



M. Bontempelli - V. Bozio - E.M. Catalano - C. Conti
A. Diddi - P. Felicioni - P. Ferrua - L. Filippi - B. Lavarini
P. Maggio - F. Novario - P. Rivello - N. Rombi
S. Ruggeri - L. Scomparin - N. Triggiani - P. Ventura

La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA

ENRICO MARZADURI

GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

prova penale



Area **Diritto Penale** – 6

M. Bontempelli - V. Bozio - E.M. Catalano - C. Conti
A. Diddi - P. Felicioni - P. Ferrua - L. Filippi - B. Lavarini
P. Maggio - F. Novario - P. Rivello - N. Rombi
S. Ruggeri - L. Scomparin - N. Triggiani - P. Ventura

La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA

ENRICO MARZADURI

GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2013 - LINEA PROFESSIONALE - TORINO

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-241-1

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

di *Pierpaolo Rivello*

SOMMARIO: 1. L'ambito e le finalità della consulenza tecnica peritale. – 2. La nomina dei consulenti tecnici peritali. – 3. L'interscambio conoscitivo tra periti e consulenti tecnici. – 4. La parziale omogeneità di regolamentazione tra la perizia e la consulenza tecnica peritale. – 5. I “pregiudizi” gravanti sulla consulenza tecnica. – 6. La mancata previsione di un “impegno di verità” da parte del consulente tecnico. – 7. La consulenza tecnica extraperitale. – 8. Le attività escluse dall'ambito di tale consulenza. – 9. I consulenti tecnici del pubblico ministero. Criteri di nomina. – 10. La presunta “veste pubblicistica” dei consulenti tecnici del pubblico ministero. – 11. La potenziale sfera di attività dei consulenti tecnici del pubblico ministero. – 12. La consulenza tecnica espletata in occasione degli accertamenti tecnici non ripetibili previsti dall'art. 360 c.p.p. e degli accertamenti modificativi regolamentati dall'art. 117 norme att. c.p.p. – 13. La consulenza tecnica a favore della difesa. – 14. L'attività svolta dai consulenti tecnici della difesa in relazione agli accertamenti non ripetibili, di cui all'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p. – 15. L'assistenza dei consulenti tecnici alle operazioni di revisione delle analisi di campioni, previste dall'art. 223 norme coord. c.p.p. – 16. Il diritto delle parti private ad essere assistite da un consulente tecnico a spese dello Stato.

1. L'ambito e le finalità della consulenza tecnica peritale

La nomina, ad opera delle parti, dei consulenti tecnici garantisce la possibilità di realizzare un'effettiva dialettica processuale con riferimento alle tematiche che richiedono una particolare competenza tecnico-scientifica.

L'attuale normativa ha cercato di estendere, rispetto al passato, lo spazio operativo dei consulenti, nella consapevolezza dell'importanza del loro apporto, in antitesi all'impostazione accolta dal codice Rocco, che li aveva invece collocati in una posizione di assoluta marginalità. È stato del resto lucidamente osservato che in una struttura processuale a modello accusatorio la valorizzazione del ruolo delle parti in ambito probatorio implica, quasi inevitabilmente, anche il riconoscimento della valenza attribuibile alla consulenza tecnica¹.

Il codice del 1988 ha dunque inteso opporsi ad una logica che sembrava porre il con-

¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, pp. 1 e 2.

tributo offerto dalla consulenza tecnica in una posizione di netta subvalenza rispetto alle risultanze peritali, tanto da far ritenere che l'intervento del consulente tecnico rappresentasse «*un quid pluris, quasi una graziosa concessione*» e che detto soggetto fosse una figura semplicemente “tollerata” sulla scena processuale². Si è voluto pertanto respingere la soluzione antecedente, caratterizzata da una sorta di “sfiducia” o quantomeno di diffidenza rispetto ai contributi forniti dalla consulenza tecnica, che, essendo funzionale agli interessi di parte, veniva considerata scarsamente affidabile, a causa della sua “tendenziosità”.

Il mutamento di atteggiamento nei confronti della consulenza tecnica, evidenziato in ambito giurisprudenziale³, risulta dovuto proprio alla differente trama normativa ad essa afferente; appare significativo al riguardo l'art. 422 c.p.p., in base al quale il giudice, nel corso dell'attività di integrazione probatoria, può disporre l'assunzione non solo della testimonianza o della perizia, ma anche della consulenza tecnica, qualora ne appaia evidente «*la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere*»; risulta in tal modo confermato che gli esiti di una consulenza tecnica possono costituire il fondamento della decisione giudiziale.

Va inoltre rimarcata fin d'ora la parziale omogeneità fra la disciplina della perizia e quella della consulenza tecnica⁴; questo dato, evidenziato dai numerosi richiami *per relationem* al regime della perizia fatti dal legislatore in sede di regolamentazione della consulenza endoperitale, rappresenta un indice della volontà di ricondurre entro un ambito sostanzialmente unitario i due istituti e di attribuire pari rilevanza ai contributi offerti dai periti e dai consulenti tecnici⁵.

Venute meno le limitazioni al numero complessivo dei consulenti tecnici previste sotto la vigenza del codice del 1930, l'attuale art. 225, comma 1, c.p.p., proprio al fine di evitare, anche sotto questo aspetto, delle disomogeneità, prevede che le parti private non possano nominare consulenti tecnici in numero «*superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti*», realizzando così l'«*uguaglianza delle forze*» tra consulenti e periti⁶. In tal modo, nelle perizie collegiali disposte ai sensi dell'art. 221, comma 2, c.p.p., concernenti indagini e valutazioni di particolare complessità o tali da richiedere distinte conoscenze in differenti discipline, l'eventuale notevole numero di periti può essere “controbilanciato” da un analogo apporto di consulenti endoperitali.

In un'ottica di razionalizzazione e di contenimento dei tempi processuali, diretta ad evitare che la nomina dei consulenti tecnici venga utilizzata, strumentalmente, allo scopo di favorire un rallentamento dell'*iter* giudiziario, l'art. 230, comma 4, c.p.p. prevede comunque che detta nomina e l'effettuazione della successiva attività di consulenza non possano «*ritardare l'esecuzione della perizia e il compimento delle altre attività processuali*».

² R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 13.

³ Cass., sez. IV, 3 febbraio 2004, Micucci, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1659; Cass., sez. I, 17 marzo 1999, Loiacono, *ivi*, 2000, p. 3101.

⁴ N. TRIGGIANI, *La legge 7 dicembre 2000, n. 397 («disposizioni in materia di indagini difensive»): prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2272.

⁵ V. sul punto, volendo, P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 470; nonché, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 285.

⁶ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 39.

Per quanto concerne l'oggetto della consulenza tecnica, va osservato come esso non diverga da quello della perizia. Il consulente in primo luogo può svolgere la cosiddetta attività "percipiente", volta alla raccolta di dati e di altro materiale di carattere tecnico, ed al fine di agevolare detto compito, per quanto concerne la consulenza tecnica a favore della difesa, l'art. 391-*bis* c.p.p. autorizza i consulenti a conferire «con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa», e l'art. 391-*sexies* c.p.p., in tema di "accesso ai luoghi", li abilita alla compilazione di un verbale contenente l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici od audiovisivi eseguiti. Al contempo il consulente può espletare un'attività "deducente", tendente a fornire dei criteri valutativi o ad esprimere direttamente delle valutazioni. In relazione a detto ambito, dovendosi escludere la sussistenza di una "gerarchia" tra la perizia e la consulenza tecnica⁷, sarebbe erroneo ipotizzare, aprioristicamente, una maggiore "affidabilità" delle valutazioni peritali rispetto a quelle provenienti dai consulenti tecnici⁸; è stato autorevolmente osservato che tale conclusione, basata sull'"indifferenza" del perito rispetto alle parti, «discendente dalla matrice giudiziale del suo incarico» potrebbe infatti rivelarsi «impropria»⁹.

2. La nomina dei consulenti tecnici peritali

Ai sensi dell'art. 225 c.p.p. le parti possono nominare dei propri consulenti tecnici ogni qualvolta sia stata disposta una perizia, con gli unici limiti rappresentati dalla necessità di evitare che il numero dei consulenti tecnici sia superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti e dall'impossibilità di nominare come consulente chi si trovi in una delle situazioni di incapacità o di incompatibilità delineate, con riferimento ai periti, dall'art. 222, comma 1, lett. a), b), c) e d), c.p.p.

La nomina va effettuata con atto scritto, secondo le stesse modalità previste per la designazione del difensore¹⁰. Essa può essere operata anche con riferimento alla fase dell'esecuzione; non appare infatti convincente l'impostazione in base alla quale, laddove per l'espletamento della perizia il legislatore preveda delle forme semplificate (come appunto avviene in relazione a detta fase, in virtù dell'art. 185 norme att. c.p.p.), sarebbe possibile escludere la nomina dei consulenti di parte¹¹. La semplifi-

⁷ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 343. In senso analogo, C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, p. 170.

⁸ A. MACCHIA, *Sub art. 501*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, p. 294. Su questa tematica v., altresì, A. SCALFATI, voce *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1997, p. 1 ss.

⁹ O. DOMINIONI, *op. loc. ult. cit.*, p. 343.

¹⁰ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 203.

¹¹ V. invece, a favore di detta tesi, Cass., sez. V, 29 gennaio 1998, Occhioni, in *Giur. it.*, 1999, c. 125, con nota critica di A. GAITO. Circa l'inaccogliabilità della soluzione volta ad escludere o comunque limitare la possibilità di nomina del consulente tecnico nel corso del procedimento di ese-

cazione delle forme non può infatti condurre ad una compressione dei diritti delle parti, e, nel caso di specie, non può tradursi in una negazione del principio in base al quale in ogni ipotesi di effettuazione della perizia, ivi compresa quella disposta in sede di esecuzione (nonché quella espletata nel corso del procedimento di sorveglianza), le parti possono nominare un consulente tecnico¹².

Un dubbio solo apparente concerne le ripercussioni, nei confronti della perizia, derivanti dalla nomina, come consulente, di un soggetto che non potrebbe invece rivestire tale incarico, in base all'art. 225, comma 3, c.p.p., in quanto versa in una delle condizioni di incapacità o di incompatibilità delineate dall'art. 222 c.p.p. In realtà deve ritenersi che questa circostanza non incida affatto sulla regolarità dello svolgimento della perizia. La nomina dei consulenti tecnici rientra nella piena discrezionalità delle parti. La validità della perizia prescinde dunque totalmente dal fatto che siano nominati dei consulenti tecnici e che costoro, ritualmente informati dello svolgimento delle operazioni peritali, decidano o meno di assistervi; pertanto non si vede come potrebbe parimenti influire sulla perizia la presenza di consulenti tecnici incapaci od incompatibili¹³.

Qualora venga accertata la sussistenza di una delle ipotesi configurate dal combinato disposto degli artt. 225, comma 3, e 222, comma 1, lett. a), b), c) e d), il giudice può escludere, con provvedimento motivato, il consulente tecnico illegittimamente nominato¹⁴; se ciò non avviene, occorre verificare entro quali limiti la carente legittimazione incida sulle relazioni, le richieste, le osservazioni e riserve formulate dal predetto consulente¹⁵. Mentre l'art. 222 c.p.p., concernente l'incapacità e l'incompatibilità del perito, sancisce a pena di nullità l'inosservanza del suo disposto, tale sanzione non è invece delineata, almeno espressamente, con riferimento alla nomina del consulente tecnico. Una parte della dottrina, rilevando che la dizione «non può essere nominato consulente tecnico», contenuta nell'art. 225, comma 3, c.p.p., configura in sostanza un divieto probatorio, ha pertanto ritenuto che in questo caso sia invece applicabile la sanzione della inutilizzabilità¹⁶.

Risulta peraltro difficilmente giustificabile la sussistenza di un difforme regime sanzionatorio fra situazioni sostanzialmente analoghe, quali quelle concernenti, rispettivamente, l'incapacità e l'incompatibilità del perito e del consulente tecnico¹⁷.

cuzione v. anche D. CURTOTTI NAPPI, *La consulenza tecnica*, in AA.VV., *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 615.

¹² A. GAITO, *Assunzione di perizia nell'incidente di esecuzione e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1999, c. 125 ss. V. sul punto, con riferimento al diritto del difensore a presenziare alle operazioni peritali disposte nell'ambito del procedimento di sorveglianza, Cass., sez. I, 19 giugno 1998, Tomelleri, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1387.

¹³ V. in tal senso, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 229.

¹⁴ Così, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pp. 380 e 381; analogamente, M. MUSSO, *Sub art. 225 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, cit., vol. II, Torino, 1990, p. 605.

¹⁵ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 231 ss.

¹⁶ R. ADORNO, *Sull'incompatibilità del consulente tecnico nominato dal pubblico ministero ex art. 359 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2152; F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, Padova, 2003, p. 74.

¹⁷ V. in tal senso, N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 52.

Sebbene il ricorso alla sanzione della nullità possa sembrare precluso¹⁸, stante il principio di tassatività, volto ad escludere un'estensione in via analogica delle relative ipotesi, occorre valutare quale sia l'esatta portata del richiamo operato dall'art. 225, comma 3, al disposto dell'art. 222, comma 1. Laddove si ritenesse che esso operi in senso "ampio", apparirebbe corretto sostenere che esso vada esteso anche alle conseguenze sanzionatorie previste da detta norma, permettendo così di pervenire ad un'omogeneità di disciplina tra la perizia e la consulenza tecnica.

Sempre con riferimento alla nomina del consulente tecnico, l'attuale codice ha voluto disattendere l'impostazione che caratterizzava invece il c.p.p. 1930, ove l'art. 323, comma 2, fissava dei limiti temporali iugulatori; al contrario, l'attuale art. 230, comma 3, dispone espressamente che detta nomina possa avvenire anche dopo l'esaurimento delle operazioni peritali. Una radicale differenziazione rispetto alla previsione delineata dal codice di procedura penale del 1930 (nonché da quello del 1913) è inoltre data dal fatto che ora non solo l'imputato, ma anche il pubblico ministero (che in passato doveva limitarsi a fare richiamo alle risultanze peritali¹⁹) può nominare un proprio consulente tecnico. Del resto, l'abbandono dell'ibrida configurazione del pubblico ministero come parte *sui generis* ha reso consequenziale una simile scelta²⁰.

3. L'interscambio conoscitivo tra periti e consulenti tecnici

In virtù della normativa codicistica la prova scientifica può scaturire da un reciproco interscambio dei saperi fra periti e consulenti tecnici. Una prima conferma a tale affermazione è fornita dall'art. 230, comma 1, c.p.p., per effetto del quale in sede di conferimento dell'incarico peritale i consulenti tecnici già nominati hanno il diritto di assistere a tale incumbente e di presentare al giudice richieste ed osservazioni o di esprimere delle riserve, delle quali deve darsi atto nella relazione del perito. Qualora siano nominati "tardivamente", dopo l'esaurimento delle operazioni peritali, i consulenti, in base all'art. 230, comma 3, possono chiedere al giudice di essere autorizzati ad esaminare la persona, la cosa o il luogo oggetto della perizia, e possono altresì prendere visione della relazione del perito. Presumibilmente, non è invece stato fatto riferimento alla sussistenza di un analogo diritto attribuibile ai consulenti tecnici già nominati al momento dell'incarico peritale in quanto esso può evincersi dall'intero contesto, e non necessitava pertanto di alcuna espressa disposizione normativa volto a ribadirlo.

Risulta dunque possibile un "dialogo", più o meno continuo, tra i consulenti tecnici ed i periti; è stato giustamente sottolineato al riguardo che l'impostazione accolta dall'attuale codice, proprio per il valore euristico discendente da questo "confronto", e dunque dallo scambio reciproco dei punti di vista, deve essere ritenuta certamente

¹⁸ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 160 e 161; al riguardo v., altresì, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 309.

¹⁹ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 18, sottolinea giustamente «l'ambiguo rapporto che in precedenza legava l'accusa alla perizia».

²⁰ R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 21.

preferibile rispetto alle soluzioni incentrate sull'unilateralità nell'approccio alla prova scientifica, ricavabile esclusivamente dall'apporto peritale²¹.

Nel corso delle operazioni tale "dialogo" si svolge «in maniera 'diretta' tra il perito ed i consulenti tecnici»²², essendo stato eliminato il "filtro" rappresentato da una previa decisione giudiziale al riguardo, che era invece imposto dall'art. 324 c.p.p. 1930, per effetto del quale si verificava una sorta di «incomunicabilità tra consulente tecnico e perito»²³.

Tuttavia, con riferimento alla fase dell'esame orale del perito nel corso del dibattimento detta impostazione è stata sconfessata, in quanto in tal caso i consulenti tecnici non sono autorizzati a formulare direttamente le domande al perito.

Ai sensi dell'art. 230, comma 2, c.p.p., i consulenti tecnici possono partecipare alle operazioni peritali, svolgendo una funzione propulsiva, di stimolo e di sollecitazione²⁴, e suggerendo al perito lo svolgimento di specifiche indagini, volte a rendere davvero esaustivo l'accertamento²⁵. La situazione in tal modo configurabile può pertanto essere definita di collaborazione "partecipativa"; al contempo i consulenti tecnici finiscono per assumere in questo caso anche la funzione di «strumenti di controllo» dell'operato dei periti²⁶.

Per quanto concerne la possibilità, in capo ai consulenti tecnici, di proporre al perito lo svolgimento di «specifiche indagini» non riteniamo però, contrariamente a quanto è stato autorevolmente sostenuto, che l'ambito di detta facoltà possa essere ampliato fino al punto da ammettere la possibilità che i consulenti tecnici non si limitino ad interloquire sul punto, ma formulino direttamente dei nuovi quesiti peritali, senza l'intervento del giudice²⁷.

In realtà, poiché la formulazione dei quesiti "originari" rientra tra i compiti del giudice, sarebbe contraddittorio sostenere che in relazione ad un momento temporale successivo il legislatore abbia invece accolto un'impostazione asimmetrica, permettendo ai consulenti tecnici di elaborare direttamente dei quesiti aggiuntivi, attribuendo così ad essi dei poteri che in precedenza erano loro negati, in quanto ritenuti riconducibili nell'ambito delle esclusive competenze del giudice. Sembra invece preferibile sostenere che le "specifiche indagini", il cui compimento può essere direttamente proposto dal consulente tecnico al perito, debbano rientrare nel contesto dei quesiti originariamente formulati dal giudice al perito.

Laddove i consulenti chiedessero l'effettuazione di indagini esulanti dall'ambito costituente oggetto dell'incarico affidato al perito, quest'ultimo sarebbe tenuto a rimettere la questione al giudice, ai sensi dell'art. 228, comma 4, c.p.p., il quale potrebbe in tal caso formulare ulteriori quesiti, sulla base delle indicazioni provenienti dai consulenti tecnici.

²¹ R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, pp. 68 e 69.

²² R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 64.

²³ Cfr. G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2183.

²⁴ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 293.

²⁵ V., sul punto, *Cass.*, sez. I, 10 luglio 2002, Botticelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 593.

²⁶ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 30.

²⁷ Cfr. invece in tal senso R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 65.

4. *La parziale omogeneità di regolamentazione tra la perizia e la consulenza tecnica peritale*

Fatti salvi gli aspetti tipizzanti, la disciplina della consulenza tecnica è modellata su quella della perizia, dando luogo ad una configurazione normativa almeno parzialmente omogenea; tale dato va adeguatamente considerato in sede interpretativa. Deve ad esempio ritenersi che valga anche per il consulente tecnico la previsione dettata in tema di perizia dall'art. 228, comma 3, c.p.p.; conseguentemente qualora, ai fini dello svolgimento del proprio incarico, il consulente richieda notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altri soggetti, i dati in tal modo acquisiti saranno utilizzabili solo nel contesto della sua relazione e non potranno assumere alcuna ulteriore valenza probatoria²⁸. Infatti le notizie così domandate appaiono meramente strumentali allo svolgimento della consulenza tecnica, essendo volte unicamente a permettere all'esperto di avere una più esaustiva conoscenza dei fatti posti a base del suo accertamento.

Parimenti il divieto fissato in tema di perizia criminologica dall'art. 220 c.p.p., concernente gli accertamenti volti a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità di un soggetto e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, opera anche con riferimento alla consulenza tecnica²⁹. Le motivazioni generalmente sviluppate per giustificare detto divieto, basate sulla dubbia affidabilità dei dati in tal modo ricavabili e sul timore di veder in tal modo pregiudicato, a livello inconscio, il giudizio sulla responsabilità penale del prevenuto, possono indifferentemente valere sia per la perizia che per la consulenza tecnica.

