

CONVEGNI

FILIPPO GIUNCHEDI

Decisività e limiti degli accertamenti tecnici irripetibili*

La metamorfosi finalistica dell'istituto, sempre più spesso decisivo per l'accertamento della responsabilità dell'imputato, impone di tracciarne l'evoluzione e di effettuare un bilancio a trent'anni dalla sua introduzione nel nostro sistema processuale.

Decisiveness and limits of non-repeatable technical assessments

The finalistic metamorphosis of the institute, more and more often decisive for ascertaining the responsibility of the accused, requires tracing its evolution and making a balance sheet thirty years after its introduction into our procedural system.

SOMMARIO: 1. Il campo di indagine. – 2. Potenzialità e limiti del passaggio dalla prova dichiarativa alla prova scientifica. – 3. L'effettività del contraddittorio tecnico: un ineludibile presupposto. – 4. Un meccanismo riequilibratore: la riserva di promuovere l'incidente probatorio – 5. Bilancio e prospettive.

1. *Il campo di indagine.* Sorto come istituto volto a decongestionare il carico dell'incidente probatorio in ipotesi di perizie molto frequenti nella pratica, solitamente facili e brevi, ma non dilazionabili al dibattimento¹, quello degli accertamenti tecnici non ripetibili² costituisce strumento di indagine sempre più utilizzato, mediante il quale si risolvono i processi poiché pone in contatto diretto l'organo dell'indagine con la prova.

Epperò è importante non creare confusione in riferimento ad una categoria "liquida", frutto di un'elaborazione giurisprudenziale non certo piana, strettamente legata alle singole tipologie esaminate, tale da richiedere una classificazione "casistica"³, sovente al limite con i rilievi⁴. Conseguenza di ciò è che se spesso per alcuni dati risulti semplicemente necessaria una percezione sensoriale; per altri, invece, è richiesta un'attività più complessa che prevede l'ausilio di risorse tecnologiche e scientifiche per reperirli, analizzarli, documentarli ed

* Relazione, corredata delle note essenziali, svolta al Convegno «La completezza delle indagini: tra legalità e ricerca della verità» organizzato dall'Università degli studi G. D'Annunzio di Chieti, Pescara, tenutosi a Pescara l'8 ed il 9 novembre 2019.

¹ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 91.

² Per una visione d'insieme dell'istituto v. i lavori monografici di CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, e, volendo, GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009.

³ Ne offre una completa disamina GAETA, sub *art. 360*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, II, Milano, 2017, 531 ss.

⁴ Questa indeterminazione è ben fotografata da CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, cit., 14 ss., la quale, icasticamente, afferma come si tratti di «due termini di un'endiadi che vive una simbiosi ormai secolare».

eventualmente acquisirli ai *materialia iudicii*.

La realtà fattuale, inconfutabile, risulta essere duplice: da una parte, la sempre maggiore commistione pratica tra accertamenti e rilievi dà luogo a istituti dai contorni indefiniti non correttamente utilizzati⁵; dall'altra, la constatazione, coesistente alla prima, che proprio mediante quest'indeterminatezza le garanzie non risultano rigorosamente applicabili proprio per l'oscillare continuo da una categoria all'altra, trasformando gli accertamenti tecnici non ripetibili in *instrumenta* sui quali con frequenza si gioca la "partita" processuale, considerato quanto strettamente incidano nel rapporto «tra indagini preliminari-giudizio-dibattimento, articolandosi nella relazione tra investigazione e sistema probatorio»⁶.

In concreto, soprattutto alla luce della deriva scienziata in cui è incorso il nostro processo penale⁷, alla costante ricerca di sostituire i tradizionali mezzi di prova con altri e più affidabili strumenti per la ricostruzione del fatto in stretta connessione con l'epistemologia scientifica, si è giunti ad abdicare al contraddittorio per la prova come metodo per eccellenza in favore di dati gnoseologici acquisiti nell'immediatezza del reato, spesso in solipsistica autonomia da parte degli inquirenti, con buona pace per i principi della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, dell'immediatezza, etc.

Ma tant'è.

Non è questa la sede per effettuare una disamina completa dei complessi meccanismi che connaturano l'istituto disciplinato dall'art. 360 c.p.p. in riferimento agli accertamenti tecnici non ripetibili della pubblica accusa e dall'art. 391-*decies*, co. 3 e 4, c.p.p.⁸ relativamente a quelli della difesa. Ci limiteremo a circoscrivere la nostra indagine al "peso" che assumono nell'accertamento del fatto in considerazione dei vuoti normativi e, in prospettiva costruttiva, ai possibili correttivi in chiave riequilibratrice.

Procediamo con ordine.

2. *Potenzialità e limiti del passaggio dalla prova dichiarativa alla prova*

⁵ APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 4034.

⁶ SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, 123.

⁷ Esemplarmente DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.

⁸ Per un inquadramento sistematico, per tutti, TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 365 ss. e 528 ss.

scientifica. Negli ultimi lustri si è assistito ad un fenomeno di metamorfosi del processo penale consistito dall'affidare la ricostruzione del fatto a nuove metodologie di accertamento sempre più spesso caratterizzate da un alto tasso di scientificità. Il progresso tecnologico e la contestuale individuazione di nuovi strumenti di prova o di ricerca del dato probatorio (si pensi alle perizie foniche, all'utilizzo della strumentazione informatica, al rilevamento satellitare, al captatore informatico, all'analisi del D.N.A. e dei liquidi biologici, etc.) ha progressivamente determinato una perdita di rilevanza della prova dichiarativa quale elemento gnoseologico a disposizione del giudice: a fronte della equivocità delle dichiarazioni testimoniali dove il dato probatorio è soggetto ad una pluralità di passaggi comunicativi inevitabilmente forieri di dubbi semantici (il teste riporta davvero ciò che sa e ciò che ha visto? A cosa ha assistito veramente il teste? Cosa ha veramente detto il teste? È corretta la verbalizzazione delle sue dichiarazioni? Cosa significano le parole da lui utilizzate? etc.), il giudice e le parti processuali hanno accolto con favore la possibilità di affidare (almeno parte del)la soluzione della controversia ad uno strumento gnoseologico di indubbia efficacia, quale la prova scientifica - espressione dei più recenti ed affidabili progressi della tecnica e del sapere scientifico - promette di essere.

