

Indagini preliminari – Accertamenti tecnici non ripetibili

La decisione

Indagini preliminari – Accertamento tecnico non ripetibile – Riserva di promuovere incidente probatorio – Rinvibilità dell'accertamento – Inutilizzabilità dei risultati dell'accertamento tecnico non ripetibile (C.p.p., art. 360)

Qualora il pubblico ministero intenda procedere ad accertamento tecnico non ripetibile che non goda del presupposto della non rinvibilità, a fronte della riserva di promuovere incidente probatorio esercitata dall'indagato, i risultati dell'accertamento sono inutilizzabili.

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 24 ottobre 2013 (p.u. 24 settembre 2013) – DUBOLINO, *Presidente* – PISTORELLI, *Relatore* – SALZANO, *P.M.* (parz. conf.) – Fasano ed altri, ricorrenti

Il commento

Gli accertamenti tecnici tra non ripetibilità e non rinvibilità

1. La sentenza annotata offre l'occasione, grazie alla ortodossa interpretazione offerta dalla Cassazione, per avvalorare un aspetto già sottolineato in letteratura [cfr., ad esempio, GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici non ripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, p. 37], ma scarsamente sviluppato nel diritto positivo.

Eppure questo profilo assume una forte rilevanza pratica, soprattutto oggi-giorno che i processi si giocano spesso sulla cristallizzazione degli elementi presenti sulla scena del crimine (per un completo inquadramento del tema v. il recente volume curato da CURTOTTI, SARAVO, *Manuale delle investigazioni sulla scienza del crimine. Norme, tecniche, scienze*, Torino, 2013). Proprio in quest'ottica si connota di forza nuova un istituto spesso ritenuto, a torto, di scarsa rilevanza poiché nell'ottica del legislatore doveva servire per semplificare accertamenti di facile risoluzione (Rel. prog. prel. c.p.p., 91). Ecco la ragione per cui ad un corredo regolamentare ampio, per taluni aspetti la norma difetta di coordinate precise volte a orientare correttamente l'interprete e ad evitare che scivoli verso derive antigarantistiche.

È il caso della riserva di promuovere incidente probatorio – che costituisce uno degli aspetti della decisione in discorso – ma anche dell'impalpabile con-

retto di irripetibilità che, in un'ortodossa interpretazione semantica, amplia a dismisura la latitudine applicativa dell'istituto, soprattutto laddove l'imputato (ma anche il p.m. nell'ipotesi degli accertamenti della difesa *ex art. 391 decies*, co. 3 e 4, c.p.p.) manifesti la volontà di avvalersi del più garantito istituto dell'incidente probatorio.

Aspetto quest'ultimo che apre ad una serie di problematiche non sviluppabili in questa sede per cui si rimanda ad un nostro precedente studio (GIUNCHE-
DI, *Gli accertamenti tecnici*, cit., p. 157) ove si offrono delle soluzioni tese ad aumentare la cifra di garanzia che deve connotare l'acquisizione di dati gno-seologici potenzialmente depauperabili i quali "soffrono" l'unilateralità dell'acquisizione. È questa la ragione per cui si suggerisce di approdare ad un nuovo *modus* di approccio al dato tecnico da acquisire nel corso delle indagini e cioè nelle forme dell'incidente probatorio in forma accelerata come prevede l'art. 400 c.p.p. Solo in tal modo si potrà preservare un accertamento che risente del minor tasso di contraddittorio tecnico, posta l'innegabile differenza tra quanto avviene nella perizia, ove il giudice formula i quesiti dopo aver sentito le parti ed i loro consulenti, rispetto all'accertamento *ex art. 360 c.p.p.* che limita ad un ruolo di convidato di pietra il soggetto ed il proprio consulente, i quali "subiscono" le coordinate operative imposte da colui che ha attivato l'accertamento tecnico.

Ed è sulla scorta di questi aspetti che occorre riconoscere grande merito alla sentenza annotata, pregevole nella parte in cui specifica la diversità di situazioni che emergono da ipotesi di mera non ripetibilità, che non dovrebbero risentire del fattore tempo, da quelle di non rinviabilità, ove la necessità di operare celermente costituisce il presupposto per abdicare alle maggiori garanzie offerte dall'incidente probatorio.

2. La vicenda sottesa alla pronuncia della Cassazione parte da un'articolata questione di rilievo amministrativo, sfociata in un'appendice penale, la quale, per quanto attiene agli aspetti che rilevano in questa sede, si fonda sui risultati di accertamenti tecnici non ripetibili.