In ordine alla fase dell'escussione dibattimentale, deve ritenersi che i consulenti, in deroga all'art. 149 norme att. c.p.p., concernente le regole da rispettare prima dell'esame testimoniale, possano presenziare, previa autorizzazione del giudice, all'intero dibattimento, e dunque anche all'esame del perito e del consulente tecnico di controparte³⁰. Va ricordato che ai sensi dell'art. 501 c.p.p., relativo all'istruzione dibat-

²⁸ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico - scientifico*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, vol. III, *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coord. di E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 166. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 19 gennaio 2011, in *Guida dir.*, 2011, n. 38, pp. 94 e 95; Cass., sez. III, 1° febbraio 2006, Albano, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2117; entrambe le sentenze si riferiscono a dichiarazioni rese al consulente tecnico del pubblico ministero da soggetti minorenni vittime di reati sessuali.

²⁹ Così, M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m. tra limiti normativi e distorsioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 335; L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, cit., vol. IV, 1990, p. 191; G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 519; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 164; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 282; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 610.

³⁰ V. al riguardo O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 269. Anche C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier, *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, p. 32, sembra propendere a favore di tale soluzione, pur dando atto della sussistenza di perplessità al riguardo.

timentale, le disposizioni sull'esame dei testimoni possono essere estese all'esame dei periti e dei consulenti tecnici solo «*in quanto applicabili*»³¹. Detta previsione ha dato luogo a non pochi disorientamenti, favorendo il sorgere di interpretazioni contraddittorie fra loro, in quanto il rimando alle forme stabilite per l'esame dei testi, accompagnato dalla precisazione volta a circoscrivere detto rinvio entro i limiti della "compatibilità", se da un lato conferma «*la piena consapevolezza del legislatore di trovarsi di fronte a due figure diverse*»³², d'altro canto rischia di demandare «*alla discrezionalità dei singoli giudici di merito la determinazione delle modalità con cui condurre e del valore da attribuire all'esame del consulente tecnico*»³³.

Sebbene la disposizione in esame risulti pertanto assai vaga e generica, attribuendo al consulente tecnico (così come del resto al perito) una posizione sotto più di un aspetto "ibrida"³⁴, sembra irrazionale sostenere che ai consulenti tecnici sia applicabile l'art. 149 norme att. c.p.p., diretto a vietare, senza eccezioni di sorta, la possibilità di assistere agli altri esami o di essere altrimenti informati di quanto avviene nell'aula di udienza. Questa norma di attuazione appare finalizzata a garantire la genuinità e la spontaneità delle risposte da parte dei testi, i quali vanno tendenzialmente sottratti ad ogni condizionamento esterno³⁵, potendo altrimenti essere inclini a enunciare circostanze che accomunino la loro narrazione al racconto degli altri testimoni³⁶; essa dunque risponde ad una *ratio* del tutto difforme da quella che ispira le disposizioni volte a disciplinare il contributo tecnico-scientifico del consulente, che proprio in virtù della sua particolare natura dovrebbe essere esente da tali pericoli di condizionamento.

In tal caso, il raffronto va invece operato con il disposto dell'art. 228, comma 2, c.p.p., in base al quale, al contrario, il perito risulta autorizzato a presenziare all'esame delle parti e all'assunzione delle prove³⁷. Non è del resto senza significato il fatto che l'art. 149 norme att. c.p.p., nell'escludere che le «*persone citate*» prima di deporre possano comunicare «*con alcuna delle parti o con i difensori o consulenti tecnici*», evi-

³¹ V., sul punto, M. BAZZANI, *Il consulente estromesso: tra obblighi di verità e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1274.

³² R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2793; nonché, ID., *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 121 ss. Sul punto v. anche M. BAZZANI, *op. ult. cit.*, p. 1282.

³³ F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1258; a sua volta E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 171, aveva osservato, subito dopo l'emanazione dell'attuale codice, come la formula utilizzata dal legislatore, volta ad estendere ai consulenti tecnici, nei limiti dell'applicabilità, le disposizioni dettate dal codice per i testimoni, potesse essere utilizzata alla stregua di «*una valvola che si può aprire e chiudere per assimilare o disgiungere la posizione del consulente tecnico a quella del testimone*».

³⁴ V., in tal senso, A. CAMON, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, 2004, p. 27.

³⁵ Cfr. C. CASTELLANI, *Sub art. 149 norme att.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, coord. da M. Chiavario, vol. I, *Norme di attuazione*, Torino, 1992, p. 577; su questa tematica v. altresì A.M. CAPITTA, *La contaminazione della prova testimoniale*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 612 ss.; C. CESARI, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 691 ss.

³⁶ C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, p. 165.

³⁷ G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 278.

denzi in tal modo come questi ultimi, nella loro veste di “esperti”, non vadano considerati quali destinatari dell’obbligo gravante genericamente sulle «*persone citate*»; al riguardo è infatti indubitabile che i consulenti possono conferire in ogni momento con i difensori, stante la necessità di mantenere un costante collegamento con loro, giustificabile in virtù dell’unitarietà del ruolo difensivo³⁸.

È stato osservato che la norma sovracitata, vietando ai testimoni di comunicare anche con i consulenti tecnici, distingue con chiarezza le rispettive posizioni ed i diversi ruoli³⁹. Sotto questo aspetto, appaiono in effetti facilmente evidenziabili le «*differenze ontologiche e di struttura*»⁴⁰ intercorrenti tra la figura del testimone e quella del consulente tecnico.

La mancanza di un’espressa previsione, concernente il consulente tecnico, analoga a quella configurata per il perito, non può pertanto essere interpretata come un avallo alla tesi volta a porlo in una condizione nettamente peggiore rispetto a quest’ultimo, e ad affermare conseguentemente l’impossibilità per il consulente di avvalersi del meccanismo autorizzativo delineato per il perito.

Non appare peraltro condivisibile neppure l’opposta soluzione, in base alla quale l’assenza di una specifica norma in tal senso sembrerebbe indicativa di un’implicita volontà da parte del legislatore diretta ad escludere la necessità di un’autorizzazione per il consulente; se così fosse, infatti, a quest’ultimo verrebbe attribuito un trattamento diverso, più favorevole rispetto al perito, in assenza di alcuna ragionevole spiegazione al riguardo⁴¹.

Occorre invece cercare di pervenire, nei limiti del possibile, ad una tendenziale omologazione tra il regime normativo applicabile al perito e quello riguardante il consulente tecnico, consentendo pertanto a quest’ultimo di partecipare all’escussione dibattimentale, onde avere una conoscenza completa di quanto avviene nel corso di essa e poter in tal modo adempiere più efficacemente all’espletamento delle proprie funzioni. Impedendo al consulente di assistere all’esame dei testi (e degli altri consulenti) si ridurrebbero le potenzialità del suo apporto, non dovendosi dimenticare che, laddove vengano affrontate delle questioni tecnico-scientifiche, normalmente è proprio il consulente tecnico ad indicare al difensore quali domande devono essere formulate nel corso dell’esame.

Appaiono indicative al riguardo le considerazioni sviluppate in epoca relativamente recente dalla Cassazione⁴², che, superando le perplessità interpretative del passato⁴³, ha

³⁸ M. ROSSI, *L’estromissione del consulente: riflessioni sul ruolo dell’esperto della difesa fuori dei casi di perizia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4247.

³⁹ M. BAZZANI, *Il consulente estromesso*, cit., p. 1284.

⁴⁰ Cfr. M. ROSSI, *L’estromissione del consulente*, cit., p. 4244.

⁴¹ Per analoghe conclusioni, v. G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 515.

⁴² Cass., sez. III, 9 giugno 2009, Raso, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3133. Per un’analisi in chiave adesiva a detta pronuncia, v. M. ROSSI, *Le conseguenze della denegata autorizzazione all’assistenza del consulente tecnico per l’esame testimoniale*, *ivi*, 2010, p. 4242 ss. In senso parimenti adesivo v., inoltre, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIII ed., Milano, 2012, p. 342, nt. 176.

⁴³ La giurisprudenza in precedenza appariva divisa. Secondo alcune pronunce ai consulenti tecnici andava applicato il disposto dell’art. 149 norme att. c.p.p., con obbligo di “isolamento”, e cioè di collocazione dei consulenti stessi in un luogo separato fino al momento della loro deposizione,

osservato, relativamente alla consulenza tecnica extraperitale (ma con considerazioni estensibili alla consulenza tecnica peritale), che per svolgere compiutamente il suo incarico il consulente deve avere una «*percezione diretta*» di quanto avviene nel corso del procedimento⁴⁴.

Precludendo al consulente nominato dall'imputato la possibilità di assistere agli esami nel corso del dibattimento si determina una lesione del diritto di difesa, sotto il profilo dell'assistenza e rappresentanza dell'imputato; essa peraltro non si traduce in una nullità assoluta insanabile, come invece avverrebbe qualora l'accusato fosse privo del difensore, bensì in una nullità assoluta di ordine generale a regime intermedio⁴⁵.

In una logica interpretativa volta ad accomunare la consulenza tecnica alla perizia deve infine ritenersi che in relazione all'esame del consulente, così come a quello del perito, non valga il divieto di formulazione di domande suggestive, non trovando applicazione in tal caso la regola fissata per l'esame testimoniale, stante la ben diversa situazione in cui versa l'esperto, assai difficilmente "suggestionabile" per effetto delle domande a lui formulate⁴⁶.

5. I "pregiudizi" gravanti sulla consulenza tecnica

Sebbene formalmente l'attuale codice, maggiormente consapevole rispetto a quello previgente del rilievo che deve essere attribuito alla consulenza tecnica, collochi tale mezzo di prova in una posizione paritaria rispetto alla perizia, la realtà applicativa evidenzia invece il persistere di diffusi preconcetti diretti a sminuire il ruolo del consulente. Le stesse considerazioni volte a riconoscere una particolare "attendibilità" alle conclusioni del perito, per effetto «*dell'origine "pubblica" della sua nomina*»⁴⁷, sembrano giustificare, al contrario, un giudizio deterioro nei confronti della consulenza tecnica, dovuto alla funzione necessariamente "di parte" espletata dal consulente.

Il collegamento consulente tecnico-parte assistita, che vale a distinguere la consulenza tecnica dalla perizia, almeno laddove quest'ultima sia stata disposta d'ufficio, determina infatti, a prescindere dagli sforzi in senso contrario compiuti dal legislatore

con conseguente impossibilità di assistere al dibattimento: v., in tal senso, Trib. Milano 18 maggio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, p. 323, con nota di A. Cesaris. In senso contrario v., invece, Ass. Rovigo 28 dicembre 1992, Pregnotato, in *Giust. pen.*, 1993, III, p. 291; nonché, successivamente, App. mil. Verona 24 maggio 2004, Giannuzzi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1259, con nota adesiva di M. Bazzani. Secondo detta pronuncia è configurabile una nullità a regime intermedio, stante la violazione del diritto di assistenza dell'imputato, nell'ipotesi in cui il giudice di primo grado disponga l'allontanamento dall'aula di udienza del consulente tecnico della difesa nel corso delle escussioni dibattimentali, consentendone il reingresso in aula soltanto al termine delle stesse. Nell'esaminare questa sentenza, M. BAZZANI, *Il consulente estromesso*, cit., p. 1273, afferma che le sue conclusioni «*esprimono una posizione forte, pervasa da un'idea di contraddittorio che include ed assorbe i requisiti atti a renderne effettiva la carica euristica*».

⁴⁴ Cass., sez. III, 9 giugno 2009, Raso, cit., p. 3135.

⁴⁵ Cass., sez. III, 9 giugno 2009, Raso, cit., p. 3136.

⁴⁶ V., al riguardo, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, p. 144 ss.

⁴⁷ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 265.

re, la formazione di un preconcetto negativo, volto a ritenere, in sostanza, che la consulenza tecnica, essendo destinata a supportare gli interessi della parte che ha nominato il consulente, sia meno affidabile della perizia. La natura stessa della consulenza tecnica, svolta a favore di uno dei contendenti nell'agone processuale, ed il fatto che il consulente, come vedremo tra breve, non debba assumere un impegno di "verità", gravante invece sul perito ai sensi dell'art. 226 c.p.p., sono state considerate degli elementi atti ad evidenziare la sussistenza di un solco ideale tra la consulenza e la perizia⁴⁸.

Si è sostenuto che solo imponendo un obbligo di verità in capo ai consulenti tecnici essi potrebbero essere realmente collocati su «un piano di parità rispetto al perito», osservandosi come, al contrario, l'attuale impostazione, caratterizzata dalla mancanza di detto obbligo «porta a svilire, in concreto» il loro ruolo⁴⁹.

La circostanza in base alla quale nella consulenza il dovere deontologico di rispetto della realtà scientifica deve coniugarsi con la necessità di porre in luce gli elementi favorevoli ad una delle parti contrapposte, può far apparire comprensibile, o quantomeno non del tutto immotivata, la maggior fiducia che viene non di rado mostrata nei confronti delle dichiarazioni peritali⁵⁰.

Del resto, sotto questo aspetto si rivela disagevole lo stesso inquadramento del consulente, stante la difficoltà di contemperare il suo ruolo di collaboratore della parte che lo ha nominato con il dovere professionale di non discostarsi dai canoni del rigore scientifico. Onde fissare dei parametri al riguardo, va affermato che il consulente non deve mai travisare, nella sua relazione, i dati ottenuti, stravolgendoli o falsandoli, né appare legittimato ad indicare, falsamente, come maggioritaria una tesi che tale non è, e ovviamente non può dar vita a condotte che si tradurrebbero in veri e propri reati, quali la frode processuale od il favoreggiamento personale⁵¹; non riteniamo invece, a differenza di quanto talora è stato sostenuto⁵², che costituisca una forma di "abuso" la mancata indicazione di taluni lavori scientifici contrari alle tesi prospettate, essendo anzi quasi scontata un'attività di selezione dei dati volta ad incentrare l'attenzione sui soli aspetti atti a sorreggere le impostazioni favorevoli alla parte che si intende supportare. Peraltro, in questa materia è difficile delineare delle demarcazioni nitide; la stessa affermazione, tradizionalmente ripetuta, in base alla quale il consulente sarebbe obbligato a riportare nella loro esattezza i dati ottenuti nel corso delle sue analisi, mentre potrebbe fornire al riguardo delle valutazioni che tengano conto degli interessi della parte a cui sostegno egli presta la propria opera⁵³, si basa su una contrapposizione tra "dati di fatto" e "valutazione" di tali dati che non sempre appare così nitida.

⁴⁸ Cass., sez. I, 11 novembre 1993, Carrozzo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 429.

⁴⁹ Per questa e per la precedente citazione, cfr. P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 363.

⁵⁰ Cfr. C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti*, cit., p. 32.

⁵¹ V., sul punto, F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3429.

⁵² V., in tal senso, F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta"*, cit., p. 1238.

⁵³ Cfr. A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., p. 620.

L'obiettivo da perseguire per una corretta disamina dei rapporti tra perizia e consulenza tecnica non è del resto quello di favorire un'innaturale sovrapposizione dei rispettivi ruoli, ma di evitare aprioristiche "chiusure" ed irragionevoli pregiudizi. Non può ad esempio escludersi l'eventualità che le risultanze di una consulenza tecnica rappresentino il più significativo elemento probatorio volto a sorreggere una determinata pronuncia e non deve ritenersi sempre scontato che, in caso di contrasto tra gli esiti di una perizia e di una consulenza, il giudice consideri maggiormente fondata la prima.

6. *La mancata previsione di un "impegno di verità" da parte del consulente tecnico*

Nonostante alcune impostazioni di segno contrario, appare largamente dominante la tesi diretta ad escludere che i consulenti tecnici siano tenuti a prestare una dichiarazione d'impegno di "verità", richiesta ai periti dall'art. 226, comma 1, c.p.p., e, sia pur nell'ambito di una formula assai diversa, ai testimoni dall'art. 497, comma 2, c.p.p.

Non può tuttavia negarsi che la mancata previsione di una qualsivoglia formula vincolante nei confronti dei consulenti tecnici «*configura indubbiamente un'anomalia perché è l'unica situazione in cui una prova orale entra nel processo e viene utilizzata per la decisione senza che sussista una responsabilità legale a proposito della sua veridicità, correttezza e genuinità*»⁵⁴.

Per pervenire ad un corretto inquadramento di detta problematica occorre soffermarsi, ancora una volta, sulla reale natura dell'apporto fornito dai consulenti tecnici, dovendosi affermare che l'obbligo di verità non può essere imposto in presenza di un contributo "di parte", reso da un soggetto la cui funzione è quella di supportare le argomentazioni del pubblico ministero o delle parti private, a cui risulta legato da un vincolo fiduciario⁵⁵, e dunque di avallare, mediante argomentazioni tecniche, gli argomenti favorevoli alle tesi della parte che lo ha nominato⁵⁶. Questa finalità appare difficilmente compatibile con una simile dichiarazione di impegno⁵⁷.

⁵⁴ E. FASSONE, *Il dibattimento: ammissione ed assunzione della prova*, in G. CANZIO-D. FERRANTI-A. PASCOLINI (a cura di), *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, p. 224.

⁵⁵ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 145; F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia*, cit., p. 3428.

⁵⁶ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 320; analogamente, M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 340.

⁵⁷ A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 58; M. BAZZANI, *Il consulente estromesso*, cit., p. 1285; C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, cit., p. 165; M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 339; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica e altri mezzi di ausilio tecnico scientifico*, cit., p. 194 ss.; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 305; A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., p. 305; C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., pp. 169 e 170; F. PLOTINO, *Assunzione delle prove in dibattimento ad istanza di parte e d'ufficio*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 228; F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto*, cit., p. 3428; P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, p.

Ad ulteriore sostegno di detta conclusione milita inoltre il rilievo in base al quale non è stata prevista una sanzione penale nei confronti del consulente non veritiero, non risultando configurato un reato di “falsa consulenza tecnica”⁵⁸, mentre l’art. 373 c.p. incrimina invece la condotta di falsa perizia o falsa interpretazione⁵⁹.

L’opposta tesi, sostenuta soltanto da alcune isolate pronunce⁶⁰, volta a ritenere che il consulente sia tenuto alla prestazione della formula di impegno imposta ai testimoni dall’art. 497, comma 2, c.p.p., non può d’altro canto dirsi sorretta dalla previsione dell’art. 501, comma 1, c.p.p., che nel disciplinare l’esame dei consulenti tecnici rinvia (ma solo entro il limite della possibile applicabilità) alla regolamentazione prevista per la testimonianza. L’accostamento tra la figura del testimone e quella del consulente, che potrebbe indurre a ravvisare la sussistenza di un conseguente obbligo da parte di quest’ultimo ad impegnarsi a dichiarare la verità, è infatti in tal caso “fuorviante” e “pericoloso”; sottoporre il consulente tecnico all’obbligo di rendere la stessa dichiarazione imposta ai testimoni finirebbe con l’allontanarlo dal suo ruolo di collaboratore di una delle parti in causa, collocandolo in una innaturale posizione di imparzialità⁶¹.

A prescindere dal fatto che il riferimento alla “verità” risulterebbe sostanzialmente inappropriato, giacché quanto esposto sulla base delle conoscenze scientifiche «*può valutarsi secondo criteri di affidabilità, attendibilità, di obiettività, ma non di verità*»⁶² (peraltro tale considerazione dovrebbe valere anche per la perizia, nonostante il disposto dell’art. 226, comma 1, c.p.p.), non va sottovalutata un’ulteriore radicale differenza in-

221; G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 311; appare invece dubbioso sul punto F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., p. 609.

⁵⁸ Sull’impossibilità, d’altro canto, di assoggettare il consulente tecnico all’incriminazione per il reato di falsa perizia, stante il principio di stretta legalità di cui all’art. 1 c.p., che inibisce il ricorso all’interpretazione analogica, v. Cass., sez. VI, 26 marzo 1999, Parenzan ed altri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3425, con nota di F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*.

⁵⁹ V., al riguardo, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, cit., p. 146; A. SCALFATI, voce *Consulenza tecnica (diritto processuale penale)*, cit., p. 17. In senso parzialmente critico al riguardo, F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 223, pur ritenendo che il consulente tecnico non sia tenuto a prestare la dichiarazione di impegno, sottolinea che «*occorre chiedersi se la esistenza di una norma penale possa essere considerata quale indice decisivo per sancire la esistenza di un qualche obbligo di verità o correttezza: in altri termini, se un obbligo possa dirsi tale solo se penalmente sanzionato*», rilevando, con riferimento all’assenza di una norma incriminatrice concernente la falsa consulenza tecnica, come «*la legge 7 agosto 1992 n. 356, che ha applicato anche al “consulente tecnico” la causa di non punibilità ex art. 384 c.p., sarebbe inutiliter data qualora non si ritenessero applicabili al consulente le disposizioni degli artt. 372 (falsa testimonianza) e 373 (falsa perizia o interpretazione) c.p. L’art. 384 c.p. sarebbe dunque una leva per sostenere una interpretazione ampia dell’art. 372 c.p.*».

