

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LIII - ottobre 2013, n° 10

IO

20
13

| estratto

GLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI
PREVISTI DALL'ART. 360 C.P.P. E
DALL'ART. 391-DECIES, COMMA 3, C.P.P.

di Pierpaolo Rivello

| 913 GLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI PREVISTI DALL'ART. 360 C.P.P. E DALL'ART. 391-DECIES, COMMA 3, C.P.P.

*Unrepeatable technical assessments provided by art. 360 c.p.p.
and by art. 391-decies subparagraph 3 c.p.p.*

Questo articolo analizza le connotazioni e le finalità del meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p. L'Autore cerca inoltre di operare una sintesi degli orientamenti accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per chiarire la differenza tra i "rilievi" compiuti dalla polizia giudiziaria e gli "accertamenti tecnici irripetibili" disposti dal pubblico ministero. Viene infine approfondita la delicata problematica concernente le ipotesi in cui detti accertamenti sono svolti nell'ambito delle investigazioni difensive.

This article has as its objective to analyze the connotations and the purposes of the mechanism outlined in art. 360 c.p.p. The Author also tries to synthesize the orientation of doctrine and jurisprudence to spot the differences between the surveys made by the judicial police and the unrepeatable technical assessments ordered by the prosecutor. The focus then shifts to the problem concerning the circumstances in which those assessment are carried out during the investigations by defense council.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

Sommario 1. Le connotazioni degli accertamenti tecnici irripetibili. — 2. Le ipotesi disciplinate dall'art. 117 disp. att. — 3. "Rilievi" e "accertamenti tecnici". — 4. Le modalità di svolgimento degli accertamenti tecnici irripetibili. — 5. La formulazione della riserva di incidente probatorio. — 6. Gli accertamenti tecnici irripetibili disposti dalla difesa.

1. LE CONNOTAZIONI DEGLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI

Il meccanismo dell'accertamento tecnico non ripetibile configura una delle ipotesi di formazione anticipata della prova ⁽¹⁾. Esso trae i suoi presupposti da una situazione di improcrastinabilità in ordine all'assunzione probatoria, legata alla sussistenza di possibili fattori di alterazione (il legislatore parla infatti di accertamenti riguardanti persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione), atti a provocare la perdita definitiva di importanti elementi gnoseologici.

Viene in tal caso operato un giudizio prognostico concernente la probabilità che l'accertamento non sia più utilmente esperibile in fase dibattimentale, o quanto meno non abbia in tal caso eguali prospettive di un utile risultato ⁽²⁾. Occorre infatti rilevare al riguardo, con riferimento a quest'ultima affermazione, che in relazione a detta tematica non si deve semplicemente valutare se, in astratto, un determi-

di
**Pierpaolo
Rivello**
—
Magistrato

⁽¹⁾ V. sul punto GIUNCHEDI, voce *Accertamenti tecnici*, in *Dig. d. pen.*, vol. V, Agg., Utet, 2010, p. 6 ss.; NEPPI MODONA, voce *Accertamento tecnico*, *ivi*, vol. IV,

App., Utet, 1990, p. 467-468.

⁽²⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 1999, p. 37.

nato accertamento possa o meno essere duplicato, a prescindere dalla fruttuosità dei suoi esiti (giacché sotto questo aspetto si porrebbe ad una sostanziale vanificazione della portata dell'accertamento tecnico irripetibile) ma si deve invece verificare se una determinata analisi, postergata nel tempo, conservi, dal punto di vista pratico, la stessa utilità che avrebbe potuto offrire qualora fosse stata compiuta in precedenza.

Le difficoltà concernenti l'individuazione del carattere di "non ripetibilità" di un determinato accertamento risultano accresciute a causa dell'assenza di una puntuale definizione normativa del concetto di irripetibilità. Infatti il legislatore ha voluto evitare di intervenire al riguardo con un'espressa indicazione, preferendo riservare la soluzione del problema alla «valutazione in concreto» ed al «divenire della esperienza teorica e pratica»⁽³⁾.

