

Analisi di laboratorio

Aperto il dibattito sul valore probatorio

Quando il laboratorio non è accreditato e i metodi non sono ufficiali

di Carlo e Corinna Correra

Avvocati ed Esperti di Legislazione degli alimenti

20

**Discutibile l'orientamento
della Corte di Cassazione
sulla comunicazione
dell'esito analitico
sfavorevole
e sul valore probatorio
delle analisi eseguite
nei laboratori non
accreditati.
E perplessità arrivano
anche dalla riforma Caselli
per l'apertura
alle analisi eseguite
con metodi non ufficiali
come fonte di prova**

Segnali inquietanti arrivano - per il già sin troppo tormentato mondo normativo e giurisprudenziale sul controllo ufficiale dei prodotti alimentari - da recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione e da preannunci di riforme normative che mirano sì ad uno sveltoimento delle indagini analitiche ufficiali sugli alimenti, ma al prezzo, inaccettabile, della riduzio-

ne delle "garanzie difensive" per l'Operatore del settore alimentare (Osa). Il tutto inserito in un quadro di repressione penale più accentuata dei fenomeni illegali nella produzione e distribuzione dei prodotti agroalimentari.

Proviamo allora, prendendo spunto da sentenze e disegni di legge, a formulare una prima riflessione critica sulle "inquietudini" per gli operatori del diritto alimentare e per le aziende da loro assistite. Partiamo da una pronuncia della Corte di Cassazione (udienza del 19 novembre 2014 l'udienza, Sezione penale III, sentenza n. 36506/2015) sulle problematiche legate alla formazione della prova analitica utilizzabile nei processi relativi ad alimenti non conformi.

Al centro della vicenda giudiziaria si pongono le indagini di laboratorio svolte su confezioni di una "soluzione idroalcolica di propoli" (un integratore alimentare). Gli esiti analitici evidenziavano, infatti, la presenza di fitofarmaci vietati in una sostanza alimentare. Sennonché la difesa dell'Osa ricorrente per Cassazione si è incentrata tra l'altro:

- sulla circostanza della mancata notifica dell'esito di prima analisi sfavorevole secondo le modalità stabilite dalla vigente legislazione in materia di procedura per le analisi di revisione (artt. 6, 15, 16 e 18 del d.p.r. n. 327/1980);

- sulla mancanza di "accreditamento" del laboratorio del controllo ufficiale per le analisi volte - come nel caso di specie - alla ricerca di fitofarmaci in una lozione di propoli ovvero sulla "illegittimità" del referto di quella (prima ed unica) analisi in quanto rilasciato da un laboratorio ufficiale non accreditato e perciò in violazione dell'art. 12 del reg. (CE) 882/2004, che invece prescrive quello "accreditamento" per i laboratori del controllo ufficiale.

La Suprema Corte ha ritenuto però di poter superare e rigettare entrambe le eccezioni in questione.

La comunicazione per atto giudiziario "equipollente"

Il rigetto di quella relativa alle modalità di comunicazione dell'esito analitico sfavorevole in effetti non è proprio una novità nell'orientamento della nostra Cassazione, tant'è che la Corte - nella sua motivazione - non fa fatica a ricordare l'esistenza di una "consolidata giurisprudenza" secondo cui *"l'omessa notifica del referto, da cui far decorre il termine di legge per la richiesta di revisione delle analisi, può essere surrogata dalla notifica degli atti giudiziari dai cui fatti/reato si può desumere l'esito sfavorevole delle analisi"*.

Su questa problematica questi stessi Autori hanno più volte manifestato il loro, fermo quanto rispettoso, dissenso osservando che le modalità ed i contenuti della comunicazione dell'esito sfavorevole (parametri sfavorevoli, metodi di analisi utilizzati, facoltà difensive rappresentate soprattutto dall'istanza di revisione e dalle relative modalità indispensabili per l'esercizio di questa decisiva garanzia difensiva) non sono semplicemente un mero formalismo burocratico, attraverso il quale esprimere l'unica via diretta e concreta di opposizione agli esiti analitici sfavorevoli di una prima analisi, ma costituiscono (quelle indicazioni e quelle modalità) l'espressione della concretezza ovvero della effettività delle "garanzie difensive" ed in particolare l'espressione dell'effettività di quello strumento di garanzia difensiva rappresentato appunto dalle analisi di revisione.