⁶⁰ Trib. Milano 9 marzo 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 358; Ass. Rovigo 28 dicembre 1992, Pregonolato, cit.; Trib. Torino 20 marzo 1991, Vanni, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 77; Trib. Venezia 10 luglio 1990, Pavan, in *Dif. pen.*, 1990, n. 29, p. 70; Trib. Torino 8 giugno 1990, Fumero, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 78.

⁶¹ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 121 ss.

⁶² M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 335.

tercorrente tra il consulente tecnico ed il testimone: quest'ultimo, a differenza del primo, viene chiamato a narrare quanto ebbe occasione di percepire, direttamente od indirettamente, in un momento antecedente rispetto a quello dell'assunzione di tale sua veste processuale, laddove al contrario la presenza del consulente sulla scena giudiziale discende dell'adempimento dell'incarico affidatogli da una delle parti⁶³.

Occorre dunque impedire «un'inammissibile metamorfosi di funzioni»⁶⁴. L'imposizione di un impegno di verità da parte del consulente tecnico finirebbe oltretutto con l'exasperare alcune antinomie presenti in tale figura, riproponendo di fatto il modello del "perito di parte", delineato dal codice di procedura penale del 1913.

Sotto questo aspetto l'esperienza comparativa, alla quale l'attuale codice si è mostrato particolarmente attento⁶⁵, conferma tali affermazioni. Può farsi riferimento, in negativo, all'*expert witness* previsto nei modelli processuali di stampo anglosassone⁶⁶. Nel tratteggiare analogie e differenze tra le due figure, va osservato che se da un lato l'*expert witness*, al pari di quanto avviene per il consulente tecnico, è, almeno di regola, nominato e retribuito da una delle parti in causa, ed è chiamato ad esprimere giudizi di valore ed a rispondere ad *hypothetical questions*, d'altro canto egli è tenuto a deporre come testimone, previo giuramento, finendo in tal modo per essere vittima della natura anfibologica dovuta alla contraddizione tra la sua veste di collaboratore di una delle parti ed il dovere di riferire in maniera veritiera, al pari di un testimone, i fatti a lui noti⁶⁷.

7. La consulenza tecnica extraperitale

L'attuale normativa, delineando espressamente la figura del consulente tecnico extraperitale, si differenzia radicalmente dal previgente codice del 1930, in base al quale le parti potevano nominare i consulenti tecnici nelle sole ipotesi in cui il giudice avesse provveduto a disporre la perizia. In caso di mancato ricorso allo strumento peritale detto codice non prevedeva pertanto la possibilità per l'imputato o il suo difensore di nominare degli esperti, onde affidare ad essi l'incarico di svolgere degli accertamenti di carattere tecnico-scientifico.

Ribaltando tale impostazione, si è dunque voluto permettere alle parti di usufruire dell'apporto tecnico dei propri consulenti indipendentemente dall'esperimento di una

⁶³ Cfr. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica*, cit., p. 170.

⁶⁴ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 124 ss.

⁶⁵ Cfr. F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta"*, cit., p. 1236.

⁶⁶ V. sul punto, per quanto riguarda gli U.S.A., la *Rule 702* (concernente appunto la *Testimony by Experts*), come modificata con un emendamento entrato in vigore il 1° dicembre 2000: «*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.*».

⁶⁷ In ordine alle problematiche discendenti da tale particolare connotazione, v. M. STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, trad. it., Milano, 1990, pp. 312 e 313.

perizia ed in via del tutto autonoma rispetto ad essa. L'*incipit* dell'art. 233 c.p.p. «*quando non è disposta perizia*» conferma in maniera inequivoca questa conclusione.

La previsione dell'istituto della consulenza tecnica extraperitale, la cui regolamentazione è stata inserita all'interno del libro III, capo VI, c.p.p., dedicato alla perizia⁶⁸, costituisce indubbiamente una innovazione assai significativa⁶⁹; non appare enfatica l'affermazione volta a sottolineare come l'attuale codice abbia operato al riguardo una «*vera e propria minirivoluzione*»⁷⁰.

Mediante lo strumento offerto dalla consulenza tecnica le parti possono fornire autonomamente al giudice, indipendentemente dall'avvenuta nomina di un perito, i dati ed i contributi di carattere tecnico-scientifico ritenuti atti a supportare le rispettive tesi. Esse, nell'ambito dei loro poteri dispositivi, godono pertanto di un'assoluta libertà di scelta, legata alla convenienza o meno di ricorrere all'apporto di esperti⁷¹; al contempo, qualora le eventuali osservazioni scritte predisposte dai consulenti non siano ritenute utili a supportare le proprie tesi, possono decidere di non depositarle come memorie; la giurisprudenza ha giustamente respinto le impostazioni volte a sostenere che in tal caso la parte antagonista potrebbe chiedere al giudice, in omaggio al diritto di prova, l'acquisizione d'ufficio di detti documenti⁷².

Una delle poche limitazioni afferenti alla nomina dei consulenti tecnici extraperitali riguarda il limite numerico di cui all'art. 233, comma 1, c.p.p., in base al quale non è possibile nominarne più di due. Sebbene detto limite abbia costituito oggetto di rilievi critici, essendo stato ritenuto «*incongruo quando la parte abbia necessità di disporre di esperti versati in più di due settori disciplinari*»⁷³, occorre tuttavia rilevare che la scena processuale non può risultare «sovraffollata»; d'altro canto, una limitazione è stata posta dal legislatore anche in riferimento alla consulenza tecnica peritale, giacché l'art. 225, comma 1, c.p.p., prevede che in tal caso il numero dei consulenti tecnici non possa eccedere, per ciascuna parte, quello dei periti.

Non appaiono giustificate le affermazioni di chi, ritenendo che la consulenza tecnica extraperitale abbia una valenza marginale, sostiene, sullo spunto di alcune indi-

⁶⁸ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 369 ss., critica peraltro la collocazione sistematica accolta dal codice con riferimento alla consulenza tecnica extraperitale, affermando che in tal modo essa in certo qual modo è stata «relegata» in una posizione marginale, venendo considerata quale «*mero completamento della disciplina riguardante il consulente nell'ambito delle operazioni peritali*».

⁶⁹ G. BELLUSSI, *La consulenza tecnica fuori dei casi di perizia*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 341; F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., pp. 1 ss. e 19 ss.; ID., *Sempre più effettivo il diritto di difesa mediante esperti*, in L. FILIPPI (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private – Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*, Padova, 2001, p. 75 ss.; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica*, cit., p. 161 ss.; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 93; R. MENDOZA-G. MARCON-L. MARCON, *La perizia e la consulenza nel processo penale*, Padova, 1994, p. 9.

⁷⁰ E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, cit., p. 171.

⁷¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 100.

⁷² V. Cass., sez. I, 23 aprile 1998, Santagati, in *Guida dir.*, 1998, n. 27, p. 125.

⁷³ R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, cit., p. 2791, nota 5.

cazioni emergenti dalla stessa Relazione al progetto preliminare al codice⁷⁴, che le considerazioni tecniche sviluppate dal consulente abbiano come principale finalità quella, sostanzialmente assai ridotta, di sollecitare il giudice a disporre una perizia⁷⁵. Al contrario, la valenza probatoria della consulenza tecnica extraperitale può risultare, in non pochi casi, estremamente significativa; sotto questo aspetto la giurisprudenza ha reiteratamente ribadito che il giudice può fondare il suo giudizio basandosi esclusivamente sui dati forniti dai consulenti tecnici, senza dover necessariamente provvedere alla nomina di un perito⁷⁶.

Tali conclusioni, condivise dalla dottrina⁷⁷, sono state del resto fatte proprie anche dalla Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 4, comma 2, prima parte, legge 30 luglio 1990, n. 217, in tema di patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, ha ricordato come la consulenza tecnica extraperitale sia «*suscettibile di assumere pieno valore probatorio*», aggiungendo che, conseguentemente «*il giudice, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse*», non essendo egli «*vincolato a nominare un perito qualora le conclusioni fornite dai consulenti di parte gli appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti*»⁷⁸.

In base all'art. 233, comma 2, c.p.p., la consulenza tecnica extraperitale si può convertire in consulenza peritale qualora, successivamente alla nomina del consulente tecnico, venga disposta l'effettuazione della perizia; ai consulenti tecnici già nominati devono essere riconosciuti i diritti e le facoltà attribuite dall'art. 230 c.p.p. ai consulenti tecnici peritali. In tal caso, comunque, le parti possono scegliere se avvalersi, come consulenti peritali, di esperti diversi da quelli precedentemente designati, o mantenere gli stessi, in quanto «*non esiste alcuna incompatibilità tra lo svolgimento precedente di*

⁷⁴ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord., n. 2, p. 66, ove si evidenziava che il legislatore «ha inteso realizzare l'esigenza che ciascuna delle parti possa avvalersi di un contributo esterno per l'impostazione e la soluzione di quesiti tecnici: nella prospettiva, peraltro, di una proiezione di tale contributo nel processo, *soprattutto per sottoporre al giudice pareri qualificati idonei a indurlo a valutare la convenienza di disporre perizia* [corsivo nostro]».

⁷⁵ V., nel senso da noi criticato, D. BIELLI, *Periti e consulenti tecnici nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 65; nonché, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 245 ss. In posizione radicalmente difforme da detta impostazione v., invece, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 96 ss.

⁷⁶ Cass., sez. II, 28 febbraio 1997, Santilli, in *Guida dir.*, 1997, n. 26, p. 68; analogamente Cass., sez. I, 13 ottobre 1993, Pelliccia, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1547.

⁷⁷ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica*, cit., p. 89, osserva che rappresenta «*un tratto saliente del nuovo codice l'aver valorizzato la consulenza tecnica – e persino gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria – come possibili mezzi di prova autonomi ed eventualmente alternativi rispetto all'indagine peritale vera e propria*»; al riguardo v., altresì, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009, p. 314.

⁷⁸ Corte cost. 19 febbraio 1999 n. 33, in *Giur. cost.*, 1999, p. 251, con nota redazionale di G. Bianco; per un'ulteriore analisi di detta pronuncia, v. A. BONSIGNORE, *Nuovi orizzonti operativi per il gratuito patrocinio nel processo penale*, *ivi*, 1999, p. 1309 ss.; nonché, R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, cit., p. 2789 ss.

un'attività di consulenza extraperitale e lo svolgimento successivo di un'attività di consulenza peritale»⁷⁹.

Estremamente variegato può essere l'apporto offerto alle parti dalla consulenza tecnica extraperitale⁸⁰, volto a garantire l'attuazione del diritto alla prova in relazione a materie che richiedono il possesso di competenze tecniche specialistiche⁸¹. Siamo pertanto in presenza di un'attività complessa, non limitata alla raccolta dei dati concernenti il fatto di reato ma estesa alla loro elaborazione critica, resa possibile proprio in virtù di tali competenze.

Mentre il perito vede delimitato dai quesiti formulati dal giudice l'ambito della propria attività, l'opera del consulente può snodarsi, senza soluzione di continuità, lungo l'intero arco del procedimento, in quanto la parte, senza necessità di nuovi formali atti di incarico, si avvarrà del consulente tecnico ogni qualvolta emergano delle circostanze tali da esigerne l'apporto. Il legislatore ha del resto previsto che i consulenti tecnici possano, tra l'altro, partecipare «*a tutti gli atti cosiddetti 'garantiti' compiuti dalla polizia giudiziaria ... o dal pubblico ministero ..., cioè a dire a tutti gli atti per i quali è autorizzata l'assistenza del difensore»⁸².*

Operando un richiamo alla tradizionale bipartizione tra attività "percipiente" ed attività "deducente", da un lato la funzione del consulente può tradursi nel rilevamento di dati, nella raccolta di elementi conoscitivi, grazie alle particolari cognizioni e capacità di carattere tecnico⁸³, d'altro canto essa può consistere nella valutazione, sulla base di principi tecnico-scientifici, di elementi già acquisiti, o può infine essere rappresentata da un'operazione ad ampio spettro, volta a coniugare e riassumere in sé entrambi gli aspetti, percettivo e valutativo⁸⁴. In quest'ottica, si è autorevolmente affermato che i consulenti tecnici extraperitali, al pari dei consulenti peritali «*sono chiamati a svolgere una duplice funzione nel processo: quella di ausiliari della parte, di suoi "difensori" per la questione tecnica (anche se l'espressione può risultare impropria quando ci si riferisca ai consulenti del pubblico ministero), e quella (peraltro eventuale) di soggetti (e di oggetti) di prova»⁸⁵.*

⁷⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 108, che così rileva: «*la previsione dell'art. 233 comma 2 non obbliga a utilizzare in sede di perizia i consulenti extraperitali precedentemente nominati; essa evita semplicemente la necessità di procedere ad una nuova nomina, senza escludere che le parti, ove lo vogliano, siano comunque legittimate ad effettuarla, scegliendo persone diverse».*

⁸⁰ Cfr. L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., c. 249; G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2177 ss.; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica*, cit., p. 162 ss.

⁸¹ Cfr. V. GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, VI ed., Padova, 2012, p. 355.

⁸² Cfr. G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 516.

⁸³ V., in tal senso, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., c. 245.

⁸⁴ M. BAZZANI, *Il consulente estromesso*, cit., p. 1278; M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 335, L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, cit., p. 199.

⁸⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, cit., p. 2792, il quale aggiunge che «*è, peraltro, difficile, cogliere con chiarezza il momento di passaggio da una funzione all'altra. Certamente il consulente "difende" la parte quando la coadiuva in un'indagine tecnica, o nella soluzione di questioni di carattere specialistico, ma non appena rediga una memoria o esponga oralmente al giudice il suo parere una certa commistione si profila facilmente: ove si limitasse ad una criti-*

Molto spesso si realizza una parziale sovrapposizione di piani, in quanto all'analisi dei fatti da parte del consulente tecnico, sviluppata sulla base delle sue specifiche competenze, si unisce una connotazione perorativa finalizzata a ribadire, sempre alla luce di considerazioni di natura tecnico-scientifica, la validità delle tesi sviluppate dalla parte che lo ha nominato⁸⁶.

Generalmente il consulente chiamato ad esporre il proprio parere in sede dibattimentale è lo stesso soggetto che era stato preventivamente nominato al fine di raccogliere dati nel corso delle indagini preliminari; in tal modo si evita la perdita di un bagaglio conoscitivo già acquisito, in quanto la consulenza svolta in sede dibattimentale rappresenta la progressione, lo sviluppo logico, in chiave di evidente continuità, di quella compiuta nel corso della fase pre-processuale⁸⁷. La nomina di un diverso consulente per la fase dibattimentale potrebbe essere la conseguenza di una valutazione critica della parte nei confronti del proprio precedente esperto (ed abbiamo visto che in tal caso le osservazioni scritte redatte da quest'ultimo, qualora ritenute controproducenti ai fini di causa, possono non essere depositate innanzi all'autorità giudiziaria). La controparte avrebbe comunque la possibilità di citare il consulente tecnico il cui nominativo non sia stato inserito nella lista di cui all'art. 468 c.p.p., predisposta dalla parte che lo aveva nominato nel corso delle indagini preliminari.

8. *Le attività escluse dall'ambito di tale consulenza*

Il legislatore non ha delineato in maniera analitica la consulenza tecnica extraperitale, ritenendo evidentemente che, una volta garantito il diritto delle parti ad avvalersi della prestazione degli "esperti", l'ambito del possibile utilizzo della consulenza avrebbe dovuto essere rimesso ad una loro scelta insindacabile.

Il fatto che il codice non abbia indicato le formalità necessarie per la nomina del consulente tecnico né abbia imposto dei termini massimi per l'espletamento del suo incarico non è indice di una scarsa attenzione verso questa figura, ma discende dalla volontà di far sì che il legame tra il consulente e la parte sia principalmente regolato dai rapporti interni intercorrenti tra tali soggetti. Nel regolamentare la consulenza tecnica, il codice si è del resto limitato a fissare il presupposto rappresentato dalla necessità del ricorso a competenze specifiche; per individuare le ipotesi che giustificano la nomina del consulente, occorre dunque operare un richiamo all'art. 220 c.p.p., in tema di perizia, volto a fare riferimento a situazioni «*che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*».

ca argomentata delle opinioni espresse dal perito o da un consulente avversario, la sua resterebbe un'attività meramente retorica, iscritta su un versante "difensivo", ma, solo che vi aggiungesse delle valutazioni tecniche o scientifiche (cioè il naturale oggetto della sua prestazione) si troverebbe a svolgere un'attività a valenza probatoria. Quest'ultima, per contro, sembrerebbe caratterizzare in modo esclusivo l'esame dibattimentale del consulente, e, in qualche misura, anche la sua audizione in udienza preliminare».

⁸⁶ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., pp. 122 e 218.

⁸⁷ M. BAZZANI, *Il consulente estromesso*, cit., p. 1284; M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 337; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 185.

Esulano conseguentemente dall'ambito della consulenza, così come da quello della perizia, almeno in via di principio, le attività e le operazioni di carattere meramente materiale ed esecutivo, tali da non implicare il necessario possesso di dette competenze⁸⁸.

La mancata tipizzazione delle attività esperibili dal consulente rischia di favorire, come è stato segnalato da una parte della dottrina⁸⁹, un'incontrollata estensione dei contributi richiesti al consulente. Gli interventi giurisprudenziali diretti ad arginare questo pericolo ed a delimitare i possibili ambiti di intervento della consulenza tecnica hanno peraltro dato luogo, in senso inverso, ad impostazioni restrittive che suscitano perplessità, giacché la valutazione in ordine al carattere "specialistico" o meno di un determinato apporto è quanto mai difficoltosa, e ogni ingiustificata limitazione all'utilizzo della consulenza tecnica rappresenta un *vulnus* al diritto alla prova.

Appare emblematica al riguardo la decisione con la quale, nel contesto di una nota vicenda giudiziaria, i magistrati ritennero di escludere la richiesta di esame di un consulente tecnico, sostenendo che si era in presenza di un accertamento per la cui risoluzione non appariva necessaria l'applicazione di regole tecniche o scientifiche, essendosi il consulente limitato ad un'attività di ricerca e catalogazione di articoli di stampa, nonché alla raccolta ed alla rielaborazione critica delle risultanze di varie commissioni parlamentari di inchiesta. Al riguardo venne ribadito che la consulenza non può essere considerata strumentale allo svolgimento di qualsivoglia compito investigativo, ma deve invece implicare l'apporto di specifiche competenze e cognizioni scientifiche o tecniche⁹⁰.

Questo orientamento rischia di restringere l'ambito della consulenza tecnica entro i confini di determinate aree scientifiche, impedendo la possibilità di avvalersi di tale strumento, ad esempio, per la ricerca e la valutazione di dati documentali, tali da richiedere specifiche competenze in campo storico od in altri settori affini di ricerca. Si finisce in tal modo col delineare una sorta di antistorico "steccato" tra le scienze naturali, o bio-fisiche, che a causa della loro "complessità" giustificherebbero il ricorso ad "esperti" in ambito processuale, e le cosiddette "scienze umane", o meglio le scienze psico-socio-storiche, che in quanto facilmente comprensibili escluderebbero invece la necessità di una "veicolazione" in sede giudiziaria attraverso degli specialisti. In realtà, tale contrapposizione tra le "scienze naturali" e le "scienze umane" è oggi sottoposta ad una radicale revisione⁹¹, e ciò rende ancora meno accettabili le conse-

⁸⁸ Cass., sez. II, 10 novembre 1992, Arena ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 465.

⁸⁹ Cfr. M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m.*, cit., p. 334.

⁹⁰ Trib. Palermo, ord. 21 maggio 1996, Andreotti, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 333. Il tribunale in tale occasione esclude che potesse costituire oggetto di consulenza tecnica, non richiedendo alcuna specifica competenza, l'attività diretta a ricostruire l'evoluzione della corrente andreottiana in Sicilia, mediante l'analisi ed il raffronto tra una serie di scritti risalenti al primo ottobre 1978 ed altri scritti datati invece 9 ottobre 1990. Si affermò infatti che non potevano ritenersi ammissibili delle consulenze che «avrebbero per oggetto analisi di fatti e documenti, ricostruzioni di vicende, individuazione di episodi e persone, nonché i collegamenti ad essi dell'imputato o di soggetti "facenti parte della sua corrente partitica ovvero del suo entourage" ... che ... risolvendosi in una elaborazione del lavoro compiuto da altri (ed in particolare dalle varie commissioni parlamentari di inchiesta), non richiedono indubbiamente "specifiche competenze scientifiche" e meno che mai "tecniche"».

⁹¹ V. al riguardo, volendo, P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, 2010, p. 42 ss.

guenze che si pretendono trarne in relazione alla possibilità di nomina dei consulenti tecnici. Oltretutto, secondo la Cassazione la valutazione concernente il carattere “specialistico” di un determinato contributo costituisce un giudizio di fatto, non sindacabile dai giudici di legittimità⁹².