Se la prova dichiarativa deve essere vista con giusta prudenza, sì che - prima ancora della sua valutazione - anche la sua acquisizione deve essere circondata da ogni cautela, dovendosi innanzitutto richiedere la sua formazione nel contraddittorio fra le parti, nessuna di queste preoccupazioni sembra aver ragione di sussistere in relazione alla prova scientifica. In questo caso, infatti, la garanzia della genuinità e veridicità della conclusione probatoria è fornita direttamente dai saperi e dalle competenze che sottostanno allo strumento cognitivo utilizzato: se la conoscenza di cui la scienza è portatrice è espressione di una metodologia investigativa rigorosa e fondata su una protocollare osservazione e conseguente raccolta di dati oggettivi non passibili di una valutazione discrezionale ed opinabile, non ha senso circondare le dichiarazioni dell'esperto - ed il contenuto semantico ed epistemologico delle stesse - di quelle cautele processuali che caratterizzano l'acquisizione della prova dichiarativa.

A fronte di questo inquadramento teorico della prova scientifica, anche il principio del contraddittorio finisce per smarrire la sua centralità quale metodologia esclusiva per la formazione della prova nel giudizio penale: l'assunzione dello strumento probatorio va operata nel contraddittorio delle parti solo se tale metodologia dialettica sia in grado di aumentare o quantomeno di garantire

la valenza epistemologica della prova stessa; tale esigenza di garanzia della validità cognitiva del dato probatorio tuttavia non sussiste quando - come nel caso della prova scientifica - lo strumento di conoscenza posto a disposizione del giudice e da questi effettivamente utilizzato è già di per sé, a prescindere quindi dal contributo che può derivare dal confronto dialettico fra le parti, in grado di fornire una consapevolezza piena e compiuta di quanto accaduto.

Su queste basi teoriche matura un altro fenomeno di erosione della natura accusatoria del processo penale italiano.

Se la prova scientifica risulta fornita - per le sue stesse caratteristiche e per le modalità con cui si forma - di un proprio *status* di affidabilità cognitiva, il quale non viene a modificarsi in dipendenza dell'acquisizione della prova stessa in contraddittorio fra le parti, allora il rispetto del principio della dialettica processuale può essere completamente superato quando ciò sia reso necessario dal carattere urgente dell'accertamento. Detto altrimenti, l'acquisizione in contraddittorio della prova scientifica non appare indispensabile a garantirne l'affidabilità epistemologica, per cui - pur riconoscendosi che anche in relazione a tale strumento dimostrativo andrebbe sempre consentito alle parti di intervenire ed interloquire nella sua formazione ed acquisizione - si deve concludere che laddove l'urgenza della situazione e la necessità di intervenire tempestivamente non consentano la partecipazione di tutti i protagonisti del processo all'accertamento scientifico, allo stesso può ben provvedere in solipsistica autonomia una sola delle parti interessate ed in specie il pubblico ministero.

D'altro canto, sembrerebbe non necessario pretendere una contestuale presenza dell'accusa e della difesa al momento della formazione di un dato probatorio i cui elementi costitutivi sono raccolti mediante una metodologia razionale e corretta, la quale, essendo svolta a mezzo di un consolidato protocollo elaborato in laboratorio da accreditati esperti della materia, è sicuramente idonea a riprodurre senza alterazione alcuna i dati fenomenici del mondo esterno. L'affacciarsi prima e l'affermarsi poi dell'utilizzo della conoscenza scientifica nel processo penale ha quindi determinato un significativo ridimensionamento della valenza euristica del contraddittorio quale mezzo per l'accertamento dell'accaduto, sicché il confronto dialettico fra le parti, laddove sia in discussione un dato probatorio acquisito e poi valutato secondo competenze proprie del sapere scientifico, non costituisce un momento necessario per l'utilizzo dell'elemento epistemologico. In particolare, se può avere ancora un fondamento la pretesa di sottoporre alla *cross-examination* la valutazione

dell'esperto, la cui ricostruzione dell'accaduto non può essere utilizzata se non previo esame dello stesso davanti all'organo giudicante⁹, assolutamente inconferente risulta una analoga pretesa di dialettica processuale quando venga riferita al momento della raccolta dei dati elementari su cui dovrà poi esercitarsi la scienza del perito: in tale fase, infatti, si è in presenza di un'attività priva di contenuto problematico, in cui l'imparzialità e la neutralità di chi provvede alla raccolta dei dati - caratteri questi garantiti dalla circostanza che la persona dell'esperto è scelta e nominata dal pubblico ministero nell'esercizio del suo potere di direzione delle indagini preliminari - costituisce garanzia sufficiente di attendibilità dell'accertamento¹⁰.

Benché le riflessioni sinora illustrate all'apparenza appaiano ineccepibili, i ben più complessi itinerari dell'applicazione della scienza al processo ci spingono ad affermare che il contraddittorio tecnico assuma una valenza decisiva per l'accertamento fattuale ad alto tasso scientifico.

3. *L'effettività del contraddittorio tecnico: un ineludibile presupposto.* L'utilizzo di metodologie innovative e la necessità di sottoporle al vaglio di affidabilità di cui si è detto, valorizza il ruolo del contraddittorio tra gli esperti.

Ma sarebbe fuorviante e riduttivo ritenere che il contraddittorio tecnico serva solo ed esclusivamente a tal fine, essendo altrettanto - se non addirittura maggiormente - decisivo ai fini di un accertamento che non trascuri ogni altra soluzione plausibile. E ciò assume un'importanza decisiva qualora si tratti di accertamenti aventi ad oggetto persone, cose o luoghi soggetti a modificazione, laddove il rischio di una dispersione delle ulteriori informazioni gnoseologiche presenti all'interno dell'elemento potrebbero disperdersi a fronte dell'opzione per una pista investigativa, adottata in solipsistica autonomia con il rischio di volatilizzazione della prova conseguente tanto ad un utilizzo improprio delle metodologie di accertamento quanto per l'aver optato per un'opzione investigativa in luogo di altra.

Palese, pertanto, che l'incidenza del contraddittorio ai fini dell'acquisizione di elementi gnoseologici tecnici rilevi con una gamma di intensità strettamente

⁹ Cfr., ad esempio, le conclusioni alle quali perviene Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, in questa *Rivista*, 2019, 607, con nota di MUSCELLA, *La rimozione dell'istruzione dibattimentale in appello delle dichiarazioni di periti e consulenti tecnici in caso di overturning accusatorio*.