Tra l'altro - è il caso di ricordare - queste seconde analisi "garantite" non costituiscono una "concessione" all'Osa, ovvero quasi un eccesso di super tutela difensiva per lui da parte del legislatore italiano, ma costituiscono la proiezione nell'ordinamento italiano di uno strumento di garanzia per l'Operatore del settore alimentare riconosciuto anche dai regolamenti comunitari (si veda per tutti l'art. 11, par. 5, del reg. (CE) 882/2004). Pertanto, si pone in contrasto anche con le norme comunitarie ogni interpretazione delle norme nazionali che possa ostacolare o addirittura vanificare l'effettività di questo diritto ad una seconda analisi garantita. Interpretazione "vanificatrice" nella quale ci sembra sia incappata - proprio nel caso in esame - la sentenza della nostra Corte di Cassazione. Questa, nella suindicata sentenza, non solo mostra di non tener conto del valore decisivo - ai fini della verifica delle responsabilità dell'Osa - di una concreta possibilità di una seconda analisi "garantita" richiesta dal legislatore comunitario, ma neppure tiene conto, a nostro sommesso avviso, del valore probatorio che il legislatore italiano stesso, soprattutto attraverso l'art. 223, comma 3, del d.lgs. 271/1989, ha - nel corso degli anni (anche sotto la spinta di precise decisioni della nostra Corte Costituzionale, quale la sentenza n. 434/1990 in materia di analisi sui prodotti alimentari particolarmente deperibili) - finito per riconoscere al referto di analisi quando sia accompagnato appunto dalle "garanzie difensive". Un riconoscimento, questo, che ha sempre più avvicinato le analisi "garantite" al valore probatorio di una vera e propria perizia (in tal senso si veda il richiamo espresso all'art. 230 del c.p.p. presente nel testo del suddetto art. 223 del d.lgs. 271/1989).

Sulla base di tutte queste argomentazioni riteniamo di dover esprimere, ripetiamo, il nostro dissenso rispetto alla - sia pur "consolidata" - giurisprudenza che la sentenza della III Sezione Penale della Cassazione qui in esame ha ritenuto di poter invocare a conforto della soluzione della notifica dell'esito di una prima analisi sfavorevole *"mediante atto giudiziario equipollente"*. Quest'ultimo sarebbe, secondo la giurisprudenza della Corte, qualsiasi atto giudiziario nel quale sia riportato un capo di imputazione che richiama l'esito analitico sfavorevole (quali: avviso di chiusa indagine del Pubblico ministero, il decreto

penale del Gip o un decreto di citazione dinanzi al Tribunale). Sennonché trattasi di atti giudiziari nei quali sono totalmente assenti tutte le indicazioni che le norme speciali (a cominciare dall'art. 1 della legge 283/1962 e per finire agli articoli 6 e seguenti del d.p.r. 327/1980) prevedono per l'effettivo e puntuale esercizio della facoltà difensiva della richiesta di analisi di revisione.

La verità è che, a ben vedere, in questo meccanismo applicato dalla Suprema Corte quella che manca è proprio la "equipollenza" dell'atto giudiziario in quanto in quest'ultimo mancano - tanti, troppi, se non quasi tutti - i contenuti previsti dalle normative per una "comunicazione" di prima analisi che offre davvero ed in concreto le "garanzie difensive" all'Osa interessato all'esito analitico.

Mancanza di accreditamento del laboratorio

Sennonché ancora più inquietante, se possibile, la stessa sentenza n. 36506/2015 si presenta per il secondo degli argomenti utilizzati ovvero per aver ritenuto di poter svalutare *in toto* l'eccezione riguardante la "mancanza di accreditamento" del laboratorio esecutore delle analisi.

La Cassazione, infatti, al riguardo ha ritenuto che l'accreditamento ha rilevanza soltanto per le "indagini di natura amministrativa concernenti i controlli sugli alimenti" ed ha aggiunto, invece, che "trattandosi di accertamenti eseguiti nel contesto di indagini penali in corso e non di merita attività amministrativa di ispezione e di controllo, la polizia giudiziaria poteva liberamente scegliere il laboratorio cui affidare le analisi dei campioni prelevati, salva la valutazione della loro attendibilità da parte dei giudici di merito, sottratta al sindacato per legittimità".

Una motivazione questa che francamente lascia decisamente disorientati sia per il numero che per la qualità delle - sia detto con rispetto - anomalie che essa manifesta.

In particolare, per l'assoluta rottura rispetto a tutto un percorso di coerenti e logiche garanzie difensive sviluppato negli ultimi anni sia dal legislatore italiano che dalla giurisprudenza della stessa Suprema Corte ed il tutto in ossequio alla nostra Costituzione e alla legislazione UE in materia di sicurezza alimentare.