Appare comunque significativo notare come successivamente la giurisprudenza, in senso nettamente divergente rispetto alla sovraricordata pronuncia, abbia affermato che in alcune ipotesi, fra cui quelle concernenti i procedimenti aventi ad oggetto fatti di criminalità mafiosa «*la valutazione probatoria deve tener conto, con la dovuta cautela, anche dei risultati delle indagini storico-sociologiche, per la loro utilizzazione come strumenti di interpretazione*»⁹³.

Sempre con riferimento agli ambiti esclusi dalla consulenza tecnica occorre poi rilevare come valgano ovviamente al riguardo tutte le disposizioni generali in materia di prova. È stato conseguentemente ritenuto applicabile il divieto di cui all'art. 188 c.p.p., volto ad escludere l'adozione di metodi o tecniche idonei ad influenzare la libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti, anche in relazione alla consulenza effettuata nella fase delle indagini preliminari, giungendosi a ravvisare un'ipotesi di responsabilità disciplinare nei confronti di un pubblico ministero che aveva disposto, nel corso di detta fase, una consulenza tecnica diretta a sottoporre una persona informata sui fatti ad una seduta ipnotica, al fine di permettere in tal modo il recupero di una serie di ricordi rimossi⁹⁴.

9. I consulenti tecnici del pubblico ministero. Criteri di nomina

Il legislatore ha voluto introdurre delle disposizioni specifiche per i consulenti tecnici del pubblico ministero. Un primo elemento distintivo al riguardo è individuabile nell'art. 73 norme att. c.p.p., in base alla quale il pubblico ministero è tenuto a nominare il proprio consulente tecnico scegliendolo, almeno di regola, tra gli iscritti negli albi dei periti; un simile criterio non trova invece riscontro in relazione ai consulenti tecnici nominati dalle parti private.

Questa disposizione, diretta a garantire la sussistenza di adeguate capacità professionali con riferimento ai soli consulenti tecnici nominati dal pubblico ministero, sembrerebbe il riverbero di risalenti pregiudizi volti ad attribuire ai consulenti della parte privata un ruolo subvalente e deteriore. In realtà, il fatto che le parti private siano state lasciate del tutto libere nell'individuazione dei propri esperti non si traduce affatto in un consequenziale minor livello di “prestigio” di questi ultimi; si può anzi rilevare come, al contrario, l'assenza di delimitazioni nella scelta del consulente

⁹² Cass., sez. VI, 14 gennaio 2004, Peroncini, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2637.

⁹³ Cass., sez. II, 9 giugno 2006, Sessa ed altri, in *Giust. pen.*, 2007, c. 384. La vicenda verteva sull'interrogativo se potesse rientrare nell'area della consulenza tecnica la creazione di una banca informatica dei dati già raccolti in sede di indagini, e cioè la predisposizione di un *database*, finalizzata ad una più agevole catalogazione delle informazioni in possesso, e all'individuazione di eventuali elementi di anomalia in tal modo ricavabili, attraverso il metodo della ricerca informatizzata.

⁹⁴ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, X.Y. c. Ministero Giustizia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3617, con nota di R. Cantone.

permetta alla parte privata di fruire di una rosa praticamente illimitata di esperti.

La soluzione accolta dall'art. 73 norme att. c.p.p. per la nomina del consulente tecnico del pubblico ministero si differenzia anche da quella adottata per la nomina del perito, giacché in tal caso il legislatore, pur indicando in via prioritaria l'elemento rappresentato dall'iscrizione negli appositi albi, fissa dei criteri ulteriori, suppletivi, non previsti invece con riferimento alla nomina del consulente tecnico del pubblico ministero, in relazione alla quale è stata riservata all'organo della pubblica accusa una maggior discrezionalità⁹⁵.

Parimenti non riguardano i consulenti tecnici del pubblico ministero alcune ulteriori disposizioni volte a delimitare il possibile ambito entro cui il giudice è invece tenuto ad individuare la figura del perito. Ad esempio, come ribadito dalla giurisprudenza⁹⁶, non è applicabile l'art. 74 norme att. c.p.p., per effetto del quale nei procedimenti per la falsificazione di biglietti di banca o di monete metalliche deve essere nominato perito un tecnico della direzione generale della Banca d'Italia o del dipartimento del tesoro.

L'impostazione concernente i criteri di individuazione dei consulenti tecnici del pubblico ministero si colloca pertanto in una posizione intermedia tra la soluzione, ispirata a criteri di maggior rigidità, adottata per la scelta del perito da parte del giudice e quella, caratterizzata da una totale discrezionalità, relativa alla nomina dei propri consulenti ad opera delle parti private.

Per effetto del combinato disposto degli artt. 233, comma 3, e 225, comma 3, c.p.p. sia il pubblico ministero che le parti private non possono inoltre designare come consulente tecnico, né peritale né extraperitale, chi si trovi nelle condizioni di incapacità o di incompatibilità previste, con riferimento al perito, dall'art. 222, comma 1, lett. a), b), c), d), c.p.p.

Al riguardo non può infatti condividersi la tesi, accolta da alcune isolate decisioni giurisprudenziali, secondo cui ai consulenti tecnici extraperitali del pubblico ministero non risulterebbero applicabili, neppure in via di estensione analogica, le disposizioni in tema di incompatibilità ed incapacità delineate, per la consulenza tecnica peritale, dall'art. 225, comma 3, c.p.p., mediante un rinvio all'art. 222, comma 1, c.p.p., in tema di perizia⁹⁷. In antitesi a detta conclusione, secondo cui l'eventuale nomina da parte del pubblico ministero di un consulente tecnico extraperitale che si trovasse in condizioni soggettive tali da impedire la sua designazione a perito o a consulente tecnico peritale non risulterebbe affetta da nullità, occorre rilevare che la stessa esigenza volta ad evitare dei possibili condizionamenti, ostativi al corretto svolgimento della consulenza tecnica peritale e della perizia, non può non valere anche per la consulenza tecnica extraperitale disposta dal pubblico ministero, di cui all'art. 359 c.p.p., dovendosi conseguentemente estendere ad essa le previsioni in tema di incapacità ed incompatibilità delineate dall'art. 222 c.p.p., nonché quelle sull'astensione e la ricsa-

⁹⁵ Così, M. MUSSO, Sub art. 73 norme att. c.p.p., in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, coord. da M. Chiavario, vol. I, *Norme di attuazione*, Torino, 1992, p. 267.

⁹⁶ Cass., sez. V, 12 gennaio 1994, Vetrallini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2757.

⁹⁷ Cass., sez. II, 7 giugno 1995, Cerrone, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2147, con nota critica di R. Adorno.

zione, contenute nel successivo art. 223 c.p.p.⁹⁸. Se così non fosse, si giungerebbe all'aberrante conclusione volta a ritenere che possano essere nominati quali consulenti tecnici extraperitali i minorenni, gli interdetti e gli inabilitati⁹⁹.

Del resto, come era stato sottolineato nella Relazione al testo definitivo dell'attuale codice, l'estensione ai consulenti tecnici, peritali ed extraperitali, delle stesse cause di incapacità ed incompatibilità previste per i periti appare ricollegabile ad evidenti ragioni di coerenza sistematica, non essendo giustificabile una disciplina differenziata al riguardo¹⁰⁰.

Non sembra parimenti accettabile l'impostazione volta a delineare una netta demarcazione fra la disciplina concernente il consulente tecnico nominato dal pubblico ministero in fase di indagine, ai sensi dell'art. 359 c.p.p., e quella relativa, in generale, al consulente tecnico extraperitale, prevista dall'art. 233 c.p.p.¹⁰¹. È indubbio ad esempio che le cause di incapacità ed incompatibilità del consulente tecnico extraperitale, fissate dall'art. 233, comma 3, c.p.p. mediante un rinvio all'art. 225, comma 3, c.p.p., valgano anche per la specifica ipotesi concernente il consulente tecnico extraperitale nominato dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari. La regolamentazione fissata dall'art. 359 c.p.p. non va infatti estrapolata dal contesto generale della consulenza tecnica, che rappresenta il *genus* al cui interno essa deve essere inserita.

10. La presunta "veste pubblicistica" dei consulenti tecnici del pubblico ministero

L'attività svolta dal consulente tecnico del pubblico ministero non può essere inquadrata entro l'ambito di un qualsivoglia altro mandato professionale; nel delineare le problematiche in tema di "responsabilità" del consulente tecnico¹⁰², occorre infatti tener conto della sussistenza di una serie di specifici obblighi gravanti su tale soggetto, ricollegabili alla sua designazione ad opera del pubblico ministero¹⁰³. Una parte della dottrina, sulla base di tali premesse, e in un'ottica volta ad accentuare e ad esasperare le

⁹⁸ R. ADORNO, *Sull'incompatibilità del consulente tecnico nominato dal pubblico ministero ex art. 359 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2151; analogamente G. BELLUSSI, *La consulenza tecnica fuori dei casi di perizia*, cit., p. 341; L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., c. 245; L. D'AMBROSIO, *Artt. 359 e 360*, cit., p. 183; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, cit., p. 70; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., p. 609.

⁹⁹ V. al riguardo le puntuali osservazioni di G. BELLUSSI, *La consulenza tecnica fuori dei casi di perizia*, cit., p. 341.

¹⁰⁰ *Relazione testo def. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord., n. 2, p. 182.

¹⁰¹ D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinamento di M.G. Aimonetto, Torino, 1999, p. 263.

¹⁰² V., sul punto, A. GENTILOMO-N. ORTHMANN, *La responsabilità del consulente tecnico del p.m. Revisione critica ed ipotetica soluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1297 ss.; P.G. MACRÌ, *Consulente tecnico di parte e consulente del pubblico ministero: poteri e responsabilità*, in *Jus*, 2008, p. 167 ss.

¹⁰³ L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, cit., p. 190.

differenze intercorrenti tra la figura del consulente tecnico del pubblico ministero e quella del consulente tecnico delle parti private, è giunta ad affermare che il consulente tecnico “deriverebbe” le sue connotazioni dalla parte che lo ha nominato; il consulente tecnico del pubblico ministero verrebbe in tal modo ad assumere i doveri che caratterizzano la parte pubblica¹⁰⁴. Conseguentemente, proprio in virtù di questa veste “pubblicistica” il consulente tecnico nominato dal pubblico ministero sarebbe tenuto, a differenza di quello designato dalle parti private, ad un “obbligo di verità”.

In tal modo, peraltro, si finisce per ipotizzare una quasi assoluta omogeneità tra la figura del consulente tecnico del pubblico ministero e quella del perito, ed una significativa divergenza rispetto al consulente tecnico delle parti private. Secondo questa ricostruzione, l’antitesi sarebbe infatti nettissima: al consulente del pubblico ministero andrebbe rinonosciuta la veste di pubblico ufficiale, sulla base di un legame giuridico di tipo pubblicistico o “parapubblicistico”¹⁰⁵, dovuto alla nomina da parte del pubblico ministero; essa non potrebbe invece in alcun modo essere attribuita al consulente scelto dalle parti private, che trae il suo mandato da un vincolo contrattuale di natura meramente privatistica e che integra l’ufficio di difesa. Al contempo, il consulente tecnico del pubblico ministero sarebbe tenuto a svolgere le sue funzioni in maniera assolutamente “oggettiva”¹⁰⁶, e pertanto a “dire la verità” ed a rendere al riguardo la formale dichiarazione d’impegno prevista per i testimoni¹⁰⁷, a differenza del consulente tecnico delle parti private, la cui funzione è esclusivamente quella di supportare gli interessi della parte privata che lo ha nominato. In contropartita, le dichiarazioni del consulente tecnico del pubblico ministero avrebbero un valore probatorio del tutto diverso da quello attribuibile alle dichiarazioni rese dal consulente tecnico della difesa; si afferma che mentre il giudice potrebbe «porre a fondamento della decisione gli apporti dimostrativi forniti dal consulente dell’accusa, senza che sia astrattamente necessario (salvo le particolarità del caso concreto) disporre la perizia»¹⁰⁸, tale possibilità dovrebbe ritenersi esclusa con riferimento alla consulenza tecnica svolta a supporto della difesa.

Tali conclusioni non sono in alcun modo condivisibili; infatti il legislatore, onde garantire il principio della parità delle parti, ha cercato di delineare la figura dei consulenti tecnici del pubblico ministero e della parti private in chiave tendenzialmente unitaria, secondo una logica che mira a valorizzare gli aspetti di omogeneità rispetto a talune pur innegabili differenziazioni, e che risulterebbe apertamente sconfessata qua-

¹⁰⁴ Cfr. D. POTETTI, *Note in tema di consulente tecnico extraperitale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 290: «è evidente che il ruolo del consulente tecnico del pubblico ministero nell’ambito del processo penale deve necessariamente uniformarsi al ruolo istituzionale del pubblico ministero medesimo, posto che a quest’ultimo (e alla sua funzione) egli è chiamato a prestare ausilio».

¹⁰⁵ D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 287 ss.

¹⁰⁶ Cass, sez. VI, 5 dicembre 1995, Tauzilli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 724; in dottrina, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., c. 246; D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 290.

¹⁰⁷ V. in tal senso, ad esempio, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., c. 243 e 244; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 609; nonché D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 289 ss.

¹⁰⁸ D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 291.

lora fosse riconosciuta, in maniera più o meno esplicita, una maggiore affidabilità alle conclusioni del consulente tecnico del pubblico ministero¹⁰⁹.

Del resto, i supposti avalli normativi alla tesi ora criticata appaiono assai deboli, non risultando certo decisiva in tal senso la previsione contenuta nell'art. 73 norme att. c.p.p., in base alla quale il pubblico ministero deve nominare il consulente tecnico scegliendolo di regola tra le persone iscritte nell'albo dei periti; tale disposizione non pare infatti idonea a supportare la tesi volta a ritenere che debba essere operato un ideale accostamento tra la figura del perito e quella del consulente tecnico del pubblico ministero¹¹⁰.

Semmai, una distinzione tra accusa e difesa, in tema di consulenza tecnica, può essere ravvisata alla luce di un'analisi volta a tener conto di una realtà che vede il pubblico ministero in grado di avvalersi di consulenti tecnici che, a differenza di quelli della difesa, possono fruire di strutture altamente complesse, dai costi spesso non sostenibili per i privati¹¹¹.

11. *La potenziale sfera di attività dei consulenti tecnici del pubblico ministero*

Al fine di delineare l'ambito di attività che può essere svolta dal consulente tecnico del pubblico ministero occorre partire dall'art. 359, comma 1, c.p.p., in base al quale il pubblico ministero, laddove proceda ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica tale da richiedere il possesso di specifiche competenze tecniche, è autorizzato a nominare dei propri consulenti, che in tal caso non possono rifiutare di prestare la loro opera¹¹².

La gamma di situazioni che giustificano la nomina del consulente è dunque estremamente ampia, tanto che una parte della dottrina ha sottolineato come essa finisca col risultare sostanzialmente indeterminata¹¹³, sia pur col limite rappresentato dal fatto che non sono comunque affidabili all'"esperto" i compiti che rientrano nell'ambito delle attività proprie dell'autorità giudiziaria; pertanto, così come il giudice non potrebbe formulare al perito un quesito che si traduca nella soluzione stessa della controversia, parimenti il pubblico ministero non può attribuire al consulente dei compiti così ampi e generici da tradursi, di fatto, in una vera e propria delega delle funzioni

¹⁰⁹ V., sul punto, F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3427.

¹¹⁰ V. le puntuali osservazioni di A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 138.

¹¹¹ V. le considerazioni al riguardo di E. RANDAZZO, *Investigazioni difensive e prova scientifica. Un garante per la difesa*, in *Crimin.*, 2008, p. 511, il quale propone, per ovviare a questa e ad altre disparità, l'introduzione della figura di un "Garante della difesa".

¹¹² Per un'analisi di detta norma v., tra gli altri, C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 312 ss.; M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici*, cit., p. 333; P. DELLA SALA, *Esame del consulente tecnico e limiti di ammissibilità della relazione scritta*, in *Foro ambr.*, 1999, p. 30; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 609.

¹¹³ A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., p. 123.

investigative spettanti all'organo della pubblica accusa¹¹⁴.

L'attività svolta dal consulente tecnico del pubblico ministero, al pari di quella del perito, può essere sia "deducente" che "percipiente", come confermato dal fatto che l'art. 359 c.p.p. menziona, accanto agli "accertamenti" i "rilievi", attribuendone l'effettuazione a tale soggetto, qualora il loro compimento richieda «specifiche competenze».

Bisogna ricordare che il legislatore, quando utilizza il termine "rilievi", molto spesso intende fare riferimento ad attività meramente esecutive e non valutative, in quanto unicamente destinate alla raccolta di materiali, che solo successivamente costituiranno oggetto di analisi. Secondo una tesi occorrerebbe conseguentemente sottolineare la differenza intercorrente tra le attività (quali il rilevamento delle impronte papillari sugli oggetti rinvenuti presso il luogo del delitto) consistenti nella semplice constatazione e raccolta di dati materiali concernenti il reato, riconducibili appunto alla categoria dei "rilievi", ed effettuabili direttamente, in caso di urgenza, dagli ufficiali di polizia giudiziaria, e quelle coinvolgenti invece lo studio, l'analisi, mediante procedure tecnico – scientifiche, e l'elaborazione critica dei dati così raccolti, che sarebbero invece di specifica competenza dei consulenti tecnici¹¹⁵.

Chi accoglie detta impostazione aggiunge che l'utilizzo, da parte del legislatore, del termine "accertamenti" accanto a quello di "rilievi", evidenzia come essi facciano riferimento a situazioni non sovrapponibili, giacché, se così non fosse, non sarebbe

¹¹⁴ M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici*, cit., p. 336.

¹¹⁵ Cass., sez. II, 24 novembre 2011, Cocuzza, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 71; Cass., sez. I, 11 novembre 1996, Koudri, cit., p. 370, in tema di rilevazione di impronte digitali; Cass., sez. IV, 23 marzo 1995, Salvati, in *Cass. pen.*, 1996, p. 854, ove, sia pur facendo riferimento ad una vicenda che aveva reso necessario l'esame autoptico, i giudici di legittimità hanno comunque svolto un'analisi a carattere più generale, così sottolineando: «tra la nozione di "rilievi" e quella di "accertamenti", come si evidenzia dalla lettura del testo degli artt. 354, 359 e 360 del codice di rito penale, nei quali i detti termini sono menzionati separatamente, esiste ontologica differenza, posto che la prima riguarda atti di semplice constatazione o raccolta di dati materiali pertinenti al reato e alla relativa prova, esaurendosi nell'oggettivo rilevamento, come esposizione di un dato di fatto quale presente in natura, vale a dire sul piano fenomenico; mentre l'"accertamento" coinvolge lo studio e la relativa elaborazione critica degli elementi raccolti, d'ordinario su base tecnico-scientifica, e, quindi, secondo regole dell'arte o della professione e con l'applicazione di leggi scientifiche e di specifica esperienza, con inevitabile valutazione (intermedia e conclusiva) soggettiva, seppure da sostenere con congrua motivazione». In dottrina in ordine a tale distinzione, v. R. ADORNO, *Sull'incompatibilità del consulente tecnico*, cit., p. 2152; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, II ed., Milano, 2012, p. 151; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000, p. 129. In particolare, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, pp. 14 e 15, osserva che «la peculiarità dell'accertamento tecnico ... è dettata dal fatto che non costituisce una mera attività di raccolta di dati», aggiungendo che «la differenza tra atto o operazione tecnica – giusto per utilizzare la terminologia del 4° comma dell'art. 348 c.p.p. –, da una parte, e accertamento tecnico, dall'altra, è data, oltre che dal diverso soggetto che lo può compiere – ausiliario di polizia giudiziaria, per i primi, e consulente tecnico, per i secondi –, dal fatto che solo l'accertamento tecnico implica una valutazione critica dei dati tecnico-scientifici raccolti». Secondo N. VENTURA, *Le nuove prove scientifiche nella revisione del processo penale*, Bari, 2010, p. 179 «i rilievi integrano un'attività implicante soltanto il mero osservare, individuare ed acquistare elementi tangibili, mentre gli accertamenti implicano un quid pluris, consistente nell'analisi esplicativa, nella sistemazione logico-cronologica dell'insieme dei fattori evinti mercé il proprio compimento ed in definitiva, nella formulazione di un giudizio in merito agli elementi acquisiti».

ravvisabile la giustificazione di questa duplice terminologia¹¹⁶.

Dovrebbe dunque essere delineata una linea di discriminazione tra la raccolta e la conservazione dei dati materiali e le successive valutazioni tecniche¹¹⁷. Rientrerebbero pertanto nella nozione di “rilievi” le operazioni di rilevamento di orme, di segni di pneumatici o di ulteriori possibili tracce del reato¹¹⁸, nonché l’applicazione del tampone a freddo diretto a prelevare eventuali residui derivanti dall’uso di armi da fuoco¹¹⁹, trattandosi di attività dalle quali esula l’analisi dei dati così ottenuti. Una conferma a tali conclusioni sarebbe offerta dall’art. 349, comma 2, c.p.p. («*Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone*»), che menziona tra gli atti di polizia giudiziaria i “rilievi dattiloscopici”, da cui vanno tenute ben distinte le successive attività di analisi e di comparazione delle impronte.