¹⁰ Considerazioni di SANTORIELLO, *Prefazione*, in GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., XIII.

legata alla possibilità di dissolvimento del dato da cui estrapolare il sapere scientifico.

In concreto le ipotesi verificabili sono le seguenti:

a) perizia nel corso del giudizio (che non necessariamente deve essere quello dibattimentale, ben potendo trattarsi di contraddittorio tecnico nelle ipotesi di perizia nel corso del giudizio abbreviato o dell'udienza preliminare);

b) perizia assunta nel corso dell'incidente probatorio (anche instaurato a seguito di accertamento tecnico non ripetibile);

c) accertamenti tecnici non ripetibili ad iniziativa del pubblico ministero o dei soggetti privati (indagato o persona offesa);

d) indagini tecnico-scientifiche delle parti private fuori dai casi di consulenza (art. 233 c.p.p.).

E non necessariamente l'istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili deve essere inquadrato sulla scena del crimine, anche se il concetto di ripetibilità sembra riportare ad attività strettamente consequenziali al delitto¹¹. L'indagine sarebbe inevitabilmente limitata. Peraltro, il nostro codice di rito non prevede un modello teso a regolare l'intervento di periti e consulenti sulla scena del crimine, potendosi semmai assimilare all'attività esperita nell'immediatezza del delitto o della scoperta di questo, volta a repertare i dati presenti e procedere alla loro valutazione.

Si procederà approfondendo l'ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili che costituiscono le indagini specialistiche che cronologicamente si collocano come le più prossime alla consumazione del reato (o quantomeno alla scoperta dello stesso o delle tracce di questo) e, descrivendone la disciplina nella prospettiva dell'*expert witness*, si evidenzieranno le differenze rispetto alle ipotesi della perizia, delle quali si tratterà - sempre in tale angolatura - la disciplina.

Ogni qualvolta il pubblico ministero - o, nell'ipotesi delle investigazioni difensive, il difensore - intenda procedere all'accertamento tecnico non ripetibile deve provvedere ad avvisare gli altri soggetti «del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici» (art. 360, co. 1, c.p.p.). L'avviso - alquanto deformatizzato¹² - si prefigge

¹¹ È quanto si evince dalle considerazioni di CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, cit., 234, la quale individua il presupposto caratterizzante l'accertamento tecnico non ripetibile «nella rapida modificazione dell'elemento di prova e nell'esigenza di procedere con rapidità all'esecuzione dell'operazione».

¹² Cass., Sez. III, 31 maggio 2019, n. 31640, in *Mass. uff.*, n. 276680, spiega come «qualora l'avviso relativo a giorno, ora e luogo fissati per l'inizio delle operazioni sia stato ritualmente notificato alle parti,

di rendere edotti i soggetti interessati dell'atto che sta per essere compiuto e della possibilità di partecipare al contraddittorio tecnico mediante la presenza al conferimento dell'incarico e, in quella sede, conoscere l'oggetto della consulenza che verrà effettuata e conseguentemente godere della possibilità di poter interloquire con il consulente mediante la nomina di esperti che possano partecipare - unitamente ai difensori - agli accertamenti stessi.

Una serie di anomalie strutturali che si riflettono sul diritto di difesa, devono essere immediatamente evidenziate. Il co. 3 della norma in esame, seppur implicitamente, esclude dalla partecipazione all'accertamento l'indagato e la persona offesa. Una lettura ragionata del parallelo art. 391-*decies*, co. 3, c.p.p., pare escludere lo stesso pubblico ministero nelle ipotesi di accertamento effettuato mediante le investigazioni difensive in quanto la norma autorizza il p.m., personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ad assistervi per «gli altri casi di atti non ripetibili di cui al co. 2», omettendo proprio l'ipotesi dell'accertamento tecnico. La ragione di ciò - a voler escludere *lapsus* legislativi che non hanno ragion d'essere posta la precisa presa di posizione -, è sicuramente da rinvenire in una pariteticità tra i soggetti privati e la parte pubblica, anche se non può trascurarsi che è ragionevole assimilare il p.m. più che al soggetto interessato, al difensore che svolge il ruolo di tutela dei diritti di difesa¹³.

Un altro aspetto che desta non poche perplessità è legato alla mancata previsione della determinazione dell'oggetto dell'accertamento. La norma, nonostante il buon livello di specificità, omette di specificare se debba essere indicato l'oggetto dell'accertamento, il che rende vacua la possibilità per le parti di nominare propri consulenti tecnici non potendo conoscere anticipatamente la disciplina in cui potrà svolgersi¹⁴. Sul punto si rendono necessarie una serie di considerazioni.

Innanzitutto - pur riconoscendo che l'accertamento tecnico irripetibile possa

l'omissione di ulteriori comunicazioni formali a quest'ultime circa il giorno e l'ora di prosecuzione delle attività, non costituisce causa di nullità, gravando sui difensori l'onere di procurarsi tali informazioni personalmente o attraverso la presenza di un proprio consulente di parte».

¹³ In effetti è maggiormente plausibile ritenere il p.m. quale «complesso di uffici pubblici che rappresentano nel procedimento penale l'interesse generale dello Stato alla repressione dei reati» (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, 92).

¹⁴ Non è infrequente, nella prassi, imbattersi in pubblici ministeri che colmano il vuoto della norma indicando il tema oggetto di accertamento; il che, peraltro, risponde all'esigenza di un contraddittorio tecnico effettivo, realizzabile mediante la piena consapevolezza di tutti i tecnici del *petitum* che consente alle parti di nominare specialisti nella disciplina oggetto dell'indagine tecnica.