Andando per ordine ci preme perciò osservare che:

- è ovvio che le procedure di accreditamento dei laboratori per la ricerca dei singoli parametri (chimici, microbiologici e quant'altro) sui campioni alimentari sono procedure di natura e di carattere amministrativo e che l'attività di natura tecnica di un laboratorio del controllo ufficiale si colloca fisiologicamente in un quadro giuridico di natura amministrativa quale è quello del controllo ufficiale che ogni Stato membro è tenuto ad assicurare sui prodotti alimentari;
- altro discorso, invece, è quello che riguarda la sede - amministrativa o giudiziaria o, meglio ancora, processual-penalistica - in cui i risultati (ovvero i referti) di quella attività amministrativa (rappresentata dalle analisi di laboratorio) verranno utilizzati. A tal fine, stante la gravità delle conseguenze per il cittadino/Osa interessato di volta in volta a quei referti, il legislatore italiano - in omaggio alle garanzie assicurate dalla Costituzione ad ogni cittadino impegnato in un giudizio con possibili conclusioni sanzionatorie, soprattutto se di natura penale - si è preoccupato di stabilire precise garanzie difensive, il cui rispetto solamente consente a quei referti di salire al rango di fonte probatoria;
- a questo punto è del tutto evidente che, se non si vogliono disapplicare le norme - processuali e non (vedi l'art. 223 del d.lgs. 271/1989, l'art. 1 della legge 283/1962, gli artt. 6 e seguenti del d.p.r. 327/1980, l'art. 4 del d.lgs. 123/1993 ed altre) - che disciplinano la rilevanza giudiziaria/penale dei risultati (leggi: referti) di quelle attività (amministrative) di indagine analitica, che poi rifluiscono in contenziosi giudiziari anche di natura penale, se non si vogliono ritenere - dicevamo - queste norme come ormai inutili è evidente che quella distinzione (tra fase amministrativa e fase giudiziaria) invocata nella motivazione della sentenza in esame è una distinzione priva di senso. Al contrario va ribadito con forza che le analisi ufficiali sui prodotti alimentari non possono essere legittimamente eseguite se non in un laboratorio dotato di accreditamento e quindi legittimato ad eseguire quelle analisi;

- paradossalmente possiamo convenire solo sull'argomentazione per cui quando vi sono "indagini penali in corso" non ci si debba avvalere - da parte della Polizia giudiziaria - delle procedure "amministrative" di analisi.

Va ribadito con forza che le analisi ufficiali sui prodotti alimentari non possono essere legittimamente eseguite se non in un laboratorio dotato di accreditamento

Questo però non sta a significare che si possa "liberamente scegliere il laboratorio cui affidare le analisi dei campioni prelevati, salva la valutazione della loro attendibilità da parte dei giudici di merito", come sostiene la Corte nella sua motivazione. Quel principio, invece, deve solamente significare, a nostro giudizio, che con un'indagine giudiziaria in corso ci si deve avvalere degli strumenti previsti dal codice di procedura penale per le verifiche di laboratorio sui "corpi di reato", come nel caso di specie può essere qualificato il campione di una sostanza alimentare sospetta di non conformità. In casi del genere gli organi di polizia, anzi il Pubblico ministero che li dirige, dovrà/potrà avvalersi dei mezzi istruttori rappresentati o dalla perizia (da chiedere al Gip) o dalla consulenza tecnica urgente ex art. 360 del codice di procedura penale. Sennonché anche in quest'ultimo caso - ovvero quando è il Pm ad individuare la struttura tecnica di competenza (ex art. 360 c.p.p.) - la scelta non potrà prescindere dalla qualificazione tecnico-giuridica del laboratorio prescelto. In altri termini: il Pm (o il giudice nel caso della perizia) potrà/dovrà affidare le analisi ad un consulente/laboratorio la cui struttura sia stata ufficialmente riconosciuta (ovvero: accreditata) come tecnicamente e scientificamente idonea per lo svolgimento delle analisi che le si vogliono conferire.

Questo, a nostro sommesso ma fermo convincimento, è il quadro giuridico entro cui ricondurre

le questioni che la motivazione della sentenza n. 36506/2015 della Cassazione in esame ha sollevato.

E non sono, queste, osservazioni del tutto estemporanee di questi autori se negli ultimi anni non solo una sempre più nutrita giurisprudenza di merito ha ritenuto di disconoscere il valore di fonte di prova ai referti di analisi rilasciati da laboratori non accreditati, ma lo stesso ha fatto proprio la Corte di Cassazione - ed in termini inequivoci - e solo poco più di un anno prima della sentenza in esame: si veda la sentenza n. 119 della stessa III Sezione penale in data 17 gennaio 2013. Pertanto, anche e soprattutto sotto questo secondo aspetto argomentativo, teniamo di dover sottolineare la non condivisibilità della sentenza in esame.

