si deve ravvisare proprio il pregiudizio dal quale abbiamo preso le mosse, e cioè la convinzione che la perizia è una isola felice del “bel tempo che fu”, tanto cara ai nostalgici del sistema inquisitorio, che ritengono ancora valido il principio dello iudex peritus peritorum. Costoro affermano, in sintesi, che alla perizia non si devono applicare le regole comuni sulle prove, contenute nel codice del 1988. A questa idea si può replicare nel modo seguente. La l.d. n. 81 del 1987, al n. 10 dei principi direttivi, imponeva “la tutela dei diritti delle parti rispetto alle perizie”. Questo vuol dire, nella lingua italiana, che anche nei confronti delle perizie devono essere riconosciuti i “diritti” delle parti; e tra i diritti delle parti vi è il diritto alla prova. Come è noto, la legge-delega ha un primo effetto, e cioè quello di vincolare il governo delegato a scrivere il codice. Ma ha anche un ulteriore effetto: quanto meno, costituisce un criterio per interpretare il codice. Del resto, la Costituzione, quando afferma il diritto alla prova negli artt. 24 e 111, non fa differenze tra prova ordinaria e prova scientifica. Di conseguenza, neppure l’interprete deve operare differenze. In positivo: il diritto alla prova ha una portata generale e la sua validità non può arrestarsi di fronte alla prova scientifica, che è diventata la più importante del processo penale e più insidiosa per il diritto di difesa*».

⁴⁹ TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, cit., 367.

468 c.p.p. che onera le parti, in sede di elaborazione e deposito della lista dei testimoni e dei consulenti tecnici, di indicare, prima dell'inizio del giudizio, i periti ed i consulenti tecnici di cui intendano chiedere l'esame, non differenziando in alcun modo il procedimento probatorio rispetto all'ipotesi in cui oggetto della richiesta siano dei testimoni *strictu sensu*.

Pertanto, «data la presenza di una prova peritale che non appaia manifestamente superflua o irrilevante, vale a dire che corrisponda ai canoni fissati dall'art. 190 c.p.p., integrati dagli ulteriori requisiti previsti dall'art. 220 comma 1 c.p.p., appare indubbio che la parte si vede riconosciuta dal legislatore non solo l'iniziativa nella richiesta di ammissione della perizia, ma che, altresì, a fronte di tale richiesta, il vaglio giurisdizionale si debba esplicare nel medesimo modo seguito per tutti gli altri mezzi di prova»⁵⁰.

Al tirar delle somme: posto che le indicazioni costituzionali tendono a strutturare il procedimento probatorio in maniera dialettica tra le parti, sembra *contra tenorem rationis* la posizione di chi persevera nel ritenere non applicabile anche alla prova scientifica le medesime regole probatorie previste per le altre fonti di prova, tanto in punto di assunzione, quanto in termini di valutazione delle relative risultanze⁵¹.

⁵⁰ MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, cit., 99, la quale afferma, altresì, che «le parti, dunque, hanno diritto all'ammissione della perizia e l'organo giurisdizionale che rigetti tale richiesta dovrà specificamente motivare sul punto. Rispetto agli altri mezzi di prova, la perizia si caratterizza "soltanto" quale strumento probatorio rimesso "anche" nella diretta disponibilità del giudice, senza, però, che ciò pregiudichi il potere di iniziativa delle parti. Inoltre, il fatto che una prova sia introdotta ex officio non determina, di per sé, la neutralità della stessa. Così come accade per la prova dichiarativa introdotta dal giudice ai sensi dell'art. 507 c.p.p. anche la perizia ammessa d'ufficio può generare un risultato probatorio che si esplica in senso favorevole all'imputato o all'accusa».

⁵¹ Sul tema, v., ancora, NULLO, *Le Sezioni unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone esperto*, cit., 21-22, il quale per criticare le suspecificate teorie della perizia quale "mezzo di prova del giudice", afferma che «siffatta impostazione non appare in linea con il dato normativo in base al quale proprio l'attribuzione "anche" al giudice del potere di iniziativa probatoria in punto di perizia sta a dimostrare l'intento del legislatore di predisporre un meccanismo probatorio in cui l'iniziativa è equamente ripartita tra parti e giudice. L'espressa previsione dell'ammissione d'ufficio, semmai, produce l'effetto di svincolare la perizia dal requisito della "assoluta necessità" di cui all'art. 507 c.p.p., rinforzando, e non limitando il ricorso all'esperto. Ne deriva che, se la prova peritale risponde ai canoni dell'art. 190 c.p.p., cioè non appare manifestamente superflua o irrilevante, nonché a quelli dell'art. 220 c.p.p., il vaglio giurisprudenziale sulla richiesta delle parti deve esplicarsi nel medesimo modo seguito per tutti gli altri mezzi di prova. In altre parole, le parti hanno diritto all'ammissione della perizia, e l'organo giurisdizionale che rigetti tale richiesta dovrà specificamente motivare sul punto».