svolgersi per tutta la fase delle indagini - non può trascurarsi come il pubblico ministero proceda *ex art. 360 c.p.p.* solitamente nella fase primigenia delle indagini, laddove l'apporto tecnico in un contesto di urgenza ha anche il precipuo scopo di offrire una decisa rotta agli inquirenti¹⁵. Allo stesso tempo la determinazione del fatto storico si trova in una fase ancora embrionale che non richiede gradi di specificazione tali da superare l'«indicazione delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto» (art. 369 c.p.p.), il che rende non sempre agevole decifrare l'oggetto dell'accertamento tecnico. Non dimentichiamo, infatti, che la scarna focalizzazione dell'addebito che si limita ad indicare l'articolo di legge sotto il quale si intende far rientrare il fatto ritenuto addebitabile alla persona indagata, oltre ai dati cronologici e logistici, risponde all'esigenza di consentire all'indagato la possibilità di scegliersi un difensore di fiducia, in quanto la *discovery* è assicurata in una fase successiva ed eventuale costituita dall'avviso di conclusione delle indagini ove il fatto è indicato sommariamente. In quest'ultimo caso, però, ai connotati di chiarezza e precisione, tipici dell'imputazione, sopperisce la documentazione delle indagini. In questo l'esigenza di coniugare segretezza delle indagini e diritto di difesa risulta squilibrato per esigenze autoritarie e, soprattutto, la soluzione offerta per via giurisprudenziale non appare convincente in relazione all'accertamento tecnico non ripetibile che, per i *deficit* normativi ricordati, non consente di apprestare un'efficace linea di difesa. Certo, si potrà obiettare che la nomina del consulente consente alla difesa di "indirizzarsi" nella scelta di un tecnico della medesima disciplina, ma è anche vero che, come accade molto spesso laddove l'accertamento tecnico attenga le discipline mediche, la nomina da parte del soggetto che richiede l'accertamento di un medico-legale - e quindi non di uno specialista in una particolare disciplina - preclude la nomina di un esperto in una determinata branca del settore. È ovvio che, in queste ipotesi pesano le scelte del pubblico ministero e anche la strategia che intende adottare: di fronte ad un inquirente disinteressato all'epilogo delle indagini, si avrà un avviso che specifica anche l'oggetto dell'accertamento; diversamente un maggiore tatticismo dell'inquirente potrà - nel pieno rispetto della norma - portarlo a non svelare l'oggetto dell'indagine. La *ratio* di un simile atteggiamento, tenuto conto che comunque in occasione del conferimento dell'incarico l'oggetto

¹⁵ CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, cit., 229, condivisibilmente, considera l'accertamento tecnico *ex art. 360 c.p.p.* «un atto d'indagine dal profondo contenuto strategico».

dell'accertamento tecnico verrebbe conosciuto da tutti i partecipanti, potrebbe rispondere allo scopo di impedire - o, comunque, ostacolare - la presenza del consulente nella formulazione dei quesiti ai quali dovrà rispondere il consulente tecnico del soggetto istante con la possibilità di operare un vaglio non completo, magari nelle parti più insidiose o meno proficue per la propria pista di indagine. Ed è quasi ovvio specificare che queste perplessità tendano ad acuirsi in misura maggiore in quelle ipotesi in cui l'accertamento tecnico sia esperito ad iniziativa dei soggetti privati.

Vi è, però, un aspetto che occorre chiarire fin da subito onde sgombrare il campo da possibili equivoci. Il tenore del co. 3 dell'art. 360 prevede che difensori e consulenti tecnici abbiano diritto di «*assistere* al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve». Il punto è chiarire il significato da attribuire al verbo «assistere» ed in particolare se si possa ritenerlo quale prologo al successivo diritto di formulare osservazioni e riserve. Se lo si intende come attività di osservazione passiva, volta sul piano processuale a verificare la regolarità del compimento degli atti, è naturale che la conoscenza a priori dell'oggetto dell'accertamento non produca effetti sul piano del diritto di difesa; ma se, al contrario, l'accertamento tecnico *ex art.* 360 c.p.p. è da assimilare per analogia alla perizia¹⁶, il termine assistenza va letto in termini più ampi - di contraddittorio - e in correlazione logica con i diritti successivamente assicurati (partecipazione agli accertamenti, formulazione di osservazioni e riserve). L'art. 226, co. 2, c.p.p. prevede, infatti, un contraddittorio nella formulazione dei quesiti («Il giudice formula quindi i quesiti, *sentiti* il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti»)¹⁷.

Poiché il legislatore si è premurato di stabilire le modalità di instaurazione del contraddittorio, della formulazione della riserva di promuovere l'incidente

¹⁶ Tesi alla quale aderisce seppur implicitamente LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale di una specie di consulenza pre-processuale del magistrato requirente*, in *Cass. pen.*, 1995, 330, secondo cui la perizia «rappresenta una guida sicura anche per trovare un'adeguata risposta ad alcune questioni che si possono in concreto prospettare al momento del compimento e/o dell'utilizzazione dell'accertamento». Parzialmente discorde è l'opinione di KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 157, il quale ritiene che il ricorso alla disciplina peritale trovi un limite nella funzione dell'istituto, diretto alla formazione della prova in modo più veloce rispetto a quanto possa realizzarsi nell'incidente probatorio e quindi da quello che scaturisce all'esito di un procedimento ove vigono le regole previste per la perizia.

¹⁷ D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2003, 366, ritiene che il quesito costituisca «il frutto di un incontro sul tema della prova peritale».

probatorio e dell'utilizzabilità dei risultati degli accertamenti, trascurando, invece, di dettare un'apposita disciplina relativa al conferimento dell'incarico che fa sorgere una serie di perplessità, è opportuno, al fine di superare le vischiosità di aspetti che nel silenzio della legge non appaiono di semplice risoluzione, provvedere mediante l'integrazione con la disciplina prevista per la perizia¹⁸, non dimenticando che un conto è parlare di atto gestito da un organo terzo ed imparziale e altro di atto unilaterale nella gestione di un soggetto destinato a divenire parte processuale¹⁹ e, quindi, portatore di un interesse. La maggioranza degli autori ritiene estendibile all'istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili l'intera normativa prevista per la perizia e quindi anche quella in tema di astensione, ricusazione e sostituzione del consulente (artt. 223 e 231 c.p.p.), di regole per il conferimento dell'incarico e per la formulazione dei quesiti (art. 226) e di nullità degli accertamenti tecnici (art. 222) anche sulla scorta di «strisciante “fungibilità” fra i due istituti»²⁰ che troverebbe conferma nella disposizione di attuazione del codice di rito in relazione all'opzione offerta al pubblico ministero, qualora sorga sospetto di reato in relazione alla morte di una persona, di procedere o con accertamento tecnico irripetibile o con incidente probatorio (art. 116 disp. att. c.p.p.)²¹.