Ciò ha peraltro provocato non pochi disorientamenti, evidenziati dalla necessità di un intervento delle Sezioni unite (relativo alla specifica problematica delle relazioni di servizio volte ad esporre i risultati delle attività di indagine), volto a chiarire che in questa ipotesi l'irripetibilità sussiste solo laddove appaia ravvisabile un risultato ulteriore, diverso ed estrinseco rispetto all'attività investigativa della polizia giudiziaria, e non più riproducibile in dibattimento se non con la perdita dell'informazione probatoria o della sua genuinità⁽⁴⁾.

La problematica in oggetto risulta oltretutto complicata dalla non infrequente confusione derivante dalla «vaghezza semantica» della terminologia usata dal codice in contesti sostanzialmente affini⁽⁵⁾, nonché dall'«ambiguo tenore» dell'intero disposto dell'art. 360 c.p.p.⁽⁶⁾, e dall'impossibilità di operare una totale sovrapposizione, in chiave di coincidenza, tra il concetto di irripetibilità, o non reiterabilità, e quello di non rinviabilità, o indifferibilità, non sussistendo in realtà tra essi una corrispondenza biunivoca⁽⁷⁾, e dovendosi anzi ravvisare un significativo margine di scarto tra i rispettivi ambiti⁽⁸⁾.

È stato talora sostenuto che la situazione delineata dall'art. 360 c.p.p. configura in pratica 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, *ex art.* 431, comma 1, lett. c), c.p.p., e della loro successiva utilizzabilità in giudizio, mediante lettura.

⁽³⁾ Relazione prog. prel. c.p.p., in *G.U.* 24 ottobre 1988 n. 250, Suppl. ord. n. 2, p. 91.

⁽⁴⁾ Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, in *questa rivista*, 2008, p. 1078, con nota di BELLUTA, *Irripetibilità congenita degli atti di indagine e poteri istruttori del giudice: dalle Sezioni unite un intervento (non proprio) chiarificatore*; ed in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1476 ss. ed in particolare 1478 e 1479, con commento di CERQUA, *Le Sezioni unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, *ivi*, p. 1482 ss.

⁽⁵⁾ IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *questa rivista*, 1996, p. 3002. In tal senso v. altresì VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episo-*

dio del rapporto tra scienza e processo, *ivi*, 2008, p. 3355.

⁽⁶⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, *cit.*, p. 38.

⁽⁷⁾ ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Giuffrè, 1992, p. 113; MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Canzio-Ferranti-Pascolini, Giuffrè, 1989, p. 29.

⁽⁸⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, *cit.*, p. 36.

Generalmente tali accertamenti tecnici potrebbero infatti essere ripetuti, dal punto di vista naturalistico; essi vanno però espletati con urgenza, e risultano dunque indifferibili, in quanto riguardano degli elementi soggetti a modificazione, e ciò rende l'accertamento non procrastinabile alla fase del dibattimento⁽⁹⁾.

Trattasi di accertamenti che si rivelerebbero conseguentemente inutili in caso di differimento⁽¹⁰⁾. Si è dunque in presenza di atti sostanzialmente non rinviabili⁽¹¹⁾, in quanto essi richiedono la necessaria anticipazione dell'assunzione di una prova che non sarebbe più acquisibile in maniera proficua nella successiva fase dibattimentale.

Tali atti vengono purtuttavia definiti dal legislatore come irripetibili per eliminare ogni equivoco in ordine alla loro inseribilità nel fascicolo dibattimentale.

Onde delineare la sussistenza dei caratteri dell'irripetibilità, occorre muoversi nell'ottica diretta a valutare se un determinato accertamento possa essere esperito successivamente con eguali prospettive di risultati positivi⁽¹²⁾.