In senso difforme si è tuttavia rilevato che, almeno in alcuni casi, la delimitazione delle due categorie di attività, e dunque la distinzione tra l’attività di rilevazione e quella di accertamento, risulta estremamente ardua, se non impossibile, e ciò avviene in particolare «*allorquando l’elaborazione critica e lo studio dei dati non siano separabili dalla fase di raccolta*»¹²⁰.

In realtà, poiché il legislatore fa riferimento, in relazione al consulente tecnico, sia ad attività di accertamento che di rilevazione, sarebbe limitativo sostenere che la sua opera debba necessariamente consistere nell’analisi e valutazione dei dati già acquisiti da altri soggetti, giacché accanto a detta attività di “accertamento” il consulente può direttamente svolgere, preventivamente, l’attività consistente nell’effettuazione dei “rilievi”. Al consulente anzi potrebbe essere chiesto di limitarsi all’effettuazione di “rilievi”, anche se, generalmente, egli abbina le due funzioni sovramenzionate, compiendo “accertamenti” sui rilievi dallo stesso o da altri effettuati.

Occorre inoltre ricordare come l’art. 359 c.p.p. menzioni, accanto agli accertamenti ed ai rilievi, anche «*ogni altra operazione tecnica*»; la norma conseguentemente pare aver voluto tratteggiare una sorta di graduazione in chiave decrescente nella sfera di attività del consulente, ove le “operazioni” rappresentano l’ultimo e più basso livello, e si traducono in una gamma estremamente ampia ed articolata di possibili interventi operativi, diversa dai rilievi e dagli accertamenti.

È stato affermato che in tal modo il codice avrebbe inteso riferirsi ad ipotesi variegata, non riconducibili a parametri ben definiti, ed in particolare ad operazioni di carattere materiale, tali peraltro da implicare delle attitudini e delle competenze tecniche¹²¹.

Va comunque ribadito che, nonostante il richiamo normativo a «*ogni altra opera-*

¹¹⁶ N. VENTURA, *Le nuove prove scientifiche nella revisione del processo penale*, cit., p. 178.

¹¹⁷ G. PASSACANTANDO, *Rilievi e accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1990, p. 441.

¹¹⁸ Cfr. L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, pp. 366 e 367; F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 22.

¹¹⁹ Cass., sez. I, 9 maggio 2002, Maisto, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3100.

¹²⁰ Cfr. C. VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3353, la quale si richiama alle considerazioni sviluppate da A. SCALFATI, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 9.

¹²¹ L. D’AMBROSIO, *Sub artt. 359-360*, cit., p. 204; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 144.

zione», il pubblico ministero non può affidarsi all'opera dei consulenti per l'espletamento di qualsivoglia attività, in quanto è solo «*la natura tecnica, scientifica o artistica di tali atti a giustificare l'intervento dell'esperto*»¹²².

L'analisi volta a precisare quale sia l'area di intervento del consulente tecnico del pubblico ministero impone di fornire una risposta ai dubbi concernenti la fissazione della linea di discriminazione (sempre ammesso che essa esista) fra gli accertamenti la cui effettuazione può essere affidata dal pubblico ministero al consulente tecnico, ai sensi dell'art. 359 c.p.p., e gli "accertamenti urgenti" espletabili direttamente dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354, comma 2, c.p.p., per effetto del quale gli ufficiali di polizia giudiziaria sono autorizzati a compiere «*i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose*», laddove vi sia pericolo che le cose, le tracce e i luoghi pertinenti al reato «*si alterino o si disperdano o comunque si modificano*» ed il pubblico ministero non sia in grado di intervenire tempestivamente oppure non abbia ancora assunto la direzione delle indagini¹²³.

Bisogna cioè esaminare se la polizia giudiziaria sia legittimata al compimento di accertamenti tecnici implicanti l'elaborazione e la valutazione critica dei dati raccolti, riconducibili al disposto dell'art. 359 c.p.p. Il problema è dato dal fatto che sia l'art. 354, comma 2, concernente gli "accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone", sia l'art. 359, comma 1, relativo ai consulenti tecnici del pubblico ministero, fanno riferimento alle nozioni di "accertamenti" e "rilievi".

Una parte della dottrina peraltro ritiene che, sebbene le due norme utilizzino la stessa terminologia, in realtà esse intendano fare riferimento ad ambiti diversi. Si è infatti sostenuto che l'art. 354 c.p.p. non riguarderebbe le attività che possono essere affidate ad un consulente o ad un perito, ma le mere rilevazioni tecniche svolte nel corso dei vari sopralluoghi¹²⁴. Secondo detta impostazione, alla quale abbiamo già fatto cenno in precedenza, potrebbero essere compiuti dalla polizia giudiziaria e dal "personale idoneo" eventualmente chiamato a coadiuvarla, ai sensi dell'art. 348, comma 4, soltanto i rilievi che si traducano in analisi ricognitive della situazione di fatto, in semplici constatazioni di dati obiettivi, in attività che si esauriscano in operazioni di carattere materiale, consistenti nella raccolta delle tracce del reato o nel prelievo dei campioni¹²⁵, mentre sarebbero esclusi gli interventi implicanti un'attività valutati-

¹²² M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del p.m. tra limiti normativi e distorsioni applicative*, cit., p. 337.

¹²³ V., sul punto, E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4037; nonché L. LUPARIA, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in L. LUPARIA-G. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, p. 200. In giurisprudenza in ordine a questa tematica, v. *Cass.*, sez. III, 26 novembre 2001, Mohamed, in *Giur. it.*, 2003, c. 1911; Ass. Locri 21 luglio 1993, Pelle, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 594.

¹²⁴ V., in tal senso, F. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 697; M. VESSICHELLI, *nota a Cass.*, sez. I, 27 agosto 1991, Romano, *ivi*, 1992, p. 694 ss., secondo la quale «*dagli accertamenti indicati all'art. 354 comma 2 c.p.p. ... esula ogni valutazione ed elaborazione*».

¹²⁵ *Cass.*, sez. I, 31 gennaio 2007, Piras, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2972; *Cass.*, sez. I, 16 ottobre 1998, Andolfi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 84; *Cass.*, sez. I, 11 novembre 1996, Koudri, *ivi*, 1997, p. 370. In dottrina, v. L. CREMONESI, *Natura e funzioni del consulente tecnico*, cit., c. 247.

va, di studio e di analisi critica del dato osservato o raccolto¹²⁶.

In base a questa tesi spetterebbe al solo consulente tecnico, e non potrebbe invece essere espletata dalla polizia giudiziaria (neppure mediante l'ausilio, ai sensi dell'art. 348, comma 4, di altre "persone idonee"), l'attività «*tecnico-scientifica di livello alto, avente contenuto valutativo*»¹²⁷, poiché «*quando c'è bisogno di affidare un incarico con un particolare coefficiente tecnico, la possibilità viene riservata solo al pubblico ministero che si avvarrà della collaborazione di un esperto consulente*»¹²⁸.

Si dovrebbe così distinguere tra un'attività valutativa, propria dei consulenti, ed un'attività di rilevazione materiale, effettuabile dalla polizia giudiziaria con l'ausilio di persone idonee.

Il tema è estremamente importante ai fini della nostra disamina, dovendosi individuare gli elementi volti a differenziare il consulente tecnico dai soggetti menzionati dall'art. 348, comma 4, c.p.p., e cioè dalle "persone idonee", di cui la polizia giudiziaria può avvalersi per il compimento di «*atti od operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche*».

A dire il vero, non deve essere data per scontata una simile differenza, occorrendo dar conto della sussistenza di impostazioni orientate in chiave omologante, tendenti ad una sostanziale sovrapposizione fra queste figure¹²⁹, sebbene appaia prevalente l'opposta soluzione, volta a rilevare che «*non esiste la figura del "consulente tecnico di polizia giudiziaria"*»¹³⁰.

Sotto questo aspetto, risulta significativa l'analisi dell'*iter* che ha condotto all'attuale formulazione normativa. Infatti nel progetto preliminare al codice di procedura penale si faceva espresso riferimento alla figura dei «*consulenti tecnici*» della polizia

¹²⁶ Cass., sez. I, 11 giugno 2009, Dedej, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1577; in dottrina, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 63.

¹²⁷ Cfr. F. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia*, cit., pp. 697 e 698, secondo cui la "persona idonea" è «*qualcosa di meno*» rispetto al consulente tecnico. Anche a giudizio di G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., p. 143, le operazioni svolte dalle "persone idonee" di cui all'art. 348, comma 4, c.p.p. «*sono prive di risvolti valutativi e non richiedono in chi le compie la presenza di elevate nozioni tecnico-scientifiche*».

¹²⁸ F. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia*, cit., p. 698.

¹²⁹ V., in tal senso, L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359-360*, cit., p. 178, il quale affermava che l'apparente diversificazione legislativa in materia è unicamente dovuta ad un «*coordinamento difettoso, presumibilmente conseguente allo sdoppiamento di disposizioni che all'origine erano congiuntamente previste*». Detto A. rilevava che sussiste un'assoluta corrispondenza tra il consulente tecnico del pubblico ministero e la "persona idonea" di cui può avvalersi la polizia giudiziaria, così aggiungendo: «*può apparire singolare che venga individuato quale "consulente" il fabbro che presta ausilio al pubblico ministero per aprire una porta od il fotografo che effettua rilievi nel corso di una ispezione. Ma non v'è dubbio che l'art. 359 ha denominato "consulente" non solo chi offre un supporto tecnico al patrimonio culturale del pubblico ministero portando contributi informativi e tecnico-conoscitivi ... ma anche chi presta la sua attività per operazioni di qualsiasi genere purché a carattere tecnico ed in relazione alle quali il pubblico ministero non ha specifica competenza. D'altro canto, se così non fosse, dovrebbe ritenersi che nel corso di funzioni solo esecutive il pubblico ministero non ha la possibilità di agire autonomamente, ma solo delegando la polizia giudiziaria: dal momento che solo quest'ultima, in base all'art. 348.4, può avvalersi di semplici specialisti tecnici*».

¹³⁰ Cfr. A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'«esperto»*, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 601; sostanzialmente in tal senso v. anche D. BIELLI, *Periti e consulenti*, cit., c. 66.

giudiziaria. Solo nel testo definitivo è stata accolta la modifica volta ad adottare, all'art. 348 c.p.p., il termine di «*persone idonee*»; si è in tal modo ricalcata la dizione già utilizzata dall'art. 223 c.p.p. 1930¹³¹ e dall'art. 366 prog. prel. c.p.p. del 1978. Per cercare di dare un senso a questa modifica si dovrebbe affermare che verosimilmente il legislatore ha voluto operare una differenziazione rispetto alla consulenza tecnica, indicando implicitamente che a tali soggetti vanno affidate delle funzioni meramente esecutive, e che ad essi non può essere richiesto un parere né il compimento di un'attività di elaborazione di dati¹³².

D'altra parte anche i poteri loro attribuiti sono diversi e più ridotti rispetto a quelli spettanti ai consulenti tecnici del pubblico ministero; ad esempio, mentre questi ultimi, ai sensi dell'art. 359, comma 2, c.p.p., sono autorizzati ad assistere a singoli atti di indagine, analoga possibilità non è invece prevista per i soggetti «*idonei*», ausiliari della polizia giudiziaria.

Almeno secondo la tesi prevalente, le «*persone idonee*», dotate di specifiche competenze tecniche, sarebbero dunque legittimate a svolgere, con riferimento agli atti di polizia giudiziaria, soltanto dei compiti che prescindono dall'effettuazione di un'attività valutativa, e proprio per questo motivo tali soggetti, a prescindere dal fatto che vadano o meno considerati pubblici ufficiali, concorrendo all'esercizio di una pubblica funzione¹³³, non potrebbero essere equiparati ai consulenti tecnici, ai quali andrebbero invece riservate le funzioni valutative, o comunque di maggior «*caratura*»¹³⁴.

Quest'ultima affermazione, peraltro, non sembra tener conto del fatto che l'art. 359, comma 1, c.p.p., concernente i consulenti tecnici, menziona, accanto agli «*accertamenti*», anche i «*rilievi*» e «*ogni altra operazione tecnica*», evidenziando in tal modo che anche a tali esperti possono essere assegnate delle attività di «*segno minore*», purché esse comportino «*specifiche competenze*».

Una simile considerazione finisce col rendere labile, o quantomeno non così netta come spesso viene affermato, la distinzione intercorrente tra i consulenti tecnici ed i soggetti, dotati di «*specifiche competenze tecniche*», di cui all'art. 348, comma 4. Del resto, se l'art. 359, comma 1, non avesse fatto riferimento anche ad «*ogni altra operazione tecnica*» per delineare il possibile ambito di attività del consulente tecnico, il pubblico ministero si sarebbe visto costretto, in tali ipotesi, a ricorrere sempre e necessariamente alle deleghe alla polizia giudiziaria.

Sembra semmai più corretto sostenere che mentre determinate attività, di maggiore

¹³¹ V., sul punto, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico*, cit., c. 245; analogamente L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360 c.p.p.*, cit., p. 179.

¹³² Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 812; in dottrina in tal senso F. LATTANZI, *Ispersioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., *Le prove*, vol. II, cit., p. 344.

¹³³ Secondo Cass., sez. VI, 5 dicembre 1995, Tauzilli, cit., p. 724 agli esperti nominati dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 348, comma 4, c.p.p. spetterebbe, al pari dei consulenti nominati dal pubblico ministero ex art. 359 c.p.p., la qualifica di pubblico ufficiale. In senso diametralmente opposto, in dottrina, v., invece, A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria*, cit., c. 597: «*il consulente del pubblico ministero non è di regola pubblico ufficiale, se non in date (eccezionali e circoscritte) esplicazioni della sua attività: a maggior ragione, perciò, non può ritenersi la sussistenza di tale qualifica nella "persona idonea" ex art. 348 c.p.p.*».

¹³⁴ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 14.

“spessore”, sono “proprie” dei consulenti tecnici, anche in quanto implicano funzioni valutative, e non possono essere affidate ai soggetti indicati dall’art. 348, comma 4, al contrario i rilievi e le altre operazioni di carattere tecnico possono essere parimenti espletate sia da costoro che dai consulenti tecnici nominati dal pubblico ministero.

Un ultimo aspetto di particolare delicatezza concerne l’individuazione dei criteri volti a permettere la differenziazione delle ipotesi legittimanti il ricorso alla nomina del consulente tecnico nel contesto di cui all’art. 359 c.p.p. da quelle in cui deve invece trovare applicazione lo strumento dell’incidente probatorio o quello configurato dall’art. 360 c.p.p., e cioè le situazioni in cui «*gli accertamenti previsti dall’articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione*».

Non è agevole, almeno in taluni casi, effettuare preventivamente una simile distinzione, che, come vedremo fra breve, non va comunque operata in astratto, ma deve invece tener conto della specificità di ogni singola situazione.

12. *La consulenza tecnica espletata in occasione degli accertamenti tecnici non ripetibili previsti dall’art. 360 c.p.p. e degli accertamenti modificativi regolamentati dall’art. 117 norme att. c.p.p.*

La consulenza tecnica trova applicazione anche nelle ipotesi di accertamenti tecnici non ripetibili, ricollegabili ad una situazione di improcrastinabilità dovuta alla sussistenza di possibili fattori modificativi, che potrebbero provocare la perdita definitiva di elementi gnoseologici rilevanti ai fini processuali e che pertanto rendono necessaria la formazione anticipata della prova¹³⁵.

Viene in tal caso operato un giudizio prognostico concernente la probabilità che il mezzo di prova non sia più utilmente esperibile in fase dibattimentale, o quantomeno non abbia in tal caso eguali prospettive di un utile risultato¹³⁶.

Le difficoltà concernenti l’individuazione del carattere di “non ripetibilità” di un determinato accertamento sono dovute all’assenza di una definizione del concetto stesso di irripetibilità, giacché il legislatore non ha fornito un’espressa indicazione diretta a chiarire questo punto, preferendo riservare la soluzione del problema alla «*valutazione in concreto*» ed al «*divenire della esperienza teorica e pratica*»¹³⁷; ciò ha peraltro determinato non pochi disorientamenti, in quanto alla mancanza di un’adeguata definizione si aggiunge la vaghezza semantica della terminologia usata dal codice per delineare, nel suo complesso, la tematica in esame¹³⁸, evidenziata in particolare dall’«*ambiguo tenore*» del disposto dell’art. 360 c.p.p.¹³⁹.

¹³⁵ V., sul punto, F. GIUNCHEDI, voce *Accertamenti tecnici*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., V, Torino, 2010, p. 6 ss.; G. NEPPI MODONA, voce *Accertamento tecnico*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, App., Torino, 1990, pp. 467 e 468.

¹³⁶ C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, p. 37.

¹³⁷ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 91.

¹³⁸ F.M. IACOVIELLO, *Contro l’attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3002. In tal senso v., altresì, C. VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, cit., p. 3355.

¹³⁹ C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 38.

Tali disorientamenti appaiono confermati dal fatto che si è reso necessario un intervento delle Sezioni Unite, volto ad indicare, con riferimento alle relazioni di servizio della polizia giudiziaria, che l'irripetibilità sussiste solo laddove sia ravvisabile un risultato ulteriore, diverso ed estrinseco rispetto all'attività investigativa, e non più riproducibile in dibattimento se non con la perdita dell'informazione probatoria o della sua genuinità¹⁴⁰.

Occorre inoltre ribadire l'impossibilità di operare una totale sovrapposizione tra il concetto di irripetibilità, o non reiterabilità, e quello di non rinviabilità, o indifferibilità, non sussistendo tra essi una corrispondenza biunivoca¹⁴¹, e dovendosi anzi ravvisare un significativo margine di scarto tra i rispettivi ambiti¹⁴². È stato sostenuto che la situazione delineata dall'art. 360 c.p.p. configura in realtà un'irripetibilità "artificiale", *ex lege*, assimilata alle ipotesi di cui all'art. 431, comma 1, lett. c), c.p.p. ai soli fini dell'inserimento delle relative risultanze nel fascicolo del dibattimento e della loro successiva utilizzabilità in giudizio, mediante lettura. Generalmente tali accertamenti tecnici potrebbero infatti essere ripetuti, dal punto di vista strettamente formale; vanno però espletati con urgenza, e risultano dunque indifferibili, in quanto riguardano degli elementi soggetti a modificazione, e ciò rende l'accertamento non rinviabile alla fase del dibattimento¹⁴³.

Trattasi di accertamenti che si rivelerebbero conseguentemente inutili in caso di differimento¹⁴⁴. Si è dunque in presenza di atti sostanzialmente non rinviabili¹⁴⁵, in quanto essi richiedono la necessaria anticipazione dell'assunzione di una prova che non risulterebbe più acquisibile nella successiva fase dibattimentale. Tali atti vengono definiti irripetibili dal legislatore per eliminare ogni equivoco in ordine alla loro inseribilità nel fascicolo dibattimentale.

Onde delineare la sussistenza dei caratteri dell'irripetibilità, occorre muoversi secondo un'ottica del tutto peculiare, diretta a valutare se un determinato accertamento possa o meno essere esperito successivamente con eguali prospettive di risultati positivi¹⁴⁶. Così, per quanto concerne le sostanze stupefacenti si discute in campo tossicologico se l'analisi di supposti reperti di eroina o cocaina vada effettuata mediante il ricorso all'accertamento tecnico irripetibile, ai sensi dell'art. 360 c.p.p., trattandosi di sostanze organiche soggette a rapida modificazione delle proprie peculiari caratteri-

¹⁴⁰ Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1476 ss. ed in particolare 1478 e 1479; v. al riguardo il commento di F. CERQUA, *ivi*, p. 1482 ss.

¹⁴¹ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 113; A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in G. CANZIO-D. FERRANTI-A. PASCOLINI (a cura di), *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 29.

¹⁴² C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 36.

¹⁴³ Come rilevato da C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 104, in virtù dell'art. 360 c.p.p. il legislatore attribuisce la qualificazione di irripetibilità «ad una tipica situazione di non rinviabilità».

¹⁴⁴ M. D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1350; L. D'AMBROSIO, *Artt. 359 e 360*, cit., p. 205; U. FERRANTE, *In margine ai rapporti tra l'art. 360 e l'art. 392.1 lett. f c.p.p.*, in *Giur. mer.*, 1995, II, c. 976 ss.

¹⁴⁵ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici e prova del DNA*, cit., p. 110.

¹⁴⁶ D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, cit., p. 268.

stiche, o se al contrario per dette sostanze debba escludersi la possibilità di un tale rischio di modificazione.