Sulla piena estensibilità della disciplina prevista per la perizia vi sono non poche riserve in considerazione dell'unilateralità dell'incarico che sembra lasciare poco spazio alle iniziative dei soggetti che “subiscono” l'accertamento, senza, cioè, che possano interloquire con un soggetto terzo ed imparziale qual è il giudice²²; anzi, potrebbe divenire controproducente sotto il profilo strategico una forte presa di posizione verso un determinato approfondimento tecnico in quanto tendente a svelare la debolezza o gli interstizi in cui ci si vuole incuneare²³. Ecco, pertanto, che risulta preferibile ritenere che solo parzialmente si

¹⁸ GAETA, *Art. 360*, cit., 551.

¹⁹ BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 69, e KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 149, nutrono qualche riserva.

²⁰ DOMINIONI, *Il medico legale quale consulente tecnico del p.m.*, in *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, a cura di De Fazio, Beduschi, Milano, 1989, 74.

²¹ SAVIOTTI, *Art. 116*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, *La normativa complementare*, I, *Norme di attuazione*, Torino, 1992, 409.

²² Posizione assunta anche da SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 142.

²³ Il tema è affrontato, seppur non in riferimento alla questione specifica, da CORSO, *La risposta al bisogno privato di informazioni processualmente rilevanti*, in *L'investigazione privata nel nuovo processo penale*, a cura di Tonini, Padova, 1989, 13 ss.; DEAN, *Consulenza tecnica*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1992, 516, e TONINI, *L'attività di investigazione privata nel nuovo processo penale*, in *L'investigazione privata*

possa attingere alla disciplina prevista dagli artt. 220 ss. c.p.p.²⁴, nonostante il principio di parità delle parti porti a ritenere che ai consulenti possano essere estese le facoltà dettate dagli artt. 226, co. 2, e 230, co. 2, c.p.p. e, quindi, accordare un ruolo attivo ai consulenti dell'antagonista²⁵.

Passiamo al momento dell'accertamento vero e proprio.

Trattandosi di atto che richiede aspetti valutativi e fuori di dubbio che non possa essere instaurato da soggetti diversi dal pubblico ministero; in ipotesi simili ci si troverebbe non tanto in presenza di un accertamento tecnico (ripetibile o non ripetibile, poco importa) quanto semmai nel caso previsto dall'art. 348, co. 4, c.p.p. quando, cioè, la polizia giudiziaria, compiendo atti di assicurazione delle fonti di prova che richiedono specifiche competenze, può avvalersi di persone idonee che non possono rifiutare la loro opera. Opera che deve consistere in un'attività di mera individuazione e acquisizione di dati («assicurazione delle fonti di prova», «ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato») e non altro²⁶, essendo inibito alla p.g. svolgere accertamenti tecnici. D'altronde la dicotomia codicistica è chiara nel distinguere i diversi ruoli e l'attività della persona idonea richiesta dalla polizia giudiziaria e del consulente tecnico del pubblico ministero, essendo palese che «non esiste la figura del “consulente tecnico di polizia giudiziaria”»²⁷, come si evince dalla lettura dell'art. 233 c.p.p. che non consente alla p.g. di nominare un proprio consulente tecnico²⁸. Se il dato discriminante è costituito dall'attività valutativa che contraddistingue l'istituto in esame, occorre chiedersi se sia ammesso un accertamento tecnico non ripetibile delegato alla polizia giudiziaria da parte del pubblico ministero. La questione non è di facile risoluzione, in quanto se, per un verso, l'accertamento

nel nuovo processo penale, cit., 249 ss.

²⁴ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 157, ritiene che sia possibile solo per le norme riguardanti la nomina del consulente tecnico, le questioni relative ai poteri del perito e l'esclusione dall'oggetto della perizia delle questioni attinenti l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e tutte le questioni diverse attinenti le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.

²⁵ Tesi sostenuta da D'AMBROSIO, *Artt. 359-360*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, cit., 1990, 188; FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 2186, e DEAN, *Consulenza tecnica*, cit., 517.

²⁶ Posizione assunta anche da A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'«esperto»*, in *Giur. it.*, 1996, II, 600.

²⁷ Efficacemente A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'«esperto»*, cit., 601.

²⁸ La norma disciplinante le ipotesi di consulenza tecnica «fuori dei casi di perizia», consente tale facoltà solo alle parti.

dovrebbe essere condotto dal solo p.m. in forza del chiaro disposto degli artt. 359 e 360 c.p.p.; per altro verso, l'art. 370 c.p.p. che prevede le ipotesi di delega da parte del titolare delle indagini alla polizia giudiziaria, non sembra autorizzare tale distinzione, anche se non si può trascurare che trattasi di norma di carattere generale la quale deve recedere di fronte alla specificità del combinato disposto degli artt. 359 c.p.p. e 117 disp. att.

Gli interessi in gioco, costituiti dalle garanzie assicurate e dal rischio di dispersione o danneggiamento dell'elemento di prova, portano a privilegiare la prima soluzione²⁹, potendo al massimo il p.m. delegare alla p.g. rilievi tecnici funzionali all'accertamento ex art. 360 c.p.p., atto tipico del p.m. Alle medesime conclusioni deve pervenirsi per gli accertamenti compiuti dalla difesa. Il difensore titolare dell'ufficio difensivo potrà solamente farsi sostituire da altro difensore appositamente delegato ai sensi dell'art. 102 c.p.p. sul quale trasleranno i diritti e i doveri del sostituito.

Le considerazioni espresse in riferimento alla possibilità di estendere la disciplina che regola l'attività del perito, devono essere approfondite in riferimento all'aspetto specifico della sostituibilità del consulente nominato dal pubblico ministero. In particolare, aderendo alla tesi che esclude l'applicazione della disciplina della perizia alla consulenza tecnica ex artt. 359 e 360 c.p.p., le ragioni poste a base di una diversificazione delle forme è rinvenibile nell'esigenza di non appesantire un'attività che, proprio perché deve svolgersi repentinamente, si presenta alquanto deformalizzata. Una simile conclusione, però, peccerebbe di superficialità in quanto - al di là delle convinzioni personali³⁰ - la classificazione dell'accertamento tecnico irripetibile non è legato solo alla non rinviabilità, per cui ben può verificarsi l'ipotesi di un accertamento particolarmente complesso e duraturo, durante il quale può emergere la necessità di dover provvedere alla sostituzione del consulente. Non può trascurarsi, infatti, come nello svolgimento dell'incarico possano insorgere delle cause tali da

²⁹ Concordi in tal senso DELL'ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 250; A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'«esperto»*, cit., 599; MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del Dna*, in *La prova penale*, II, Torino, 2008, 67; POGGI, CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, 333. Ritengono, invece che il p.m. possa delegare alla p.g. anche gli accertamenti tecnici, D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, 201; APRILE, *Le indagini-tecnico scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, cit., 4036.