La riforma "Caselli" per i reati agroalimentari e le analisi ufficiali anche con metodi non ufficiali

Le conclusioni or ora da noi contestate sul valore dei referti rilasciati da laboratori non accreditati potrebbero - secondo alcuni studiosi (per tutti vedi: Valeria Pullini nel mensile Alimenta n. 1/2016) - essere affiancate dall'arrivo prossimo di norme in tema di utilizzo di metodi di analisi "non ufficiali", ma con valore probatorio riconosciuto integrando l'attuale testo dell'art. 223 sopra citato con l'aggiunta del comma 3 bis. Infatti, secondo l'articolo 29 dello schema del disegno di legge elaborato dalla cosiddetta "Commissione Caselli" e depositato presso il Parlamento italiano nello scorso mese di febbraio 2016, l'articolo 223 in questione così verrebbe ad essere integrato:

«Art. 3 bis.

Gli esiti delle analisi effettuate con metodiche diverse da quelle descritte in leggi speciali, disposizioni ministeriali o regolamenti comunitari sono valutati a norma dell'articolo 189 del codice».

Una tale formula, in realtà, è stata letta da più di un commentatore quasi come una sorta di via libera alle metodiche di analisi cosiddette "speri-



mentali”, metodiche che potrebbero - nelle indagini di laboratorio sugli alimenti - soppiantare gli esiti analitici formatisi, invece, sui metodi ufficiali. Una soluzione questa, se fondata, realmente preoccupante e ciò anche alla luce di recenti esperienze professionali di questi autori per vicende giudiziarie peraltro ancora nella fase delle indagini preliminari del Pm, il quale si è avvalso appunto di referti di analisi eseguite con “metodi sperimentali”. Vicende e referti che però ad oggi ancora non hanno ricevuto il vaglio da parte di un giudice.

Sennonché una corretta e serena lettura delle disposizioni processuali chiamate in campo - stando almeno all’attuale testo del citato disegno di legge - non dovrebbe portare ad uno stravolgiamento delle attuali garanzie difensive fondate sui metodi ufficiali di analisi. Ci riferiamo, infatti, alla combinazione tra la norma di quel nascituro (?) comma 3 *bis* (del suddetto articolo 223 delle norme di attuazione del codice di procedura penale) e la norma di cui all’articolo 189 del codice

di procedura penale, richiamato espressamente dal testo del comma 3 *bis*.

L’articolo 189, infatti, così dispone:

«Art. 189. Prove non disciplinate dalla legge.
Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova».

Ebbene, l’incrocio delle due disposizioni in questione (ovvero: comma 3 *bis* dell’articolo 223 ed articolo 189 del c.p.p.), stando almeno all’attuale loro formulazione, non dovrebbe produrre lesioni alle garanzie difensive nella misura da alcuni paventata e questo per il limitato campo di applicazione che dovrebbe derivare dalla loro corretta applicazione. I testi delle due norme, infatti, circoscrivono la validità probatoria di analisi con metodi “non ufficiali” ai soli casi in cui sono assenti proprio i “metodi ufficiali”, come tali intendendo quelle «metodiche descritte in leggi speciali, disposizioni ministeriali o regolamenti comunitari» testualmente richiamati dal (futuro) comma 3 *bis*. Dal canto suo, infatti l’articolo 189 del c.p. opera «quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge». Sennonché tale non è certamente il caso in cui vi è una normativa che ha riconosciuto un metodo di analisi come “ufficiale” per verificare in laboratorio la “conformità o meno” di un prodotto alimentare. Ovvero: se un “metodo ufficiale” (cioè disciplinato normativamente) esiste, non vi sarà spazio per le “analisi non ufficiali” considerate dal (nascituro) comma 3 *bis*.

Riteniamo, quindi, di dover sin da ora escludere che i referti di analisi eseguite con metodi non ufficiali possano prendere il sopravvento - in sede probatoria - sui referti ottenuti applicando i metodi ufficiali di analisi.

In realtà, alle metodiche non ufficiali si potrà fare legittimo ricorso solo in caso di assenza di questi ultimi e comunque con il rispetto rigoroso delle garanzie difensive previste dal codice di procedura penale per la perizia del giudice e per la consulenza tecnica urgente del Pubblico ministero.