A favore della prima soluzione viene affermato che esse sono destinate ad un'inevitabile alterazione sia per effetto di fattori estrinseci, quali la possibilità di ossidazione, l'esposizione alla luce, il pericolo di umidità, sia, anche in condizioni di perfetta conservazione, a causa dello stesso decorrere del tempo¹⁴⁷. In senso contrario la giurisprudenza attualmente prevalente sostiene che alcuni stupefacenti, quali l'eroina e la cocaina, ma anche la stessa marijuana e l'hashish, non sono in realtà assoggettabili ad una modificazione in tempi brevi, trattandosi di sostanze allo stato solido non facilmente alterabili, e per le quali sarebbe dunque sempre possibile la successiva sottoposizione a perizia tossicologica in dibattimento¹⁴⁸.

Deve invece escludersi che con riferimento all'art. 360 c.p.p. venga in considerazione il concetto di accertamento intrinsecamente irripetibile, da intendersi come quello il cui compimento determina necessariamente la modificazione del suo oggetto, in quanto nell'art. 360 c.p.p. la nozione di irripetibilità non attiene alle caratteristiche dell'accertamento, bensì a quelle dell'elemento costituente oggetto dell'accertamento stesso; si è dunque in presenza di una irripetibilità estrinseca, provocata da fattori che, incidendo su detto elemento, ne modificano irrimediabilmente, in tempi assai brevi, le connotazioni originarie¹⁴⁹.

Sussistono al contrario dei casi, tra cui quello espressamente delineato dall'art. 117 norme att. c.p.p., in cui l'accertamento, pur astrattamente rinviabile, una volta effettuato provoca una modificazione radicale e definitiva dell'oggetto, ed è pertanto da considerare come non rinnovabile per cause dovute proprio alle peculiari modalità dell'analisi espletata¹⁵⁰. In altri termini, nelle situazioni prese in esame dall'art. 117 norme att. c.p.p. la sostanza che deve essere analizzata può non essere assoggettabile al rischio di una probabile modificazione dovuta al semplice decorso di un certo periodo temporale. Non si è dunque in presenza di un'ipotesi caratterizzata da un'intrinseca non rinviabilità, da un'indifferibilità legata al tradizionale parametro dell'ir-

¹⁴⁷ Cass., sez. VI, 22 febbraio 1993, Oliverio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 324. In dottrina, v. E. BERTOL, *Il concetto tossicologico e giuridico di accertamento tecnico non ripetibile in tema di stupefacenti nel campo dei reperti non biologici*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1678, la quale così osserva: «nelle polveri a base di eroina è sufficiente una leggera umidità per la repentina trasformazione della diacetilmorfina (eroina) in monoacetilmorfina (MAM) ... un esame analitico, eseguito nei giorni immediatamente vicini al sequestro, o dopo 10-15 giorni, o dopo 2-3 mesi, porta a risultati con differenze statisticamente molto rilevanti».

¹⁴⁸ Cass., sez. IV, 29 aprile 2009, Matarazzo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2796; Cass., sez. IV, 10 giugno 2004, Abbinante ed altro, in *Guida dir.*, 2004, n. 43, p. 65; Cass., sez. VI, 18 novembre 1992, Cornacchia, *ivi*, 1994, p. 1880; nello stesso senso, sia pur solo implicitamente, Cass., sez. VI, 18 aprile 1991, Pistillo, *ivi*, 1992, p. 1857.

¹⁴⁹ L. D'AMBROSIO, *Artt. 359 e 360*, cit., p. 206.

¹⁵⁰ H. BELLUTA, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1083, sottolinea la sussistenza di «fattispecie nelle quali l'esecuzione dell'indagine specifica deteriora o compromette a tal punto il proprio oggetto da renderlo successivamente inservibile». Per un'approfondita analisi al riguardo v., altresì, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 36 ss.

reparabile trasformazione ed alterazione del materiale sottoponibile ad accertamento, a causa del trascorrere del tempo o in conseguenza di altri fattori atti a compromettere la genuinità della futura analisi.

Una tale situazione non parrebbe dunque riconducibile entro i parametri fissati dall'art. 360 c.p.p. in relazione all'accertamento tecnico non ripetibile, ove l'irripetibilità costituisce un *presupposto* dell'atto di accertamento tecnico, laddove con riferimento all'art. 117 norme att. c.p.p. essa *consegue* al compimento dell'atto, stante la modificazione irreversibile così provocata¹⁵¹. In questo secondo caso infatti è l'accertamento stesso – la cui immediata effettuazione risulta imposta dalle finalità investigative, stante l'esigenza di proseguire le indagini in maniera mirata – a provocare detta modificazione.

È stata ravvisata al riguardo una irripetibilità determinata «*artificialmente*», in presenza di un'ipotesi di «*non rinviabilità funzionale*»¹⁵².

Il legislatore ha così dovuto espressamente estendere anche a detto contesto l'applicabilità dell'art. 360 c.p.p., mediante una norma attuativa in mancanza della quale avrebbero potuto sussistere dei dubbi circa l'operatività del disposto concernente gli accertamenti su persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione¹⁵³, non essendo ravvisabile una situazione soggetta “in quanto tale” a modificazione, stante l'assenza di un'ipotesi di “non rinviabilità”, quale quella caratterizzante l'art. 360 c.p.p.; infatti in tal caso è l'accertamento, o meglio le modalità della sua effettuazione, a determinare l'irripetibilità, provocando la distruzione del reperto originario. Si è in presenza di atti di per sé rinviabili, ma che risultano caratterizzati da una irripetibilità indotta, in quanto l'accertamento diventa insuscettibile di ripetizione, e dunque non rinnovabile, a causa della mutazione non reversibile del suo oggetto, dovuta alla natura “invasiva” del meccanismo tecnico utilizzato, tale da determinare, per il fatto stesso del suo compimento, un'alterazione, irreparabile e facilmente presagibile, dell'oggetto da esaminare¹⁵⁴.

Occorre dunque parlare di non ripetibilità, o meglio di non rinnovabilità dell'atto per cause intrinseche, dovendosi distinguere così tale concetto da quello relativo alla “non rinviabilità” dell'atto¹⁵⁵. Un caso paradigmatico è rappresentato dall'accertamento del numero di matricola abraso di un'arma, necessario al pubblico ministero per individuare la provenienza delittuosa, e che, almeno in passato, risultava non ripetibile a causa dell'azione modificatrice provocata dai reagenti chimici utilizzati per tale operazione. Era stato parimenti affermato (alla luce di tecniche oggi peraltro in larga parte superate) che l'analisi del DNA svolta sui mozziconi di sigaretta fumati dall'indiziato, qualora comporti la distruzione totale di detti reperti, deve essere sottoposta, in base al disposto dell'art. 117 disp. att. c.p.p., alla disciplina prevista per gli accertamenti tecnici irripetibili¹⁵⁶.

¹⁵¹ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 35.

¹⁵² A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, cit., p. 30.

¹⁵³ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 35.

¹⁵⁴ P. SAVIOTTI, *Sub art. 117 norme att.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, cit., vol. I, *Norme di attuazione*, cit., p. 418.

¹⁵⁵ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 156.

¹⁵⁶ Cass., sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 721.

Ovviamente il mutare delle tecniche operative utilizzate può incidere sensibilmente su questa tematica. Ad esempio, con riferimento all'accertamento tecnico dei residui di polvere da sparo, è irripetibile la raccolta di residui dello sparo mediante l'applicazione del guanto di paraffina, in considerazione della labilità delle particelle che costituiscono tali residui e degli effetti del decorso del tempo sui tessuti che possono costituire oggetto dell'analisi¹⁵⁷ «mentre può essere più volte ripetuta l'analisi dei residui stessi con il metodo SEM – EDX»¹⁵⁸.

Anche con riferimento all'autopsia l'attività consistente nel sezionare un cadavere, gli organi, i tessuti ed i visceri comporta una modificazione così radicale della situazione anatomica e biologica del corpo e dei rapporti tra i suoi vari componenti interni che una successiva indagine autoptica non può più essere utilmente compiuta; conseguentemente le eviscerazioni e le incisioni sul cadavere concretano l'ipotesi di cui all'art. 117 norme att. c.p.p. Va del resto ricordato come, ai sensi dell'art. 116 comma 1 norme att. c.p.p., qualora a seguito della morte di una persona sorga un sospetto di reato, il procuratore della Repubblica, laddove lo ritenga necessario, può scegliere se ordinare l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 c.p.p. o fare invece richiesta di incidente probatorio. L'irripetibilità dell'autopsia è dunque confermata *ope legis* dal predetto art. 116 norme att. c.p.p., volto evidentemente a tener conto, oltretutto della naturale alterazione del cadavere, anche della possibilità di modificazioni provocate proprio dall'accertamento autoptico¹⁵⁹. In tal caso all'elemento rappresentato dalla predetta modificazione, dovuta alle modalità utilizzate per effettuare l'analisi, si unisce infatti quello dell'indifferibilità della verifica, essendo agevolmente confermabile come un accertamento eseguito dal consulente tecnico ad una breve distanza di tempo dalla morte permetta di rilevare dei dati che il progredire dei processi tanatologici finirebbe, inevitabilmente, per cancellare o rendere di più difficile individuazione, a causa delle modificazioni biologiche ed anatomiche della cosiddetta "sezione cadaverica". Del resto la stessa conservazione del cadavere in una cella frigorifera, pur ritardando le modificazioni putrefattive, non elimina l'evoluzione dell'autolisi e dell'emolisi¹⁶⁰.

Con diretto riferimento all'oggetto della nostra disamina, concernente la consulenza tecnica, va rilevato come in numerosi casi, tra cui in particolare quelli concernenti gli accertamenti volti all'individuazione delle tracce di un'esplosione da polvere da sparo, il dibattito in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per il ricorso

¹⁵⁷ Cass., sez. I, 6 ottobre 1998, Andolfi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3189; Cass., sez. I, 4 febbraio 1997, Ambra ed altri, in *Riv. pen.*, 1997, p. 766.

¹⁵⁸ G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, cit., p. 183; analogamente, F. GIUNCHEDE, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 32; in tal senso, in giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 24 novembre 2011, Cocuzza, cit.

¹⁵⁹ V., sul punto, P. SAVIOTTI, *Art. art. 116 norme att.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, coord. da M. Chiavario, vol. I, cit., p. 412.

¹⁶⁰ Sul ricorso in tal caso al meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p., v. Cass., sez. IV, 23 marzo 1995, Salvati, in *Cass. pen.*, 1996, p. 855; in dottrina, F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., pp. 611 e 612; P. ZANGANI, *L'autopsia giudiziaria e l'art. 360 c.p.p. sugli «accertamenti tecnici non ripetibili»*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 607.

all'art. 360 c.p.p. sia stato focalizzato sulla problematica concernente l'individuazione degli elementi differenziali tra l'"accertamento" ed il "rilievo" tecnico, affermandosi che il prelievo di eventuali residui, atti a permettere di verificare l'avvenuta utilizzazione di un'arma da fuoco, pur essendo caratterizzato dall'irripetibilità, non giustifica il ricorso al meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p., riservato ai soli "accertamenti" tecnici, rispetto ai quali i rilievi si pongono in posizione meramente prodromica, ribadendosi che solo l'irripetibilità dell'accertamento, e non anche quella dei rilievi, impone l'osservanza del disposto in esame.

Viene infatti sottolineata, anche sotto questo aspetto, la differenza intercorrente tra i "rilievi" (nel cui ambito rientrerebbe anche il cosiddetto "tampone a freddo"), consistenti nella raccolta o constatazione, e relativa conservazione, delle tracce materiali del reato, e la valutazione e lo studio, da parte del consulente, di tali dati, su base tecnico-scientifica (caratterizzata nel caso specifico da un esame spettroscopico con microscopio elettronico dei tamponi adesivi metallizzati, e dunque delle particelle estratte e fissate mediante il predetto processo di metallizzazione), costituente l'accertamento vero e proprio, e si evidenzia che in tal caso l'accertamento volto a verificare l'esito dei rilievi non può essere definito irripetibile, stante la persistente assoggettabilità dei dati ottenuti ad una nuova, ulteriore valutazione, che può in effetti essere ripetuta in ogni momento¹⁶¹. L'irripetibilità dei rilievi, e cioè dell'operazione di raccolta dei dati da sottoporre ad esame, non implicherebbe dunque necessariamente l'irripetibilità del successivo accertamento, essendo in tal caso in presenza di un'attività valutativa reiterabile.

L'inquadramento di una determinata attività tra i "rilievi" sullo stato dei luoghi e delle persone (o tra i "rilievi" sulle persone, diversi dalla ispezione personale¹⁶², il cui compimento viene invece riservato all'autorità giudiziaria), anziché tra gli "accertamenti tecnici", assume dunque, alla luce di detta tesi, un'importanza notevolissima, in considerazione del differente regime applicabile alle rispettive operazioni, ivi compreso l'ambito di intervento della difesa¹⁶³.

A sostegno di tale impostazione sembrerebbe porsi la considerazione in base alla quale il legislatore, sia pur in un contesto indubbiamente diverso quale quello dell'art. 359 c.p.p., avrebbe inteso differenziare gli "accertamenti tecnici" dai «*rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici*» e da «*ogni altra operazione tecnica*», sottolineando in tal modo la sussistenza di una decrescente complessità tecnico-scientifica dell'attività di indagine, a partire da un livello più elevato, riservato agli accertamenti, che implicherebbero un

¹⁶¹ V., in tal senso, Cass., sez. II, 24 novembre 2011, Cocuzza, cit.; Cass., sez. I, 30 novembre 2005, Fummo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 231; Cass., sez. V, 24 gennaio 2003, Bocchetti, in *Guida dir.*, 2003, n. 14, p. 112; Cass., sez. I, 9 maggio 2002, Maisto, cit., p. 3100; Cass., sez. VI, 27 ottobre 1998, Bettio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 376; Cass., sez. I, 6 giugno 1997, Pata, *ivi*, 1997, p. 468; Cass., sez. I, 9 febbraio 1990, Duraccio, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 241, con nota di P. Dell'Anno; ed in *Cass. pen.*, 1990, II, p. 278, con nota di A. Scella.

¹⁶² Si pensi al riguardo al cosiddetto alcoltest, e cioè all'accertamento strumentale per l'individuazione dello stato di ebbrezza del conducente di un autoveicolo, che la giurisprudenza (v. per tutte Cass., sez. IV, 26 gennaio 2011, in *Guida dir.*, 2011, n. 25, p. 73) considera un atto urgente sullo stato delle persone, disciplinato dall'art. 354 c.p.p.

¹⁶³ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 264.

necessario apporto critico-valutativo da parte dell'esperto designato, per scendere ad un livello di maggiore semplicità, quale quello dei rilievi, consistenti nella semplice raccolta e fissazione di dati, pervenendo infine al grado più basso delle "altre operazioni tecniche"¹⁶⁴. Partendo da questa premessa, è stato osservato che l'art. 360 c.p.p. ha fatto esclusivo richiamo alla nozione di "accertamenti", ricavabile dall'art. 359 c.p.p., e non ha invece menzionato i "rilievi". Ciò è stato ritenuto frutto di una scelta consapevole da parte del codice, che avrebbe inteso in tal modo fissare una linea di demarcazione ed escludere, implicitamente, dalla sfera degli accertamenti tecnici irripetibili i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici, nonché le altre operazioni tecniche parimenti menzionate dall'art. 359 c.p.p., che potrebbero dunque essere espletate, in presenza dei requisiti di indifferibilità, secondo il modello configurato dal disposto di cui all'art. 354 c.p.p., e pertanto in assenza delle garanzie previste dall'art. 360 c.p.p.¹⁶⁵.

Questa conclusione ha tuttavia costituito oggetto di non poche considerazioni critiche¹⁶⁶, giacché in tal modo, mediante il richiamo alla normativa di cui all'art. 354 c.p.p. anziché a quella delineata dall'art. 360 c.p.p., si consente «la "cristallizzazione" di una serie di atti e operazioni compiuti unilateralmente – e in assenza persino del pubblico ministero – sulla scena del crimine, in quanto classificati sub specie "rilievo", la cui intrinseca non ripetibilità ne determina il transito automatico nel fascicolo dibattimentale»¹⁶⁷. Laddove, al contrario, si fosse in presenza di atti considerati come "accertamenti tecnici irripetibili", ex art. 360 c.p.p., il pubblico ministero sarebbe necessariamente tenuto ad avvisare senza ritardo l'indagato, la persona offesa dal reato ed i rispettivi difensori della data fissata per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare i consulenti tecnici¹⁶⁸. Al riguardo viene affermato che il legislatore ha in realtà inteso far corrispondere le ipotesi riconducibili nella sfera di operatività dell'art. 360 con quelle che renderebbero possibile il ricorso alla perizia, pur sottoli-

¹⁶⁴ V., in tal senso, L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, cit., p. 204.

¹⁶⁵ Cass., sez. I, 7 dicembre 2006, Curcio, in *Cass. pen.*, 2008, p. 685, secondo cui i rilievi fonometrici sono assoggettabili alla normativa delineata dall'art. 354, comma 2, c.p.p. e non rientrano tra gli accertamenti tecnici irripetibili, configurati dall'art. 360 c.p.p. Analogamente Cass., sez. I, 16 aprile 2004, Amato, *ivi*, 2005, p. 2638; Cass., sez. II, 27 ottobre 1998, Bettio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 376, concernente il prelievo di impronte dattiloscopiche – papillari, lasciate da un rapinatore sul vetro del bancone dell'ufficio postale rapinato; tale operazione, pur risultando indifferibile ed urgente, stante la naturale modificabilità e tendenza alla rapida dispersione degli elementi che ne costituiscono l'oggetto, è stata giudicata di natura meramente materiale, consistendo in una semplice rilevazione obiettiva, e dunque non riconducibile alla nozione di accertamento, che presupporrebbe invece un'attività di carattere valutativo su base tecnico – scientifica. In dottrina a sostegno di detta impostazione, v. A. SCCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 279.

¹⁶⁶ F. CASASOLE, *Le indagini tecnico-scientifiche: un connubio tra scienza e diritto in perdurante attesa di disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1443 ss.

¹⁶⁷ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 266.

¹⁶⁸ V., sul punto, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 107: «l'avviso si prefigge 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 possono partecipare – unitamente ai difensori – agli accertamenti stessi».

neandosi come l'implicita volontà di pervenire ad una parziale assimilazione tra i due diversi istituti sia stata realizzata in modo inappropriato dal punto di vista terminologico, mediante un riferimento impropriamente limitato ai soli "accertamenti"¹⁶⁹.

In effetti, per ragioni di coerenza sistematica, ed in considerazione dell'eventuale convertibilità dell'accertamento tecnico irripetibile nell'incidente probatorio, si potrebbe ritenere che la sfera entro cui opera il consulente tecnico chiamato a svolgere l'accertamento *ex art.* 360 c.p.p. non debba essere meno ampia di quella normalmente afferente all'ambito peritale.

Venendo ora ad esaminare la concreta disciplina dell'accertamento tecnico non ripetibile, va ricordato che il consulente tecnico ha il dovere di comparire innanzi al magistrato e di svolgere l'incarico affidatogli, nonché di mantenere il segreto in ordine alle operazioni compiute; anche in questo caso non deve essere resa alcuna formale dichiarazione di impegno.

Il pubblico ministero è tenuto ad indicare al consulente l'oggetto dell'accertamento che deve essere espletato ed a fissare (laddove non sia possibile una risposta immediata da parte dell'esperto, stante la complessità dei quesiti) un termine per il compimento delle operazioni ed il deposito dell'eventuale relazione scritta. Il mancato rispetto di detto termine giustifica la sostituzione del consulente tecnico, che può comunque essere disposta anche per altre cause, in presenza del venir meno del rapporto fiduciario con il pubblico ministero¹⁷⁰.

È stato talora osservato come sotto l'etichetta di "accertamento tecnico", in virtù di quello che viene definito come un "gioco nominalistico", il codice in realtà abbia voluto dar vita ad un'ulteriore ipotesi di perizia¹⁷¹, o quantomeno ad un «vero e proprio surrogato della perizia»¹⁷², ad una «perizia "deformalizzata"»¹⁷³, disposta generalmente in presenza della necessità di effettuazione di accertamenti che non presentano un elevato livello di difficoltà¹⁷⁴; si è anche affermato che l'accertamento di cui all'art. 360 c.p.p. rappresenta in fondo «un caso di incidente probatorio sui generis»¹⁷⁵, una sorta di «incidente probatorio atipico»¹⁷⁶, o la «via di fuga» all'alternativa tra l'esple-

¹⁶⁹ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., pp. 150 e 151.

¹⁷⁰ V., in tal senso, L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359-360*, cit., pp. 191 e 192.

¹⁷¹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 240. Per una sottolineatura della «totale equiparazione tra perizia e accertamento tecnico non ripetibile» v. anche F. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 697. *Contra* P. DELL'ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, cit., c. 241 e 242.