Nello specifico la difesa dei ricorrenti lamentava l'inutilizzabilità dei risultati degli accertamenti effettuati ai sensi dell'art. 360 c.p.p. nonostante la difesa avesse formulato riserva di promuovere incidente probatorio come previsto dal co. 4 dello stesso articolo.

Il titolare delle indagini, però, aveva ritenuto la necessità di procedere con urgenza nell'impossibilità di poter attendere i più lunghi tempi di cui abbisogna l'incidente probatorio. Per la Corte di cassazione, però, «*l'irripetibilità dell'accertamento – intesa come non rinnovabilità dello stesso – deve accompagnarsi ad un'effettiva esigenza di non rinviarne l'esecuzione, la quale può*

essere a sua volta determinata tanto dalla natura dell'accertamento medesimo o del suo oggetto, quanto dalla stessa necessità di sviluppare l'investigazione». Ed è chiaro che su questo aspetto rileva la motivazione offerta circa l'impossibilità di poter eseguire utilmente l'accertamento in un tempo successivo con le medesime prospettive di risultato. Spiegano i giudici di legittimità: *«In tal senso è innanzi tutto da escludere, infatti, l'oggettiva ineluttabilità della modificazione dello stato dei luoghi assunta dal pubblico ministero a giustificazione della sua decisione, atteso che egli aveva il potere di prevenirla provvedendo – come perverso invano sollecitato dalle difese – al sequestro probatorio dell'area, garantendo, come suo dovere, le tracce del reato. Ma anche a prescindere da ciò, alcuna spiegazione è stata fornita dallo stesso pubblico ministero...».* Ciò dimostra che il p.m. poteva attendere la determinazione degli indagati nel promuovere l'incidente probatorio, semmai adottando le cautele necessarie per evitare che venissero arrecati pregiudizi all'accertamento da effettuare.

È questa la ragione per cui, in ottemperanza al tenore dell'art. 360, co. 5, c.p.p., la Suprema Corte ha ritenuto inutilizzabili i risultati degli accertamenti non sussistendo i presupposti affinché il p.m. procedesse incurante della riserva formulata dagli indagati.

3. I concetti emergenti dalla decisione appaiono chiari e rispettosi del principio dell'effettività del contraddittorio (tecnico). Su quest'aspetto si rendono necessarie alcune riflessioni.

Nonostante il legislatore si sia premurato di stabilire le modalità di instaurazione del contraddittorio, della formulazione di riserva di promuovere l'incidente probatorio e le ricadute sul piano dell'utilizzabilità dei risultati degli accertamenti ha, invece, trascurato di dettare un'apposita disciplina relativa al conferimento dell'incarico che costituisce la premessa per le successive considerazioni. Proprio da questa lacuna emergono una serie di perplessità che non possono essere superate mediante l'integrazione con la disciplina prevista per la perizia, poiché, un conto, è parlare di un atto gestito da un organo terzo ed imparziale ed altro di atto unilaterale nella gestione da parte di un soggetto destinato a divenire parte processuale e, quindi, portatore di un interesse.

L'opinione maggioritaria ritiene estensibile all'istituto degli accertamenti non ripetibili l'intera normativa prevista per la perizia e quindi anche quella in tema di astensione, ricsuzione e sostituzione del consulente (artt. 223 e 231 c.p.p.), di regole per il conferimento dell'incarico e per la formulazione dei quesiti (art. 226); di nullità degli accertamenti tecnici (art. 222) anche sulla scorta di una forte fungibilità fra i due istituti che troverebbe conferma nella

disposizione di attuazione del codice di rito in relazione all'opzione offerta al p.m., qualora sorga sospetto di reato in relazione alla morte di una persona, di procedere o con accertamento tecnico non ripetibile o con incidente probatorio (art. 116 disp. att. c.p.p.).

Sulla piena estensibilità della disciplina prevista per la perizia vi sono non poche riserve in considerazione dell'unilateralità dell'incarico che sembra lasciare poco spazio alle iniziative dei soggetti passivi dell'accertamento, senza, cioè, che possano interloquire con un soggetto terzo ed imparziale quale il giudice (SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, 142); anzi, potrebbe divenire controproducente sotto il profilo strategico una forte presa di posizione verso un determinato approfondimento tecnico in quanto tendente a svelare la debolezza o gli interstizi in cui ci si vuole incuneare. Ecco, pertanto, che risulta preferibile ritenere che solo parzialmente si possa attingere alla disciplina prevista dagli artt. 220 ss. c.p.p. (KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, p. 157), nonostante il principio di parità delle parti porti a ritenere che ai consulenti possano essere estese le facoltà dettate dagli artt. 226, co. 2, e 230, co. 2, c.p.p. e, quindi accordare un ruolo attivo ai consulenti dell'antagonista (per tutti DEAN, voce *Consulenza tecnica*, in *Dig. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 517).