³⁰ Sia consentito rinviare al nostro, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., *passim*.

impedirgli di portarlo a termine³¹: si pensi alla morte o ad altro impedimento che non consenta, definitivamente o temporaneamente, al consulente, di adempiervi (come l'inidoneità fisica e psichica). In questi casi occorre avvicendare il consulente.

Allo stesso tempo, si ritiene che anche il mancato rispetto del termine indicato per adempiere, così come la perdita o la sottrazione di attrezzature tecniche indispensabili³² o anche per l'inefficienza del consulente tecnico³³ consentano la sostituzione³⁴. Sono ipotesi, infatti, che, incidendo sul risultato della consulenza, non possono non rilevare. Sulla scorta di ciò, quindi, è ben possibile la sostituzione del consulente tecnico che verrà operata dal pubblico ministero mediante decreto motivato³⁵ o dal difensore - nell'ipotesi parallela di accertamento tecnico non ripetibile da questi promosso - mediante una semplice revoca (o rinuncia) del consulente e conseguente nomina del nuovo.

4. *Un meccanismo riequilibratore: la riserva di promuovere l'incidente probatorio.* Costituente un meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale nella formazione della prova, la riserva di incidente probatorio crea una serie di problemi interpretativi, soprattutto in funzione della mancanza dell'obbligo successivo di attivarsi nelle forme di cui all'art. 392 ss. c.p.p.

Gli aspetti strategici finalizzati alle speculazioni delle parti³⁶ disvelano il ruolo nevralgico assegnato dal legislatore alla riserva in discorso. Non a caso le conseguenti letture offerte dalla giurisprudenza ritengono che la possibilità in capo all'indagato di opporsi all'accertamento - che, in forza del combinato disposto degli artt. 61 e 99 c.p.p., si estende anche al difensore - configuri, in caso di mancato esercizio della facoltà prevista dal co. 4, un'adesione alla scelta del p.m. indipendentemente dalla sussistenza del requisito dell'indifferibilità³⁷, e

³¹ MUSSO, *Art. 231*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, cit., 1990, 632.

³² MENDOZA, G. MARCON, L. MARCON, *La perizia e la consulenza nel processo penale*, Padova, 1994, 60.

³³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 794.

³⁴ D'AMBROSIO, *Artt. 359-360*, cit., 191 s.

³⁵ Nell'ipotesi di sostituzione del perito il provvedimento assume la forma dell'ordinanza (MUSSO, *Art. 231*, cit., 633).

³⁶ Per considerazioni non possibili in questa sede sia consentito rinviare a GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 63 ss.

³⁷ Il *drafting* giurisprudenziale si concentra, specialmente, sugli accertamenti tecnici su sostanze stupefacenti: Cass., Sez. VI, 18 aprile 1996, Gomez, in *Cass. pen.*, 1997, 2501; analogamente, Id., Sez. IV, 10

quindi i risultati siano legittimamente utilizzabili dal giudice di merito per la decisione³⁸. Ciò, però, non equivale a condividere anche la valutazione sui contenuti e sui risultati dell'accertamento³⁹.

Pur tralasciando le questioni relative al regime probatorio, va comunque sottolineato come sia stato offerto un diverso peso alla erronea supposizione del pubblico ministero circa la non rinviabilità⁴⁰ dell'atto in relazione alla formulazione della riserva di promuovere l'incidente probatorio: in caso positivo (e cioè che, nonostante il veto espresso, il p.m. abbia ugualmente proceduto nell'accertamento) i risultati dell'accertamento sarebbero totalmente inutilizzabili⁴¹, quindi non allegabili al fascicolo del dibattimento, nemmeno utilizzando la testimonianza dibattimentale del consulente che assurgerebbe al rango di prova vietata e quindi da escludere *ex art.* 468, co. 2, c.p.p.⁴²; in caso negativo (vale a dire quando l'indagato abbia aderito alla scelta del p.m.) sorge l'impossibilità di acquisire al fascicolo del dibattimento i risultati dell'accertamento, nonostante la possibilità di recuperarli mediante l'esame del consulente o, dopo l'esame di questo, con la lettura⁴³. Un dato è comunque certo: il decreto motivato del p.m. che, nonostante la riserva di incidente probatorio, decida ugualmente di procedere non è impugnabile⁴⁴, dovendo giocarsi la questione

dicembre 1993, Mingione, in *Mass. uff.*, n. 197731.

³⁸ Cass., Sez. IV, 10 dicembre 1993, Mingione, cit., secondo cui «alla stregua dell'art. 360, co. 5, c.p.p. i risultati di un accertamento tecnico non indifferibile disposto dal p.m. ed espletato senza espressa riserva dell'imputato di promuovere incidente probatorio possono essere legittimamente utilizzati dal giudice di merito».

³⁹ Per questa condivisibile linea interpretativa, Cass., Sez. IV, 12 aprile 2000, Pecorele, in *Cass. pen.*, 2001, 2420; Id., Sez. I, 21 dicembre 1996, Bellingheri, in *Mass. uff.*, n. 204060; Id., Sez. I, 4 maggio 1995, Mellei, in *Cass. pen.*, 1998, 3711; Id., Sez. VI, 30 settembre 1993, Oliverio, *ivi*, 1995, 324, con nota di LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale in una specie di consulenza preprozessuale del magistrato*.

⁴⁰ Significativamente Cass., Sez. IV, 19 aprile 2019, n. 22101, in *Mass. uff.*, n. 275804.

⁴¹ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 300; LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale in una specie di consulenza preprozessuale del magistrato requirente*, cit., 333; di diverso avviso VIGNA, *Gli accertamenti medico legali disposti dal p.m. nella fase delle indagini preliminari*, in *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, cit., 69.

⁴² Cass., Sez. I, 27 febbraio 1990, Panico, in GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Torino, 1994, 72.

⁴³ LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale in una specie di consulenza preprozessuale del magistrato requirente*, cit., 332.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 20 settembre 1993, Cordi, in GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., 76.

sul piano dell'utilizzabilità.