¹⁷² G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 517.

¹⁷³ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 65.

¹⁷⁴ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Accertamento tecnico*, cit., p. 467, il quale rileva che «accertamenti tecnici non ripetibili potrebbero ad esempio essere le autopsie disposte a seguito di incidenti stradali, perizie balistiche o chimiche particolarmente semplici, perizie medico-legali sulle lesioni riportate dalla persona offesa, perizie sulle modalità tecniche di un omicidio colposo a seguito di incidente stradale, perizie sulla nocività di alimenti deteriorabili».

¹⁷⁵ E.N. LA ROCCA, *La prova delegata. Sez. I. L'incidente probatorio*, in AA.VV., *La prova penale*, vol. II, cit., p. 228.

¹⁷⁶ M. GALASSO, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991, p. 1142 ss.

tamento della perizia in sede di incidente probatorio e la perizia dibattimentale¹⁷⁷.

Le eventuali lacune nella previsione normativa dell'art. 360 possono essere colmate facendo ricorso, in via di applicazione analogica, al disposto degli artt. 220 ss. in tema di perizia¹⁷⁸, stante la corrispondenza funzionale con tale mezzo di prova¹⁷⁹. Conseguentemente anche rispetto all'accertamento tecnico non ripetibile deve ritenersi operante il divieto – fissato in relazione alla perizia dall'art. 220, comma 2, c.p.p. – concernente l'effettuazione di analisi volte a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'indagato ed in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche¹⁸⁰.

L'art. 360, comma 3, c.p.p., pur attribuendo ai difensori ed ai consulenti tecnici eventualmente nominati dalle controparti il «diritto di assistere all'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve», non prevede, a differenza di quanto disposto in relazione all'affidamento dell'incarico peritale, che per la formulazione dei quesiti il giudice debba sentire anche i consulenti tecnici ed i difensori presenti, né ipotizza che i consulenti tecnici della difesa possano indicare delle «specifiche indagini» da compiere nel corso dell'accertamento stesso; tuttavia va ugualmente riconosciuta detta possibilità, in analogia al dettato degli artt. 226, comma 2, e 230, comma 2, c.p.p. Un'impostazione più riduttiva del resto determinerebbe la quasi scontata conseguenza di indurre sempre gli indagati a formulare riserva di incidente probatorio¹⁸¹.

Sempre alla luce delle sovraesposte considerazioni l'esperto chiamato, mediante decreto del pubblico ministero¹⁸², all'effettuazione dell'accertamento tecnico non ripetibile può fare ricorso, così come stabilito in tema di perizia dall'art. 228, comma 2, c.p.p., a collaboratori e ad ausiliari per lo svolgimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti e valutazioni¹⁸³.

Viene parimenti giudicata applicabile a quest'ultimo la normativa prevista per il perito in tema di incapacità ed incompatibilità, nonché quella concernente le ipotesi di astensione e di ricusazione¹⁸⁴.

L'indagato, ricevuto l'avviso di cui all'art. 360, comma 1, c.p.p., volto ad informarlo della decisione da parte del pubblico ministero di procedere ad un accerta-

¹⁷⁷ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 61.

¹⁷⁸ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 160, nota 75; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 611.

¹⁷⁹ D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360 c.p.p.*, cit., p. 188; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 159; D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, cit., p. 267; F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 611.

¹⁸⁰ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 161, sottolinea che detto divieto «valendo per la perizia, deve valere anche rispetto all'atto che ne surroga gli effetti».

¹⁸¹ V., in tal senso, G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 517; analogamente, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 72 e 73.

¹⁸² Cfr. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 114: «in mancanza di esplicite indicazioni del legislatore, deve ritenersi che valga la regola generale in forza della quale i provvedimenti del pubblico ministero abbiano la forma del decreto».

¹⁸³ L. D'AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, cit., p. 192.

¹⁸⁴ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 384 e 385.

mento tecnico irripetibile, ha il diritto di esercitare quello che una parte della dottrina definisce come una sorta di “veto”¹⁸⁵ all’iniziativa del pubblico ministero, e di richiedere la conversione in incidente probatorio, onde fruire in tal modo delle maggiori garanzie connesse a questo meccanismo¹⁸⁶. In tal caso il pubblico ministero deve disporre, in base all’art. 360, comma 4, c.p.p., che non si proceda agli accertamenti «salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti».

Stante il richiamo all’art. 360 c.p.p. contenuto nell’art. 117 norme att. c.p.p., anche rispetto agli accertamenti tecnici modificativi dello stato dei luoghi, delle cose o delle persone l’indagato ha facoltà di formulare riserva di incidente probatorio¹⁸⁷.

Il “veto” espresso dalla parte risulta insuperabile, salvo che l’accertamento, qualora posposto anche per un brevissimo lasso di tempo, non possa più essere utilmente esperito, e cioè qualora «le cose, i luoghi o le persone oggetto dell’accertamento siano non solo suscettibili di modificazione, ma soggetti a mutamento o deterioramento tali che la dilazione temporale necessaria per disporre l’incidente probatorio renderebbe impossibile compiere successivamente gli accertamenti»¹⁸⁸. Infatti il pubblico ministero, nonostante la riserva di richiesta di incidente probatorio, può ritenere assolutamente indifferibile l’accertamento, reputando che solo la sua immediata effettuazione sia idonea a garantire la fruttuosità del risultato probatorio che si intende perseguire, altrimenti suscettibile di un’irrimediabile compromissione.

In presenza di una simile ipotesi il pubblico ministero peraltro potrebbe, almeno secondo una parte della dottrina, anche operare una scissione nell’ambito dell’accertamento che deve essere compiuto, considerandolo indifferibile per una sua parte ed ammettendo, per il resto, il ricorso all’incidente probatorio. Con riguardo all’autopsia il pubblico ministero sarebbe così legittimato, ad esempio, a disporre che il consulente si limiti alla descrizione esterna ed alla dissezione del cadavere, che costituiscono delle attività assolutamente indifferibili, riservando invece all’incidente probatorio le analisi di laboratorio e le valutazioni concernenti le cause della morte¹⁸⁹.

L’indifferibilità che può giustificare l’immediato ricorso all’accertamento tecnico deve consistere in una situazione di straordinaria impellenza, tale da non poter essere ovviata neppure mediante l’utilizzo del disposto dell’art. 400 c.p.p., volto ad autorizzare l’abbreviazione dei termini nelle ipotesi in cui l’incidente probatorio vada eseguito con urgenza.

¹⁸⁵ Cfr. L. D’AMBROSIO, *Sub artt. 359 e 360*, cit., p. 189; G. DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 517; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica*, cit., p. 138; G. NEPPI MODONA, *Accertamento tecnico*, cit., p. 468.

¹⁸⁶ C. GRILLI, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell’irripetibilità*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3104.

¹⁸⁷ M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 349; P. SAVIOTTI, *Sub art. 117 norme att. c.p.p.*, cit., p. 419.

¹⁸⁸ G. NEPPI MODONA, *Accertamento tecnico*, cit., p. 468.

¹⁸⁹ Per tale soluzione v., tra gli altri, F. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 612.

13. *La consulenza tecnica a favore della difesa*

Il consulente tecnico nominato dalle parti private nella fase delle indagini preliminari può contribuire a svolgere gli accertamenti necessari per rinvenire gli elementi atti a supportare le tesi di parte o a dimostrare l'insostenibilità di quelle accusatorie e per delineare le strategie difensive, onde conformarle alle risultanze tecnico-scientifiche; successivamente, in sede processuale, le memorie e l'esposizione orale del consulente contribuiscono alla cosiddetta "funzione perorativa", diretta a incidere sul convincimento del giudice sulla base di considerazioni "esperte"¹⁹⁰.

In presenza di contesti che richiedono un approfondimento legato a particolari competenze specialistiche in determinati ambiti della scienza o della tecnica la difesa risulterebbe monca in assenza del consulente¹⁹¹, il cui apporto si rivela in tali casi assolutamente indispensabile, permettendo di integrare l'attività del patrocinante con le specifiche conoscenze ricavabili da settori extragiuridici¹⁹².

In simili ipotesi il consulente deve essere ritenuto parte integrante dell'"ufficio di difesa" dell'imputato, come era stato evidenziato già molti decenni addietro dalla Corte costituzionale¹⁹³; il giudice delle leggi del resto, in una successiva pronuncia, ha affermato che ogni limitazione frapposta alla possibilità di avvalersi di tale esperto si risolverebbe in «una menomazione» al diritto stesso di difesa¹⁹⁴.

L'attuale codice si è mostrato pienamente consapevole in ordine alla rilevanza del ruolo riconoscibile al consulente tecnico della difesa e all'ampiezza del potenziale contributo che questi può offrire agli interessi della parte che lo ha nominato¹⁹⁵, tanto da indurre il giudice delle leggi a sostenere che risulta ormai definitivamente concluso il «processo di assimilazione della figura del consulente tecnico extraperitale a quella del difensore»¹⁹⁶, come comprovato dalla sussistenza di numerose disposizioni che equiparano le rispettive posizioni (pur nell'autonomia dei ruoli e nel permanere della differenziazione di fondo data dal fatto che all'obbligatorietà dell'assistenza del patrocinatore legale per l'imputato non corrisponde un'obbligatorietà nella nomina del consulente tecnico)¹⁹⁷.

¹⁹⁰ C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., p. 31.

¹⁹¹ Corte cost. 19 febbraio 1999, n. 33, cit., p. 251, ha osservato che l'attività dei consulenti va considerata «come aspetto essenziale dell'esercizio del diritto di difesa in relazione alle ipotesi in cui la decisione sulla responsabilità penale dell'imputato comporti lo svolgimento di indagini o l'acquisizione di dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche, secondo la formulazione dell'art. 220 c.p.p.».

¹⁹² C. CESARIS, *Consulenti tecnici, periti e testimoni: nuovi equivoci e vecchi sospetti*, in *Foro ambr.*, 1999, p. 326 ss.; V. MANZIONE, *Brevi note sulla presunta obbligatorietà della consulenza tecnica di parte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1257; M. ROSSI, *L'estromissione del consulente: riflessioni sul ruolo dell'esperto della difesa fuori dei casi di perizia*, *ivi*, 2010, p. 4244 ss.

¹⁹³ Corte cost. 4 luglio 1975, n. 199, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1681.

¹⁹⁴ Corte cost. 29 ottobre 1987, n. 345, in *Giur. cost.*, 1987, p. 2652.

¹⁹⁵ V. al riguardo le osservazioni di F. CORBI, *Il consulente tecnico nominato dal difensore nella perizia e in sede extra peritale*, in *Il nuovo rito penale (Atti del Convegno Nazionale di studio sul nuovo codice di procedura penale)*, Sanremo, 10-12 marzo 1989), Latina, 1989, p. 111 ss.

¹⁹⁶ Corte cost. 19 febbraio 1999, n. 33, cit., p. 254.

¹⁹⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, cit., p. 2790.

Potrebbe essere menzionato, come significativo esempio al riguardo, il secondo comma dell'art. 103 c.p.p. («*Garanzie di libertà del difensore*»), in base al quale le stesse tutele predisposte a favore dei difensori e degli investigatori privati vanno estese ai consulenti tecnici, essendo stato previsto che anche presso questi ultimi non si possa procedere al sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che essi costituiscano corpo del reato. A sua volta il successivo quinto comma della norma sovramenzionata vieta le intercettazioni relative alle conversazioni o comunicazioni non solo dei difensori e degli investigatori privati, ma anche dei consulenti tecnici.

Un'ulteriore conferma in tal senso, volta ad evidenziare questo processo di assimilazione, è offerta dall'art. 200, comma 1, lett. b), c.p.p.; detta norma, diretta a tutelare il segreto professionale, prevede che i consulenti tecnici, al pari degli avvocati e degli investigatori privati, non possano essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione della propria professione.

Questa omologazione si estende anche all'attribuzione di una serie di poteri coincidenti. Infatti, nell'ambito del titolo VI-*bis*, libro V, dedicato alle investigazioni difensive, il legislatore, all'art. 391-*bis*, comma 1, attribuisce non solo ai difensori, ma anche ai consulenti tecnici la possibilità di conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, ed all'art. 391-*sexies*, mediante un richiamo al predetto art. 391-*bis*, estende ai consulenti tecnici la possibilità, parimenti concessa ai difensori, di prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose, di procedere alla loro descrizione o di eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, riconfermando in tal modo «*la unitarietà dell'ufficio difensivo*»¹⁹⁸.

Lo stretto collegamento intercorrente tra il consulente tecnico, la parte che lo ha nominato ed il difensore non giustifica peraltro l'impostazione di chi, partendo dalla sottolineatura delle differenze intercorrenti invece tra il pubblico ministero ed il difensore, il cui compito non è quello di far emergere la "verità", ma di supportare il proprio assistito, giunge a sostenere, come già abbiamo accennato, che il consulente del pubblico ministero svolgerebbe una funzione "pubblicistica", mentre il consulente della difesa, essendo sciolto da ogni obbligo che non sia quello della fedeltà al cliente, e non perseguendo «*fini di verità ma solo di tutela del proprio assistito*»¹⁹⁹, vedrebbe inevitabilmente "declassata" la valenza probatoria delle sue conclusioni tecniche²⁰⁰. Tali affermazioni ricalcano in fondo quelle sviluppate all'epoca del codice previgente con riferimento alla consulenza tecnica peritale, ove proprio l'assimilazione dei consulenti ai difensori sembrava fornire un sostegno a soluzioni riduttive nei confronti del consulente, il cui contributo "di parte" veniva considerato subvalente rispetto a quello proveniente dal perito.

In realtà l'attuale normativa smentisce una simile conclusione, in quanto l'accostamento tra la figura del consulente tecnico nominato dall'imputato e quella del difensore evidenzia come ogni lesione alla possibilità di fare ricorso alla consulenza si traduca in un attacco al diritto di difesa, ma non induce a giustificare delle operazioni

¹⁹⁸ M. ROSSI, *L'estromissione del consulente*, cit., p. 4247.

¹⁹⁹ D. POTETTI, *Note in tema di consulente tecnico extraperitale*, cit., p. 292.

²⁰⁰ V., in tal senso, L. CREMONESI, *Natura giuridica e funzioni del consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., c. 241; D. POTETTI, *Note in tema di consulente tecnico extraperitale*, cit., p. 292.

di raffronto “in negativo” con la consulenza tecnica a favore del pubblico ministero o con la perizia.

Veniamo ora a chiarire chi possa svolgere le funzioni di consulente tecnico della difesa. Il legislatore non fornisce alcuna precisazione al riguardo; non è infatti stato ripetuto il disposto dell'art. 73 norme att. c.p.p., in base al quale, invece, in sede di scelta del consulente tecnico del pubblico ministero occorre privilegiare i soggetti iscritti negli albi dei periti. Pertanto, in assenza di indicazioni, si può semplicemente affermare che la materia appare «*improntata ad una logica pragmatista, essendo un preciso interesse della parte quello di scegliere consulenti qualificati e preparati*»²⁰¹.

La nomina del consulente va comunicata all'autorità giudiziaria solo qualora il consulente partecipi ad atti del procedimento o debba richiedere le autorizzazioni necessarie per l'espletamento di determinati accertamenti.

L'art. 233, comma 1-*bis*, c.p.p., inserito dall'art. 5, legge 7 dicembre 2000, n. 397, prevede che il giudice, su richiesta del difensore, possa autorizzare il consulente tecnico di una parte privata «*ad esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, ad intervenire alle ispezioni, ovvero ad esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto*»; prima dell'esercizio dell'azione penale detta autorizzazione è concedibile dal pubblico ministero.

Avverso il decreto che respinge la richiesta di autorizzazione il difensore può proporre opposizione, che viene decisa dal giudice all'esito di un procedimento in camera di consiglio, svolto nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p.

Contrariamente a quanto è stato sostenuto da una parte della dottrina²⁰², non pare condivisibile la tesi in base alla quale il giudice o il pubblico ministero potrebbero rifiutarsi di concedere l'autorizzazione affermando che il compimento di simili attività non richiede delle particolari conoscenze tecniche, scientifiche od artistiche, e dunque non impone la presenza di un consulente tecnico. Riteniamo infatti che la parte, dopo aver nominato il proprio consulente, sia libera di utilizzarlo secondo le modalità ritenute più opportune. Il giudice od il pubblico ministero, nel decidere in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'autorizzazione di cui all'art. 233, comma 1-*bis*, devono invece valutare se la presenza del consulente sulla scena del delitto possa compromettere la fruttuosità delle ulteriori indagini, alterando lo stato di conservazione dei beni sequestrati.

14. *L'attività svolta dai consulenti tecnici della difesa in relazione agli accertamenti non ripetibili, di cui all'art. 391-decies, comma 3, c.p.p.*

Per quanto concerne gli accertamenti tecnici irripetibili disposti dalla difesa, nel contesto delle investigazioni di cui all'art. 391-*decies* c.p.p., va ricordato che, antecedentemente all'approvazione della disciplina in tema di indagini difensive, contenuta nella legge 7 dicembre 2000, n. 397, qualora l'indagato avesse voluto evitare la dispersione di un possibile dato conoscitivo avrebbe necessariamente dovuto rivolgersi al pubblico ministero, sollecitandolo all'effettuazione di un accertamento tecnico ir-

²⁰¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 201.

²⁰² F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale*, cit., p. 102.

ripetibile, senza peraltro poter vantare alcun diritto a veder accolta detta richiesta.

Per effetto della riforma, il precedente “monopolio” del pubblico ministero in tema di accertamenti tecnici non ripetibili è invece venuto meno²⁰³.

In base all'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p. il difensore è tenuto a dare avviso, senza ritardo, al pubblico ministero della decisione di procedere a tali accertamenti; l'eventuale omissione al riguardo configura una nullità intermedia di cui agli artt. 178, lett. *b*) e 180 c.p.p., risultando violate le previsioni relative alla partecipazione del pubblico ministero agli atti ai quali ha diritto di presenziare²⁰⁴.

A differenza di quanto stabilito dall'art. 360 c.p.p. con riferimento agli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero, nell'ipotesi ora esaminata il legislatore non fissa a carico del difensore dell'indagato l'obbligo di avvisare anche la persona offesa dal reato e gli eventuali coindagati. Analogamente non è neppure previsto il dovere di avvertire il difensore dell'indagato, qualora gli accertamenti irripetibili siano svolti dal consulente tecnico della persona offesa²⁰⁵.

Questa lacuna è colmata, almeno parzialmente, dalla normativa deontologica²⁰⁶, volta ad imporre ai difensori di effettuare detti avvisi²⁰⁷.

Poiché l'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p. prevede che in caso di accertamenti non ripetibili esperiti dalla difesa il pubblico ministero possa esercitare le facoltà di cui all'art. 360 c.p.p., sia pur «*in quanto compatibili*», quest'ultimo va posto nelle stesse condizioni in cui si troverebbe il difensore nell'ipotesi inversa, e pertanto, tra l'altro, deve poter avanzare la riserva diretta alla formulazione della richiesta di incidente probatorio²⁰⁸.

Sotto questo aspetto non paiono sussistere delle particolari perplessità; ci si potrebbe semmai interrogare sulla possibilità per la difesa di procedere ugualmente, nonostante la richiesta di incidente probatorio, qualora essa ritenga sussistente una situazione speculare a quella presa in esame dall'art. 360, comma 4, ultima parte, c.p.p., concernente cioè l'ipotesi in cui gli accertamenti, laddove differiti, non potrebbero più essere utilmente compiuti. Non è agevole fornire una risposta a tale quesito. Da un lato la parificazione fra accusa e difesa sembrerebbe suggerire un'applicazione analogica dell'art. 360, comma 4, ultima parte, c.p.p., onde evitare un'asimmetria tra la situazione

²⁰³ M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 75.

²⁰⁴ P. VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, p. 118.

²⁰⁵ Cfr. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., pp. 21 e 92: «*il vuoto normativo assume connotati a dir poco paradossali, perché se un conto è l'estromissione della persona offesa o degli eventuali enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato (soggetti eventuali nel successivo passaggio alla fase processuale), l'incoerenza legislativa si realizza tutta nell'ipotesi in cui l'accertamento tecnico non ripetibile sia compiuto dalla persona offesa o dagli enti, perché in tal caso verrebbe estromesso dal contraddittorio il potenziale imputato che si troverebbe a dover subire i risultati di un accertamento svoltosi “clandestinamente”*».

²⁰⁶ A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 930, sottolinea peraltro l'insufficiente portata delle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi deontologici.

²⁰⁷ V., sul punto, L. SAPONARO, *La ricerca delle prove nelle indagini difensive*, in AA.VV., *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, vol. II, cit., p. 203.