Un meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale nella formazione della prova, è rappresentato dalla riserva di incidente probatorio che crea una serie di problemi interpretativi, soprattutto in funzione della mancanza dell'obbligo successivo di attivarsi nelle forme di cui all'art. 392 ss. c.p.p.

Sicuramente la riserva in discorso assume un ruolo nevralgico nel contesto dell'istituto degli accertamenti non ripetibili. Non a caso le conseguenti letture offerte dalla giurisprudenza ritengono che la possibilità in capo all'indagato di opporsi all'accertamento – che, in forza del combinato disposto degli artt. 61 e 99 c.p.p., si estende anche al difensore – configuri, in caso di mancato esercizio della facoltà prevista dal co. 4, un'adesione alla scelta del p.m., indipendentemente dalla sussistenza del requisito dell'indifferibilità (Cass., Sez. II, 11 novembre 2010, P., in *Mass. Uff.*, n. 249222; Id., Sez. IV, 10 dicembre 1993, Mingione, *ivi*, n. 197731), e quindi i risultati siano legittimamente utilizzabili dal giudice di merito per la decisione.

Ciò, però, non equivale a condividere anche la valutazione sui contenuti e sui risultati dell'accertamento (Cass., Sez. IV, 12 aprile 2000, Pecorale, in *Cass. pen.*, 2001, 2420; Id., Sez. I, 21 dicembre 1996, Bellingheri, in *Mass. Uff.*, n. 204060; Id., Sez. I, 4 maggio 1995, Mellei, in *Cass. pen.*, 1998, 3711; Id., Sez. VI, 30 settembre 1993, Oliverio, *ivi*, 1995, 324).

Giurisprudenza risalente ha offerto un diverso peso alla erronea supposizione

del p.m. circa la non rinviabilità dell'atto in relazione alla formulazione della riserva di promuovere l'incidente probatorio: in caso positivo (e cioè che, nonostante il veto espresso, il p.m. abbia ugualmente proceduto nell'accertamento) i risultati dell'accertamento sarebbero totalmente inutilizzabili, quindi non allegabili al fascicolo del dibattimento, nemmeno utilizzando la testimonianza dibattimentale del consulente che assurgerebbe al rango di prova vietata e quindi da escludere *ex art.* 468, co. 2, c.p.p. (Cass., Sez. I, 27 febbraio 1990, Panico, in GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Torino, 1994, p. 72); in caso negativo (vale a dire quando l'indagato abbia aderito alla scelta del p.m.) sorge l'impossibilità di acquisire al fascicolo del dibattimento i risultati dell'accertamento, nonostante la possibilità di recuperarli mediante l'esame del consulente o, dopo l'esame di questo, mediante la lettura. Un dato è comunque certo: il decreto motivato del p.m. che, nonostante la riserva di incidente probatorio, decida ugualmente di procedere non è impugnabile (Cass., Sez. I, 20 settembre 1993, Cordì, in GUARINIELLO, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., p. 76), dovendo piuttosto giocarsi la questione sul piano dell'utilizzabilità.

L'aspetto - specificamente affrontato dalla Cassazione nel caso in esame - che desta particolari problemi all'interprete sono le vicende successive all'esercizio della facoltà prevista dal co. 4 dell'art. 360, vale a dire la valutazione effettuata dal p.m. di procedere ugualmente all'accertamento tecnico e l'ipotesi contraria in cui non proceda in siffatti termini. In quest'ultimo caso, ci si è domandati se vi sia un obbligo per il difensore di attivarsi con l'incidente probatorio e se debba farlo in un determinato arco temporale. Se, infatti, vi è la disponibilità del rito in capo all'indagato, ma non è prevista una disciplina tale da regolare il potere di veto, è alquanto palese l'eventualità che si consumino abusi in considerazione dell'indeterminatezza della norma (questione affrontata da Corte cost., n. 243 del 2009).