L'aspetto che desta particolari problemi all'interprete sono le vicende successive all'esercizio della facoltà prevista dal co. 4 dell'art. 360, vale a dire la valutazione effettuata dal p.m. di procedere ugualmente all'accertamento tecnico e l'ipotesi contraria in cui non proceda in tali termini. Mediante l'art. 1, co. 28, l. 23 giugno 2017, n. 103, il legislatore ha raccolto, seppur tardivamente, l'invito della dottrina di prevedere un termine - fissato in dieci giorni - entro il quale sciogliere la riserva di promovimento dell'incidente probatorio (co. 4-*bis*). La previsione di un termine per decidere se promuovere o meno l'incidente probatorio trova la sua *ratio* anche nel più ampio diritto di difesa assicurato dalla Costituzione e nel più specifico diritto di disporre «del tempo e delle condizioni necessari» per preparare la difesa (art. 111, co. 3, Cost.).

Il veto espresso dall'indagato sembra doversi far rientrare nel potere di disponibilità degli strumenti processuali in capo alle parti del processo: a fronte di una riserva non sciolta da parte dell'indagato, il p.m. potrà procedere ugualmente nell'accertamento specificando la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accertamento *ex art.* 360 c.p.p., accollandosi il rischio che questi non vengano giudicati allo stesso modo, oppure attivandosi egli stesso con la richiesta di incidente probatorio⁴⁵, delegittimando, però, le ragioni che lo avevano portato a scegliere la diversa soluzione anche per l'eventuale timore di un confronto garantito dalla presenza del giudice nelle forme dell'incidente probatorio.

Un'ulteriore questione che nella prassi potrebbe verificarsi - anche se trattasi di ipotesi abbastanza remota -, è legata alla concorrente richiesta di incidente probatorio da parte dell'indagato e di accertamento tecnico non ripetibile da parte del p.m. - ma in forza dei poteri riconosciuti dall'art. 391-*decies* c.p.p. al difensore, è possibile ipotizzare anche il caso inverso -. In questa situazione⁴⁶ il tenore della norma consente di ritenere soddisfatto il potere di veto che opera «prima del conferimento dell'incarico» senza distinguere se sia esercitabile o meno solo a seguito dell'avviso formulato ai sensi del co. 1 dell'art. 360 c.p.p.

⁴⁵ Soluzione questa, suggerita da DRAGONE, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI, PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 2000, 559: il p.m., in buona sostanza, dovrebbe far propria l'indicazione dell'indagato e richiedere al g.i.p. di procedere all'incidente probatorio.

⁴⁶ Concretamente verificatasi: cfr., al proposito, Cass., Sez. III, 4 aprile 2000, Chiarello, in *Cass. pen.*, 2001, 2420.

L'atto del p.m. potrà ritenersi utilizzabile solo se questi giustifichi la necessità di procedere agli accertamenti in quanto, se differiti, non sarebbero più utilmente effettuabili⁴⁷. Peserà, pertanto, anche la valutazione della fase preparatoria dell'incidente in cui il potere del p.m. sarà esercitato. La *par condicio*⁴⁸ tra accusa e difesa si coglie proprio nel privare dell'«esclusiva»⁴⁹ degli accertamenti tecnici non ripetibili il p.m., prevedendo la possibilità per il difensore di divenire *dominus* dell'accertamento con il p.m. eventuale contraddittore. Questa inversione dei ruoli la si coglie nel co. 3 dell'art. 391-*decies* il quale dispone che «quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360 c.p.p.». Occorre valutare, quindi, se sia compatibile con i diversi ruoli rivestiti la possibilità di paralisi del p.m. ed in particolare se quest'ultimo, in funzione di una posizione di primazia, possa sempre e comunque prendere in mano le redini dell'indagine e ridimensionare l'avviso del difensore di procedere all'accertamento tecnico irripetibile come un invito al p.m. ad instaurarlo⁵⁰. A nostro avviso deve ravvisarsi la pariteticità di poteri tra p.m. e soggetti privati, così da consentire anche al difensore - con le eventuali conseguenze in punto di utilizzabilità - di vincere il veto del p.m.⁵¹. Tutt'al più occorrerà valutare se, venendo meno alla lealtà processuale, il p.m. possa utilizzare altri strumenti volti ad impedire al difensore di procedere, magari ponendo un vincolo ablativo per ragioni probatorie sulla *res* oggetto di accertamento.

5. *Bilancio e prospettive.* Gli aspetti controversi analizzati consentono di tracciare un primo bilancio sicuramente stridente con la metodologia cognitiva che dovrebbe connotare gli accertamenti in epoca di giusto processo, nonostante la scientificità delle metodologie adottate possa, *prima facie*, far pensare alla possibilità di rinunciare a certi *standards* di garanzia costituiti, nella specie, dall'effettività del contraddittorio con pariteticità di poteri dei consulenti nella determinazione del tema scientifico da accertare.

⁴⁷ Così Cass., Sez. III, 4 aprile 2000, Chiarello, cit.

⁴⁸ RAFARACI, *Art. 11 [Art. 391-*decies*]*, in *La difesa penale*, diretto da Chiavario, Marzaduri, Torino, 2003, 240.

⁴⁹ RAFARACI, *Art. 11 [Art. 391-*decies*]*, cit., 240.

⁵⁰ Ipotesi respinta da FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 388 s.

⁵¹ RAFARACI, *Art. 11 [Art. 391-*decies*]*, cit., 240. Di diverso avviso FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, cit., 391.

L'ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili costituisce l'emblema della *factio* che si verifica relegando un soggetto fondamentale del rapporto processuale a mero "convitato di pietra" in un contesto cognitivo ove l'alto tasso di strategicità gioca ancora un ruolo dominante, potenzialmente in grado di influenzare l'esito del processo tanto per l'indice di scientificità che connota la prova quanto per l'irreversibilità dei risultati dell'accertamento.

Quali possibili soluzioni?