²⁰⁸ Cfr. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 95.

del difensore e quella del pubblico ministero, tale da porre il patrocinante della parte privata in una posizione subalterna rispetto alle decisioni del pubblico ministero, col rischio, oltretutto, di veder disperdere degli importanti elementi probatori. In questo modo il difensore potrebbe far esperire gli accertamenti, in caso di effettiva indifferibilità, nonostante la riserva formulata dal pubblico ministero²⁰⁹; laddove peraltro essi venissero disposti in mancanza di un simile presupposto i risultati così acquisiti non sarebbero utilizzabili, in conformità alla previsione dell'art. 360, comma 5, c.p.p.

In senso contrario a detta soluzione si sostiene invece che in presenza della riserva da parte del pubblico ministero di richiesta di incidente probatorio il difensore non può mai superare tale ostacolo onde procedere all'accertamento tecnico, ritenuto indifferibile²¹⁰. Partendo dalla premessa in base alla quale la parificazione tra pubblico ministero ed imputato non necessariamente si traduce in un'assoluta corrispondenza di poteri, dovendo invece essere interpretata secondo un criterio di adeguatezza volto a tener conto della diversa natura degli interessi rispettivamente perseguiti dalla parte pubblica e da quella privata²¹¹, viene osservato come nel caso in esame non sia possibile porre sullo stesso piano l'imputato ed il pubblico ministero.

Questa tesi, volta a negare al difensore la possibilità di procedere ugualmente all'accertamento tecnico, stante la sua assoluta indifferibilità, in presenza della riserva di incidente probatorio formulata dal pubblico ministero, determina peraltro delle conseguenze negative estremamente gravi, consistenti nella possibile perdita di preziosi dati conoscitivi a favore della difesa.

Allo scopo di pervenire ad un'impostazione equilibrata, che scongiuri detto pericolo permettendo al contempo al pubblico ministero di tutelare gli interessi pubblici dei quali è portatore, è stato sottolineato che, laddove il difensore proceda all'accertamento nonostante la riserva di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero, quest'ultimo dovrebbe comunque poter effettuare un proprio autonomo accertamento tecnico «*avente il medesimo oggetto di quello disposto dalla difesa*»²¹². Tale soluzione impone peraltro di affrontare un ulteriore problema, di carattere più generale, legato «*all'eventualità che le parti ... decidano di attivarsi per effettuare un accertamento tecnico non ripetibile avente lo stesso oggetto*»²¹³. Si è infatti rilevato che qualora il pubblico ministero decida di esperire un accertamento tecnico non ripetibile contestualmente a quello disposto dalla difesa, il difensore «*pur mantenendo integro (in teoria) il proprio potere di accesso e di espletamento*

²⁰⁹ Si esprimono a favore di detta tesi A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato*, cit., pp. 927 e 928; P. GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 16, p. 37; P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, p. 263; G. NICOLUCCI, *Appunti per la redazione di un primo bilancio sulle indagini difensive*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1410; G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 361; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 117.

²¹⁰ Cfr. F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., pp. 147 e 148; parimenti, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, p. 368. In senso maggiormente articolato v. invece P. TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1464, secondo cui peraltro «*appare arduo affermare che la difesa possa superare la volontà della parte pubblica di procedere chiedendo una perizia in incidente probatorio*».

²¹¹ N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 368.

²¹² P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 117.

²¹³ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 97.

degli accertamenti, di fatto se lo troverebbe svuotato, in quanto esso sarebbe condizionato dalle iniziative adottate dagli organi inquirenti pubblici»²¹⁴.

Una simile considerazione evidenzia la lacunosità della previsione normativa configurata dall'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p.

Circa l'utilizzabilità degli accertamenti tecnici irripetibili, all'esito del successivo giudizio dibattimentale, va ricordato come, nell'ipotesi in cui sia stata richiesto l'esame dibattimentale dell'esperto che ha effettuato l'accertamento tecnico, debba trovare applicazione, in via analogica, la disciplina delineata dall'art. 511, comma 3, c.p.p., in base alla quale la lettura della relazione può essere disposta solo dopo l'esame dell'esperto²¹⁵.

15. *L'assistenza dei consulenti tecnici alle operazioni di revisione delle analisi di campioni, previste dall'art. 223 norme coord. c.p.p.*

L'art. 223 norme coord. c.p.p., in tema di analisi di campioni²¹⁶, prevede la possibilità di nomina di un consulente tecnico con riferimento ad entrambe le situazioni da esso delineate, verificabili nel corso di attività ispettive o di vigilanza, concernenti, rispettivamente, le analisi non soggette a revisione²¹⁷ e gli accertamenti in relazione ai quali leggi o decreti delineano invece detta possibilità²¹⁸.

Per quanto riguarda la prima fra le due ipotesi configurate, presa in esame dall'art. 223, comma 1, norme coord. c.p.p., il consulente tecnico in tal caso è chiamato a prestare la propria assistenza in un contesto "amministrativo"²¹⁹ (infatti ci si

²¹⁴ P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 191.

²¹⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 298; sul punto v. inoltre G. 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, p. 333.

²¹⁶ Per un'analisi di detta norma, v. G. BELLANTONI, *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 745; A. MACCHIA, *Sub art. 223 norme coord. c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, vol. II, cit., p. 117.

²¹⁷ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 440, nota 147, rileva che la nozione di revisione accolta dall'art. 223 disp. coord. c.p.p. va intesa «in senso materiale, come ripetizione tout court delle attività di analisi, comprensive e delle operazioni fisico-chimiche di verifica delle sostanze campionate e della successiva critica dei risultati ottenuti». Come osservato da F.V. SORRENTINO, *Sull'incostituzionalità «latente» dell'art. 223 norme di coordinamento c.p.p. 1988*, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 999, la dizione «analisi di campioni per le quali non è prevista la revisione», di cui all'art. 223, comma 1, norme coord. c.p.p. deve «essere interpretata nel senso che essa include anche (o esclusivamente) l'ipotesi di "analisi di campioni per le quali non è possibile, per la deteriorabilità del campione medesimo, la revisione", ancorché questa sia prevista». Per analoghe osservazioni, v. A. MACCHIA, *Art. 223 norme att. c.p.p.*, cit., p. 120.

²¹⁸ In ordine a tale distinzione da parte del legislatore v., in particolare, G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 428 ss.

²¹⁹ Cfr. G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 126. A sua volta R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 164, sottolinea la sussistenza di «una fase formalmente e sostanzialmente amministrativa»; negli stessi termini N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 398. Su questa tematica v. inoltre N. FURIN, *Prelievi, campionamenti ed analisi utilizzabili ai sensi dell'art. 223 disp. att. c.p.p.: una prerogativa di quali organi?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 204 ss.

può avvalere della procedura in esame solo qualora nella fase del prelievo non emergano indizi di reato, giacché altrimenti dovrebbe essere rispettato il disposto dell'art. 220 norme att. c.p.p., volto ad imporre che gli atti necessari per assicurare le fonti di prova siano compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale)²²⁰, in relazione al quale peraltro vengono anticipate quelle che sono vere e proprie garanzie giurisdizionali²²¹, e ciò in quanto gli elementi raccolti in tale fase possono poi essere utilizzati in relazione ad un eventuale procedimento²²².

Le analisi non soggette a revisione appaiono del resto caratterizzate da una «sostanziale affinità sotto il profilo naturalistico ed effettuale» con gli accertamenti tecnici irripetibili di cui all'art. 360 c.p.p.²²³. Sotto questo aspetto è stato osservato che i risultati di dette attività, pur rientrando nell'ambito di un procedimento formalmente qualificato come amministrativo, dal punto di vista del processo penale assumono «un valore probatorio del tutto parificabile nella sostanza alle risultanze di un incidente probatorio o di un accertamento tecnico irripetibile»²²⁴. Oltretutto, l'analisi dei campioni costituisce spesso «l'unico o comunque il più importante elemento probatorio a disposizione»²²⁵, anche perché la rapida deteriorabilità dei materiali campionati non permetterebbe una successiva perizia in ambito processuale²²⁶.

Proprio per questo il legislatore prevede delle ben precise garanzie a favore degli interessati²²⁷, ai quali deve essere dato avviso, anche in forma orale, del giorno, dell'ora e del luogo in cui verranno svolte le analisi, affinché possano presenziare, personalmente o mediante una persona di fiducia, alla loro effettuazione, «eventualmente con l'assistenza di un consulente tecnico».

²²⁰ V., al riguardo, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 163 ss.; G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, p. 113, nota 15.

²²¹ Cfr. A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica*, cit., p. 184. Peraltro, come puntualizzato da G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 131, sebbene dette analisi vengano sostanzialmente equiparate, quanto alla disciplina normativa, agli accertamenti tecnici di cui all'art. 360 c.p.p., non sembra comunque esperibile la riserva di incidente probatorio, in quanto «si è ancora fuori della fase delle indagini preliminari. Pare dunque difficilmente ipotizzabile la riserva di promuovere un incidente probatorio, quando ancora non si ha la certezza dell'avvio di un procedimento all'interno del quale l'incidente potrebbe svolgersi». A sua volta A. MACCHIA, *Art. 223 norme att.*, cit., pp. 116 e 117, evidenzia che «la previsione di specifiche garanzie difensive, ancorché anticipate ad una attività non inquadrabile nella fase delle indagini preliminari, non per questo genera una correlativa anticipazione di quella fase, trasfigurando un'attività che resta pur sempre caratterizzata dall'esercizio di una funzione "ispettiva o di vigilanza"».

²²² Cfr. G. BELLANTONI, *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, cit., pp. 745 e 746.

²²³ Cfr. R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 297. L'analogia è ulteriormente sottolineata da A. MACCHIA, *Sub art. 223 norme coord.*, cit., pp. 132 e 133.

²²⁴ Cfr. N. FURIN, *Prelievi, campionamenti ed analisi*, cit., pp. 206-207.

²²⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Sub art. 223 norme coord.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1990, p. 121.

²²⁶ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Art. 223 norme coord.*, cit., p. 121.

²²⁷ V. al riguardo, L. RAMACCI, *Brevi osservazioni in tema di analisi di campioni e garanzie difensive*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 1083 ss.

In realtà, più che la presenza fisica dell'interessato o di una persona di sua fiducia si può rivelare fondamentale in tal caso l'ausilio del consulente tecnico²²⁸, in possesso di competenze tecniche atte a garantire un adeguato controllo. Proprio a tal fine, il legislatore ha previsto in questo particolare contesto la possibilità di assistenza di un esperto, dotato dei poteri previsti dall'art. 230 c.p.p.

Per quanto concerne il numero dei consulenti che possono essere nominati al fine di controllare la fase di campionatura, il dettato letterale sembrerebbe escludere un'eventuale pluralità di esperti, in quanto l'art. 223, comma 1, disp. coord. c.p.p. fa riferimento all'assistenza di «*un consulente tecnico*»; deve tuttavia privilegiarsi una soluzione volta a recepire, in via analogica, l'impostazione accolta dagli artt. 225, comma 1 e 229, comma 2, c.p.p., atta a consentire la nomina di più consulenti²²⁹.

Bisogna rilevare che il legislatore si occupa della fase di verifica dei campioni, permettendo che in relazione ad essa il consulente tecnico possa espletare la sua attività di assistenza, ma tace in ordine alle operazioni di prelievo e di campionatura, che costituiscono un presupposto necessario delle successive analisi e non possono certo essere considerate delle attività meramente "neutre", in quanto talora il prelievo e la campionatura presuppongono la necessità di effettuare ben precise (e magari opinabili) scelte operative²³⁰.

La dottrina ha conseguentemente censurato una tale omissione, che impedisce di operare un effettivo controllo volto a garantire la correttezza dei prelievi²³¹. Si è rilevato criticamente come in tal modo non si sia tenuto conto dello strettissimo legame strutturale e funzionale intercorrente tra la fase del prelievo e quella delle successive analisi²³², e sia stata sottovalutata la complessità di questa fase iniziale nonché il particolare rilievo che deve esserle attribuito, avendo essa «*una importanza forse ancora maggiore di quella delle analisi, posto che risulta praticamente impossibile – nel prosieguo delle indagini – riprodurre fedelmente le circostanze temporali e di fatto, nonché le*

²²⁸ V., sul punto, N. FURIN, *Prelievi, campionamenti ed analisi*, cit., p. 181 ss.

²²⁹ G. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, cit., p. 433.

²³⁰ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 238.

²³¹ Cfr. G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 128: «*Il legislatore del 1989 ... non ha prescritto alcuna disciplina specificamente riferentesi alla fase del campionamento ... voluta o casuale che sia tale omissione, essa non può che apparire una grave lacuna: l'attività di prelievo non rientra infatti nella previsione dell'art. 220 norme coord. c.p.p., essendo antecedente all'insorgere degli indizi di reità, né in quella dell'art. 223 norme coord. c.p.p. dovendosi altrimenti estendere l'obbligo di preavviso anche ad una attività che invece deve essere necessariamente compiuta "a sorpresa"*»; per ulteriori rilievi critici, v. G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 115.

²³² N. FURIN-L. TEDESCHI, *Garanzie di difesa tra attività amministrative di vigilanza e attività investigative di polizia giudiziaria in materia di igiene e sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1520, evidenziano che la sussistenza di detto legame «*non consente ... di considerare le due attività in questione separatamente, riservando ad esse diverse discipline, bensì impone di interpretarle alla stregua di due momenti di un'unica operazione tecnica complessa, soggetti in tutto e per tutto alle medesime regole, anche e a maggior ragione per ciò che attiene ai diritti di difesa da garantire durante il loro espletamento. Anzi, a ben vedere l'esigenza di garantire al privato coinvolto nell'attività di controllo un ... contraddittorio appare talvolta più concreta ed attuale in occasione delle operazioni di prelievo. È il prelievo, infatti, che condiziona inevitabilmente gli esiti delle successive analisi chimiche e che pertanto è in grado di influire in maniera determinante sull'insorgenza o meno di indizi di reato a carico della persona coinvolta nell'attività di vigilanza*».

*modalità tecniche di effettuazione dei pregressi prelievi*²³³.

Ai sensi dell'art. 223, comma 2, norme coord. c.p.p. laddove sia invece prevista la revisione delle analisi e questa sia richiesta dall'interessato, alle operazioni di revisione può essere presente l'interessato stesso ed il suo difensore «con l'assistenza eventuale di un consulente tecnico», a cui anche in tal caso il legislatore attribuisce i poteri previsti dall'art. 230 c.p.p.

In detta ipotesi viene dunque configurata una prima fase di analisi alla quale può far seguito, previa apposita domanda in tal senso, un'ulteriore procedura garantita di controllo. Va osservato che il meccanismo delineato dal legislatore rende poco probabile la presenza del consulente del pubblico ministero, che invece potrebbe svolgere un'attività significativa al fine di evidenziare la correttezza della prima analisi. Infatti l'art. 223, comma 2, pur prevedendo che debba essere dato avviso delle operazioni di revisione, almeno tre giorni prima della data in cui verranno effettuate, limita tale obbligo di avviso al solo «interessato» e al «difensore eventualmente nominato». Conseguentemente risulta difficilmente ipotizzabile che il pubblico ministero venga a conoscenza di tale attività di revisione, e possa conseguentemente provvedere alla nomina di un consulente tecnico²³⁴.

16. *Il diritto delle parti private ad essere assistite da un consulente tecnico a spese dello Stato*

In passato i soggetti meno abbienti vedevano fortemente compresso il diritto a nominare propri consulenti tecnici, a causa dei gravosi oneri economici derivanti da tale incumbente, incompatibili con la limitatezza dei loro mezzi finanziari. Al riguardo si è assistito ad un graduale processo evolutivo. Dapprima la già citata sent. n. 33/1999 dichiarò l'illegittimità, per violazione dell'art. 24, commi 2 e 3, Cost., dell'art. 4, comma 2, legge 30 luglio 1990, n. 217, nella parte in cui limitava l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato alla sola consulenza tecnica peritale, escludendo invece quella extraperitale. La Corte costituzionale accolse i rilievi del giudice *a quo*, che aveva sottolineato come tale disposizione, verosimilmente dettata da esigenze di bilancio dello Stato²³⁵, violasse il secondo ed il terzo comma dell'art. 24 Cost., impedendo ai cittadini in condizioni economicamente disagiate di avvalersi dell'opera di un consulente di parte al fine di sviluppare, mediante eventuali considerazioni specialistiche di carattere tecnico, scientifico od artistico, la propria linea defensionale, con conseguente possibile compromissione anche dell'art. 3 Cost., stante l'ingiustificata disparità di trattamento sussistente non solo fra gli imputati abbienti e quelli non abbienti ma anche tra gli imputati ammessi al patrocinio a spese dello Stato che potevano fruire della consulenza tecnica

²³³ Cfr. G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, cit., p. 191. Analogamente, N. FURIN, *Prelievi, campionamenti ed analisi*, cit., p. 205, sottolinea «l'indiscutibile contenuto tecnico che caratterizza pure le operazioni di prelievo e di campionamento, da molti considerate ancora più complesse e delicate rispetto a quelle analitiche». A sua volta R. ORLANDI, *L'efficacia probatoria di atti e informazioni amministrative nel processo penale*, Bologna, 1990, p. 215, afferma che l'attività di prelievo «si risolve quasi sempre in un'operazione che plasma – nel vero senso della parola – l'oggetto della successiva analisi».

²³⁴ Per tali rilievi critici, v. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 87.

²³⁵ V., in tal senso, R.E. KOSTORIS, *Consulente tecnico extraperitale e gratuito patrocinio*, cit., p. 2789.

qualora fosse stata disposta dal giudice una perizia e gli imputati, parimenti ammessi al patrocinio a spese dello Stato, che non potevano invece ricorrere, se non a proprie spese, al consulente nelle ipotesi in cui tale perizia non fosse stata disposta, e tuttavia risultasse opportuno il ricorso alla consulenza tecnica (extraperitale).

La pronuncia n. 33/1999, nell'eliminare un ostacolo che limitava, almeno di fatto, la possibilità per l'imputato di avvalersi del consulente tecnico anche laddove emergesse l'utilità dell'ausilio di un esperto, si pose conseguentemente nel solco dell'impostazione tracciata dalla pronuncia n. 354/1987, volta a rimarcare come ogni compressione nei confronti di tale possibilità, con riferimento alla posizione dell'imputato, finisca inevitabilmente per tradursi in un'ingiustificata violazione del diritto di difesa. Nel dichiarare la parziale illegittimità della normativa sul patrocinio a spese dello Stato, la Corte osservò come in base alla previsione legislativa sottoposta al suo vaglio in caso di mancata nomina di un perito l'imputato privo di mezzi non avrebbe potuto giovare dell'assistenza di un consulente (in quanto l'intervento economico di sostegno, previsto da detta legge, era limitato alla sola consulenza peritale) «*neppure in circostanze estreme nelle quali essa apparisse essenziale e non meno decisiva, per l'effettività della difesa, dell'apporto professionale dell'avvocato*». Rilevando che l'ausilio prestato dal consulente di parte inerisce all'esercizio del diritto di difesa, il giudice delle leggi concluse nel senso che «*privarne il non abbiente significa negargli il diritto di difendersi in un aspetto essenziale*».

La legge 29 marzo 2001, n. 134, intervenne finalmente in senso modificativo sulla legge n. 134/1990, mediante l'introduzione di un art. 9-bis diretto a recepire le conclusioni della Corte costituzionale circa l'applicabilità delle disposizioni sul patrocinio per i non abbienti anche alla consulenza tecnica extraperitale.

In base all'art. 102, d.P.R. n. 115/2002 venne poi ulteriormente ribadito il diritto, a favore dei soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato, a nominare, a spese dello Stato, un consulente tecnico, purché individuato nell'ambito degli esperti residenti «*nel distretto di corte d'appello nel quale pende il processo*».

Peraltro tale impostazione risultava gravemente limitativa in quanto, con riferimento a tematiche caratterizzate da un altissimo tasso di specializzazione, non sempre appariva possibile reperire in un ambito territoriale tutto sommato ristretto dei soggetti dotati delle necessarie conoscenze specialistiche²³⁶. Tenendo conto di tale criticità, il legislatore ha successivamente modificato, in virtù dell'art. 5, legge 24 febbraio 2005, n. 25, il predetto art. 102, d.P.R. n. 115/2002, ammettendo la nomina del consulente tecnico a spese dello Stato anche al di fuori del distretto di Corte d'Appello nel quale pende il processo²³⁷. Per non gravare eccessivamente sulle spese statali, è stato tuttavia previsto che «*in tal caso non sono dovute le spese e le indennità di trasferta previste dalle tariffe professionali*».

Va comunque osservato che gli elevati costi economici della consulenza tecnica la rendono «*di non facile, se non impossibile fruibilità*»²³⁸ per le parti private non rientranti nei limiti reddituali quasi irrilevanti previsti dal legislatore come presupposto per il diritto al gratuito patrocinio.

²³⁶ Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 277.

²³⁷ V., sul punto, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 307.

²³⁸ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 308.