5. (Segue): i nodi ancora da "sciogliere".

La sentenza Pavan ha lasciato perlomeno alcune questioni aperte.

Si ha riguardo a ciò che il tentativo di ricondurre l'interpretazione dell'art. 603, comma 3-bis c.p.p. -nell'alveo assiologico della Carta costituzionale e dei principi di diritto sovranazionali- non riesce, tuttavia, a dissipare tutti i dubbi connessi alla materiale applicazione della disciplina in tema di rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale.

Infatti, se sussiste la possibilità che la relazione peritale venga introdotta nel dibattimento mediante la sola lettura, senza che il perito sia esaminato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 495, comma 4-bis e 511, 2° co., c.p.p., «ovvero, quando di essa sia data lettura senza il consenso delle parti le quali, però non avendo tempestivamente eccepito la nullità, ne determinino la sanatoria ex art. 183, comma 1, lett. a) cod. proc. pen.»⁵², allora -nel caso di riforma della sentenza di assoluzione -che sia fondata su una diversa interpretazione dello specifico contributo tecnico assunto al fascicolo probatorio mediante lettura acquisizione- non sarebbe doveroso procedere all'assunzione delle dichiarazioni del perito, «poiché il contraddittorio, per volontà delle stesse parti, si attua nella sola forma cartolare», mentre la regola di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. «è riservata, in modo tassativo, alle sole prove dichiarative ossia a quelle prove in cui l'informazione è veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale»⁵³.

⁵² Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3870, la quale afferma, altresì, che «tale metodo di acquisizione ed utilizzazione della prova trova, innanzitutto, copertura costituzionale nell'art. 111, comma quinto, Cost. a norma del quale "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato [...]" ed è legittimo anche alla stregua della giurisprudenza europea che, con decisioni costanti, ritiene che la parte possa rinunciare al diritto fondamentale del contraddittorio (Corte EDU, 26/04/2007, Vozhigov c. Russia § 57), ove la rinuncia (espressa o implicita purché, in questo caso, "inequivoca": Corte EDU Gr. Ch. 17/09/2009, Scoppola c. Italia § 135) sia volontaria e consapevole e cioè ove la parte sia stata adeguatamente informata sugli effetti giuridici derivante dall'atto abdicativo (Corte EDU, 24/04/2012, Sibgatullin c. Russia § 48), e questo non si ponga in contrasto con un "interesse pubblico" (Corte EDU Scoppola c. Italia; Corte EDU Kashlev c. Estonia, 26/04/2016; Corte EDU, 26/09/2017 Fornataro c. Italia; Corte EDU 23/11/1993, Poitrimol c. Francia § 35)».

⁵³ Cass., sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3870, la quale spiega che «la suddetta diversità di soluzione ha una sua razionalità. Infatti, se è comprensibile la ragione per cui il legislatore ha stabilito l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, obbligando il giudice di appello, prima di condannare l'imputato assolto, a ripetere la prova dichiarativa (l'esame del perito) al fine di chiarire e

Vale a dire.

La «soluzione prospettata non si pone in contrasto con il principio di diritto affermato con la sentenza Patalano», in quanto «nella suddetta fattispecie, la rinnovazione ha ad oggetto la verbalizzazione di dichiarazioni rese da persone informate sui fatti nel corso delle indagini preliminari e, quindi, sostanzialmente, di informazioni veicolate nel processo pur sempre a mezzo del linguaggio verbale e che, al momento della decisione, vengono valutate dal giudice di primo grado in senso assolutorio e, dal giudice di appello, in senso accusatorio»⁵⁴; inoltre, «la suddetta regola [...] non si pone in contrasto neppure con quella della condanna "al di là di ogni ragionevole dubbio" là dove si consideri che la problematica della rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria attiene a quella dell'ammissibilità delle prove (non a caso il legislatore l'ha inserita, con il comma 3-bis, nell'art. 603 cod. proc. pen.), nel mentre la regola di cui all'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., opera a valle del processo e cioè nel momento della decisione, decisione che non può che essere presa sulla base del materiale probatorio legittimamente acquisito agli atti (nella specie: la sola relazione peritale) [...]»⁵⁵.