Innanzitutto circoscrivere le ipotesi di accertamento non ripetibile ai soli casi di non rinviabilità⁵² dell'accertamento, così accentuandone il ruolo di eccezione dell'eccezione⁵³ - vale a dire dell'incidente probatorio⁵⁴ -. In tal modo si delimiterebbe l'utilizzo di un istituto che, per il suo tenore letterale, non tende nemmeno ad assicurare il contraddittorio tecnico per la limitatezza dei poteri che sono consentiti ai consulenti dell'antagonista, i quali - come visto - non hanno un potere di incidere sui punti su cui dovrà snodarsi l'accertamento. D'altronde, dei limiti della norma ne erano consci anche i *conditores* che in una sorta di pentitismo legislativo⁵⁵ apprestarono un meccanismo di recupero del contraddittorio per la prova mediante la previsione della riserva di incidente probatorio. Con questo accento il legislatore, salvi i reflussi in punto di utilizzabilità, ha mantenuto in capo al pubblico ministero (o alla parte privata nel contesto delle investigazioni difensive) il potere di «dare o non dare il lasciapassare per l'incidente probatorio»⁵⁶, in relazione al fatto che di fronte ad un dato potenzialmente depauperabile, il procedere, pur nel dissenso della parte opposta, neutralizza la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio. E questo costituisce un dato non disattendibile in vista di opzioni di metodo del legislatore.

Allo stesso tempo, quello che spesso viene evidenziato nel corso delle indagini scientifiche è che di sovente ruotano intorno all'indagato e finiscono per lo più per rappresentare il mezzo attraverso il quale si può pervenire alla conferma o meno di una data ipotesi investigativa. Abbiamo detto che i limiti dell'istituto previsto dall'art. 360 c.p.p. sono costituiti dalla mancanza di contraddittorio tecnico. L'accento, in particolare, si pone - come visto - sul diverso significato

⁵² Soluzione a cui aderiscono SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 145; TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 59.

⁵³ SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 144, nt. 114.

⁵⁴ Per ulteriori prospettive non illustrabili in questa sede sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 156 ss.

⁵⁵ SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 144.

⁵⁶ TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., 63.

della facoltà di «*assistere* al conferimento dell’incarico» previsto per i consulenti (co. 3) rispetto al ruolo attivo consentito nelle ipotesi di perizia ove già nella formulazione dei quesiti i consulenti possono contraddire (art. 230 c.p.p.)⁵⁷. Il codice di rito conosce la possibilità di utilizzare l’istituto della perizia anche nella fase delle indagini preliminari mediante l’incidente probatorio le cui dinamiche si mostrano non compatibili con la tempistica con la quale spesso è richiesto di intervenire per tutelare situazioni di non rinviabilità. Al proposito il legislatore ha previsto un modello più “celere” di incidente probatorio, disciplinato dall’art. 400 c.p.p.: «quando per assicurare l’assunzione della prova è indispensabile procedere con urgenza all’incidente probatorio il giudice dispone con decreto motivato che i termini previsti dagli articoli precedenti siano *abbreviati nella misura necessaria*».

Nell’ipotesi in esame, il contraddittorio preventivo verrebbe assicurato mediante l’abbreviazione dei termini previsti per le deduzioni sull’ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta, sulla richiesta di differimento e per la decisione del giudice che, per non pregiudicare la perizia, potrebbe avvenire mediante l’utilizzo di forme di notificazione snelle ai sensi dell’art. 150 c.p.p. in modo da circoscrivere il contraddittorio per l’incidente probatorio e la conseguente decisione ad un lasso temporale brevissimo, coincidente con quello necessario per la congerie di avvisi finalizzati alla valida instaurazione dell’accertamento tecnico non ripetibile. D’altronde la peculiarità prevista per l’incidente probatorio “accelerato” non prevede un termine minimo da rispettare che spetterà al giudice calibrare in funzione dello scopo da perseguire⁵⁸. Ma non deve nemmeno accantonarsi la possibilità, qualora il giudice ravveda il fondamento della richiesta, che la parte antagonista possa rassegnare le proprie deduzioni direttamente in udienza alla presenza del perito⁵⁹. Ciò renderebbe ancora più fluida la fissazione dell’udienza e l’eventuale conferimento dell’incarico al perito⁶⁰.

In ulteriore e diversificata prospettiva.

Quello che sembra mancare è una analisi criminalistica che dovrebbe essere

⁵⁷ Per approfondimenti non possibili in questa sede, sia nuovamente concesso il rinvio a GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 71 ss.

⁵⁸ Già in questi termini Cass., Sez. I, 21 marzo 1995, Grabowski, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 937.

⁵⁹ Di diverso avviso Cass., Sez. I, 21 marzo 1995, Grabowski, cit., per la quale «le eventuali deduzioni di cui all’art. 396 c.p.p., ancorché improponibili nel corso dell’udienza destinata alla trattazione dell’incidente, potranno pur sempre essere fatte valere nel prosieguo del procedimento o del giudizio».

⁶⁰ Per ulteriori profili GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 157 s.

eseguita prescindendo da qualunque ipotesi investigativa.

Per questo, soprattutto nelle prime fasi dell'indagine, essendo nella quasi totalità dei casi ancora ignoto o non identificato l'autore del reato⁶¹, appare opportuna la previsione di un consulente difensivo "a futura memoria", che indossi anche solo e semplicemente le vesti di *discussant*, garantendo anticipatamente quella dialettica che, pur prevista dal nostro codice di rito criminale all'art. 358 c.p.p. per il pubblico ministero, finisce il più delle volte per essere totalmente disattesa, anche in ragione della presenza delle investigazioni difensive, che vengono sovente indicate, proprio dal pubblico ministero, quale strumento che la difesa non ha attivato al fine di ricercare gli elementi a favore dell'indagato, quasi che fosse un esclusivo dovere della difesa e non anche un'attività a cui comunque la pubblica accusa è tenuta⁶².

Concludendo, si tratta di spunti minimi i quali, però, se applicati consentirebbero la disamina e l'acquisizione di dati potenzialmente "volatilizzabili" con una metodologia ortodossa la quale, mediante il contraddittorio tecnico e grazie alla auspicata professionalità degli esperti, garantirebbe alle indagini completezza ed affidabilità.

⁶¹ Di recente Cass., Sez. II, 26 aprile 2018, n. 34745, in *Mass. uff.*, n. 273543, a scongiurare effetti strategici dettati dal ritardo nell'iscrizione nel registro degli indagati, ha precisato come «l'avviso relativo all'espletamento di un accertamento tecnico non ripetibile, con la conseguente assicurazione dei diritti di assistenza difensiva, deve essere dato anche alla persona che, pur non iscritta nel registro degli indagati, risulti nello stesso momento raggiunta da indizi di reità quale autore del reato oggetto delle indagini».

⁶² FUSARO, *Delitti e condanne... Prova scientifica e ragionevole dubbio*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 4, 5 ss.