Il veto espresso dall'indagato, sembra doversi far rientrare nel potere di disponibilità degli strumenti processuali in capo alle parti del processo: a fronte di una riserva non sciolta da parte dell'indagato, il p.m. potrà procedere ugualmente nell'accertamento specificando la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accertamento, accollandosi il rischio che questi non vengano giudicati allo stesso modo, oppure attivandosi egli stesso con la richiesta di incidente probatorio, delegittimando, le ragioni che lo avevano portato a scegliere la diversa soluzione anche per l'eventuale timore di un confronto garantito dalla presenza del giudice nelle forme dell'incidente probatorio. È ovvio, comunque, che non avendo previsto il legislatore un termine affinché l'opponente instauri l'incidente probatorio, l'istituto si presta a forme di abu-

so che possono avere lo scopo di far desistere il p.m. dal procedere ai sensi dell'art. 360 c.p.p. decorso un termine ragionevole per il quale, almeno sotto il profilo dell'indifferibilità, l'accertamento non possa più essere utilmente esperito. Ciò rileva che il legislatore nel prevedere il potere di veto, dà concretezza della convinzione dell'inadeguatezza dell'accertamento tecnico non ripetibile quale strumento di gestione di un dato tecnico destinato a divenire elemento di giudizio decisivo *ex art. 526 c.p.p.*

La soluzione volta a superare queste problematiche interpretative, potrebbe essere quella di intervenire sulla norma, stabilendo un termine breve affinché l'indagato sciolga la riserva e decida se promuovere o meno l'incidente probatorio (v., però, le perplessità espresse da TRANCHINA, *Le attività del pubblico ministero nel procedimento per le indagini preliminari*, in *Diritto processuale penale*, II, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2001, 123). La *ratio* della fissazione di un termine trova anche un referente costituzionale nel più ampio diritto di difesa assicurato dalla Costituzione e nel più specifico diritto di disporre «*del tempo e delle condizioni necessari*» per preparare la difesa (art. 111, co. 3, Cost.).

Un'ulteriore questione che nella prassi potrebbe verificarsi – anche se l'ipotesi è abbastanza remota –, è legata alla concorrente richiesta di incidente probatorio da parte dell'indagato e di accertamento tecnico non ripetibile da parte del p.m. – ma in forza dei poteri riconosciuti dall'art. 391 *decies* c.p.p. al difensore, è possibile anche il caso inverso –. In questa situazione (cfr., al proposito, Cass., Sez. III, 4 aprile 2000, Chiarello, in *Cass. pen.*, 2001, 2420) il tenore della norma consente di ritenere soddisfatto il potere di veto che opera «*prima del conferimento dell'incarico*», ma senza che il legislatore abbia specificato se esercitabile o meno solo a seguito dell'avviso formulato ai sensi del co. 1 dell'art. 360 c.p.p. L'atto del p.m. potrà ritenersi utilizzabile solo se questi giustifichi la necessità di procedere agli accertamenti in quanto, se differiti, non sarebbero più utilmente compiuti. Peserà, pertanto, anche la valutazione della fase preparatoria dell'incidente in cui il potere del p.m. sarà esercitato. La *par condicio* tra accusa e difesa si coglie proprio nel togliere l'esclusiva degli accertamenti tecnici non ripetibili al pubblico ministero, prevedendo la possibilità per il difensore di divenire *dominus* dell'accertamento con il p.m. eventuale contraddittore. Quest'inversione dei ruoli la si coglie nel co. 3 dell'art. 391-*decies* secondo cui «*quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360 c.p.p.*». Occorre valutare, quindi, se sia compatibile con i diversi ruoli rivestiti la possibilità di paralisi del p.m. ed in particolare se quest'ultimo, in funzione di una posizione di primazia, possa sempre e comunque prendere in mano le

redini dell'indagine e ridimensionare l'avviso del difensore di procedere all'accertamento tecnico irripetibile come un invito al p.m. ad instaurarlo. A nostro avviso deve ravvisarsi la pariteticità di poteri tra p.m. e soggetti privati che consentono anche al difensore – con le eventuali conseguenze in punto di utilizzabilità – di vincere il veto del p.m. Tutt'al più occorrerà valutare se, venendo meno alla lealtà processuale, il p.m. possa utilizzare altri strumenti finalizzati ad impedire al difensore di procedere, magari ponendo un vincolo ablativo per ragioni probatorie, come, ad esempio, si è prospettato nella sentenza annotata.

L'insieme di queste considerazioni, volte ad offrire effettiva consistenza garantistica all'istituto, paiono più concrete alla luce della decisione in esame.

FILIPPO GIUNCHEDI