Senonché, il riprodotto argomentare non convince: appare quantomeno illogico, per un verso sostenere che il perito ed il testimone assumano -per le ragioni indicate in precedenza- una veste processuale analoga sotto il paradigma della prova dichiarativa, ai fini della rinnovazione in appello e, per altro verso negare che tale assimilabilità sussista nel caso di rinuncia delle parti alla relativa assunzione in contraddittorio del "testimone tecnico".

In particolare -tralasciando l'asserita e non condivisibile differenza "processuale" tra la lettura di verbali di sommarie informazioni di persone informate sui fatti ex

dissipare i dubbi insorti sulla diversa valutazione di quella prova, uguale ragione non è rinvenibile nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte all'acquisizione di un semplice atto scritto (la relazione peritale) su cui non vi è mai stato alcun contraddittorio orale. In quest'ultima ipotesi, invero, non si tratterebbe più di rinnovare il medesimo atto istruttorio svolto nel giudizio di primo grado, ma di compiere, ex novo, un diverso atto istruttorio (esame del perito) al quale le parti avevano rinunciato. Ovvamente, nulla impedisce al giudice di appello, ove lo ritenga "assolutamente necessario", di citare d'ufficio il perito al fine di sottoporlo ad esame: ma si tratta, non di un obbligo, ex art. 603, comma 3-bis, ma di una facoltà esercitabile nei limiti di cui all'art. 603, comma 3, cod. proc. pen.».

⁵⁴ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3871. Il riferimento alla Sentenza Patalano è, all'evidenza, a Cass., Sez. un. 19 gennaio 2017, Patalano, cit., 2666, per la quale si rinvia anche *sub* nota 21.

⁵⁵ Cass., Sez. un. 28 gennaio 2019, Pavan, cit., 3871.

art. 351 c.p.p. e la lettura della relazione peritale- ciò che non persuade dello specifico ragionamento concerne soprattutto la pretesa conformità con quanto affermato dalla succitata sentenza Patalano.

Infatti, la sentenza Pavan tradisce la vera essenza del canone evincibile dalla decisione Patalano la cui portata, innovativa e quasi dirompente, si pone nell'aver esaltato l'esigenza che la responsabilità di un imputato sia accertata "al di là di ogni ragionevole dubbio" e nell'aver chiarito che la regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. prevale anche sulle regole formali connesse con la libera scelta della forma del giudizio da parte dell'imputato.

Nello specifico, «l'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria», tanto che «pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria»⁵⁶.

Pertanto, se alla base della nuova ipotesi di rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria dibattimentale vi è, in realtà, l'esigenza di esaltare al massimo i principi di oralità ed immediatezza, nella prospettiva di porre il giudice nella condizione di accertare in modo più efficace l'eventuale responsabilità penale dell'imputato, l'interprete si trova dinanzi ad una scelta alternativa: o si esclude - contrariamente a quanto statuito dalla sentenza Patalano- l'applicabilità dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. nel caso di rinuncia all'esame dei testimoni -ordinari o tecnici che siano- in contraddittorio tra le parti; oppure si afferma che la sentenza assolutoria di primo grado possa essere riformata *in malam partem* a patto e condizione che il giudice si confronti direttamente con i mezzi di prova ritenuti

⁵⁶ Cass., Sez. un. 19 gennaio 2017, Patalano, cit., 2670, la quale ha, altresì, affermato che «perché, insomma, l'overturning si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento "oltre ogni ragionevole dubbio", non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive. La motivazione risulterebbe altrimenti affetta dal vizio di aporia logica derivante dal fatto che il ribaltamento della pronuncia assolutoria, operato sulla scorta di una valutazione cartolare del materiale probatorio a disposizione del primo giudice, contiene in sé l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti. Invero, anche nell'ambito del giudizio abbreviato l'imperativo della motivazione rafforzata è destinato ad operare in tutta la sua ampiezza attraverso l'effettuazione obbligatoria di una istruttoria - quantunque non espletata nel giudizio di primo grado - e con l'assunzione per la prima volta in appello di una prova dichiarativa decisiva».

decisivi, a prescindere dalla metodica epistemologica con cui si sia addivenuti alla decisione di primo grado⁵⁷.

⁵⁷ Sul punto si v. POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, cit., 37, in cui si legge che «al tirare delle somme: se il target auspicabile è giungere, al termine del giudizio di secondo grado, alla pronuncia di una sentenza che sia giusta per essere conforme alle indicazione del diritto obiettivo, allora sarebbe *contra tenorem rationis* circoscrivere l'assunzione in appello in esclusiva delle prove dichiarative non tecniche solo ove si consideri che, sotto il profilo assiologico costituzionale e convenzionale, la formazione della prova deve avvenire in contraddittorio anche in appello, quantomeno nel caso in cui sussistano le condizioni per riformare una sentenza di assoluzione in una di condanna».