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 caratteristiche, o se al contrario esse debbano essere escluse dall'ambito di quelle esposte a tale rischio di modificazione.

A favore della prima soluzione viene affermato che le sostanze in oggetto 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, che può rapidamente trasformare la diacetilmorfina (eroina) in monoacetilmorfina (MAM), sia, anche in condizioni di perfetta conservazione, a causa dello stesso decorrere del tempo⁽¹³⁾.

In senso contrario si è sostenuto, ad opera della giurisprudenza attualmente prevalente, che alcuni stupefacenti, quali l'eroina e la cocaina⁽¹⁴⁾, ma anche la *marijuana* e l'*hashish*, non sono in realtà assoggettabili ad una modificazione in tempi brevi, trattandosi di sostanze allo stato solido non facilmente alterabili, che anche con il trascorrere del tempo conservano immutate le loro intrinseche caratteristiche (sia pur con una progressiva riduzione del principio attivo), e per le quali

⁽⁹⁾ Come rilevato da CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, 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».

⁽¹⁰⁾ D'ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in questa rivista, 1992, p. 1350; D'AMBROSIO, sub artt. 359 e 360, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. IV, Utet, 1990, p. 205; FERRANTE, *In margine ai rapporti tra l'art. 360 e l'art. 392 comma 1 lett. f c.p.p.*, in *Giur. merito*, 1995, II, c. 976 ss.

⁽¹¹⁾ MONTAGNA, *Accertamenti tecnici e prova del DNA*, in AA.VV., *Prova penale e metodo scientifico*,

Utet, 2009, p. 110.

⁽¹²⁾ MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinamento di Aimonetto, Utet, 1999, p. 268.

⁽¹³⁾ BERTOL, *Il concetto tossicologico e giuridico di accertamento tecnico non ripetibile in tema di stupefacenti nel campo dei reperti non biologici*, in questa rivista, 1991, p. 1676 ss. ed in particolare p. 1678.

⁽¹⁴⁾ Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 34425, in *Guida dir.*, 2004, n. 43, p. 65.

sarebbe dunque sempre possibile la successiva sottoposizione a perizia tossicologica in dibattimento ⁽¹⁵⁾.

Deve invece escludersi che l'art. 360 c.p.p. faccia riferimento al concetto di accertamento intrinsecamente irripetibile, da intendersi come quello il cui compimento, di per sé, determina necessariamente la modificazione del suo oggetto. 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 originarie ⁽¹⁶⁾.

2. LE IPOTESI DISCIPLINATE DALL'ART. 117 DISP. ATT.

Sussistono al contrario dei casi, tra cui quello espressamente delineato dall'art. 117 disp. att. c.p.p., in cui l'accertamento, pur astrattamente rinviabile, una volta effettuato determina una modificazione radicale e definitiva dell'oggetto, ed è pertanto da considerare come non rinnovabile per cause dovute proprio alle peculiari modalità tecnico-strumentali dell'analisi espletata ⁽¹⁷⁾.

In altri termini, nelle situazioni prese in esame dall'art. 117 disp. 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'irreparabile 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 parrebbe dunque non rientrare nei parametri fissati per l'accertamento tecnico non ripetibile dall'art. 360 c.p.p., ove l'irripetibilità costituisce un presupposto dell'atto di accertamento tecnico, laddove con riferimento all'art. 117 disp. att. c.p.p. essa consegue al compimento dell'atto, stante la modificazione irreversibile così provocata ⁽¹⁸⁾.

In questo secondo caso infatti (si pensi all'analisi chimica che comporterebbe la distruzione del reperto) 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» ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 28195, in *C.E.D. Cass.*, n. 244688, concernente l'analisi di un campione di hashish.

⁽¹⁶⁾ D'AMBROSIO, sub artt. 359 e 360, cit., p. 206.

⁽¹⁷⁾ BELLUTA, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1083, sottolinea la sussistenza di «fatti-specie 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 GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Utet, 2009, p. 36 ss.

⁽¹⁸⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 35.

⁽¹⁹⁾ MACCHIA, *L'incidente probatorio*, cit., p. 30; in tal senso v. anche BONZANO, *Attività del pubblico ministe-*

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 fondati dubbi circa l'operatività del disposto concernente gli accertamenti su persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione e non si sarebbe forse potuto fare ricorso né all'accertamento tecnico non ripetibile né all'incidente probatorio⁽²⁰⁾, non essendo ravvisabile una situazione soggetta "in quanto tale" a modificazione, stante l'assenza di un'ipotesi interamente sovrapponibile a quella caratterizzante l'art. 360 c.p.p.; al contrario, 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 osservato come si sia di fronte ad una categoria di atti di per sé rinviabili ma 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" della tecnica utilizzata, tale da determinare un'alterazione, irreparabile e facilmente presagibile, dell'oggetto da esaminare⁽²¹⁾.

L'atto diventa non ripetibile «per consunzione» in conseguenza dell'accertamento, avente effetti modificativi⁽²²⁾: si è parlato di non ripetibilità, o meglio di non rinnovabilità dell'atto per cause intrinseche, distinguendosi così tale concetto da quello relativo alla "non rinviabilità" dell'atto⁽²³⁾.

Un caso paradigmatico in tal senso è rappresentato dall'accertamento del numero di matricola abraso di un'arma, necessario al pubblico ministero per individuarne la provenienza delittuosa, e che, almeno in passato, risultava non ripetibile a causa dell'azione modificatrice provocata dai reagenti chimici utilizzati per tale operazione.

Anche per quanto concerne l'attività volta a controllare la sussistenza di eventuali residui di polvere da sparo depositatisi, a causa dell'esplosione di un'arma da fuoco, sulla persona dell'indagato o su oggetti a questi appartenenti, era stata ravvisata, da parte di una giurisprudenza ormai decisamente obsoleta, la sussistenza dei presupposti per un accertamento tecnico irripetibile, e ciò non solo in considerazione della labilità delle particelle che costituiscono tali residui e degli effetti del decorso del tempo sui tessuti che possono costituire oggetto dell'analisi, ma anche perché (ed è questo il dato di interesse, in questo contesto) le tecniche di indagine al riguardo, sebbene non "distruttive", non garantivano il mantenimento delle condizioni originarie del materiale oggetto di indagine⁽²⁴⁾.

ro, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Utet, 2009, p. 323.

⁽²⁰⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 35.

⁽²¹⁾ SAVIOTTI, sub art. 117 norme att., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, vol. I, *Norme di attuazione*, Utet, 1992, p. 418.

⁽²²⁾ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 320.

⁽²³⁾ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Giuffrè, 1993, p. 156.

⁽²⁴⁾ Sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4821, in *questa rivista*, 1999, p. 3189. In senso contrario tuttavia una parte della dottrina sosteneva invece che questo accertamento dovesse essere considerato come strutturalmente ripetibile, non determinando la compromissione delle sostanze analizzate: così SCCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, ivi, 1990, II, p. 279, il quale osservava conseguentemente che l'esame degli

Era stato parimenti affermato (alla luce di tecniche oggi peraltro superate) che l'analisi del DNA svolta sui mozziconi di sigaretta fumati dall'indiziato, qualora comportasse la distruzione totale di detti reperti, doveva essere sottoposta, in base al disposto dell'art. 117 disp. att. c.p.p., alla disciplina prevista per gli accertamenti tecnici irripetibili⁽²⁵⁾.

Ovviamente il mutare delle metodiche operative utilizzate può incidere sensibilmente su questa tematica. Ad esempio è stato evidenziato, con riferimento all'accertamento tecnico dei residui di polvere da sparo, che «può essere più volte ripetuta l'analisi dei residui stessi con il metodo SEM-EDX (a differenza di quanto avviene nel caso di analisi con quanto di paraffina ...)»⁽²⁶⁾.

In altri termini, mentre l'accertamento delle tracce di polvere da sparo sugli abiti o sulla pelle risultava irripetibile, ed implicava dunque l'applicazione del disposto dell'art. 117 disp. att. c.p.p., quando veniva applicata la metodologia del "guanto di paraffina", l'utilizzo del metodo del tampone a freddo con successiva analisi al microscopio elettronico a scansione conduce a ben differenti conclusioni. In tal caso si è in presenza, come meglio vedremo in seguito, di due distinti "segmenti" di attività, dei quali peraltro il primo, rappresentato dal prelievo, non risulta riconducibile alla nozione di accertamento tecnico, ed il secondo, incentrato sull'esame spettroscopico elettronico dei tamponi adesivi metallizzati, configura un accertamento tecnico sempre ripetibile, senza alcun pregiudizio per la sua attendibilità, e per la cui effettuazione non occorre dunque il previo avviso al difensore⁽²⁷⁾.

Con riferimento all'autopsia l'attività consistente nel sezionare un cadavere, gli organi, i tessuti ed i visceri comporta sicuramente 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 disp. att. c.p.p.

Va del resto ricordato come, ai sensi dell'art. 116, comma 1, disp. 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.

stubs «non potrà quindi entrare nel novero degli atti costituenti il fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p.».

⁽²⁵⁾ Sez. I, 14 febbraio 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 721.

⁽²⁶⁾ ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, cit., p. 183. In senso analogo GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 32, il quale afferma che può essere considerata urgente ed indifferibile la «raccolta dei residui della polvere da sparo mediante l'applicazione di *stubs*, mentre può essere ripetuta più volte l'analisi dei residui stessi se si utilizza il metodo SEM-EDX, ma non se ci si avvale del guan-

to di paraffina che è sempre irripetibile». Anche la giurisprudenza assolutamente prevalente, come del resto vedremo più ampiamente fra breve, sottolinea che l'analisi chimica dei campioni prelevati per il c.d. "esame *stub*", volto ad accertare le tracce delle esplosioni delle armi da fuoco, si traduce in un'indagine sicuramente ripetibile, giacché essa consiste nell'esame dei tamponi adesivi metallizzati, che può essere reiterato senza alcun pregiudizio per la sua attendibilità: così Sez. I, 30 novembre 2005, n. 45437, in *questa rivista*, 2007, p. 231.

⁽²⁷⁾ Sez. VI, 14 ottobre 2008, n. 48415, in *C.E.D. Cass.*, n. 242385; Sez. I, 28 febbraio 2006, n. 15984, *ivi*, n. 234266; Sez. I, 10 maggio 2002, n. 23053, *ivi*, n. 221621.

L'irripetibilità dell'autopsia è dunque confermata *ope legis* dal predetto art. 116 disp. att. c.p.p., volto evidentemente a tener conto, oltreché della naturale alterazione del cadavere, anche delle possibili alterazioni provocate dall'accertamento autoptico ⁽²⁸⁾.

In tal caso all'elemento rappresentato dalla modificazione dovuta alle modalità utilizzate per effettuare l'analisi si unisce quello dell'indifferibilità dell'accertamento. Infatti un accertamento eseguito ad una breve distanza di tempo dalla morte permette di rilevare dei dati che il progredire dei processi tanatologici finirebbe molto spesso, inevitabilmente, per cancellare o rendere di più difficile individuazione, a causa delle variazioni biologiche ed anatomiche della c.d. "sezione cadaverica". Del resto la stessa conservazione del cadavere in una cella frigorifera, pur ritardando la putrefazione, non elimina l'evoluzione dell'autolisi e dell'emolisi ⁽²⁹⁾.

Eterogenee e spesso di assai disagiata soluzione sono comunque le ipotesi nelle quali la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi su queste tematiche, complicate dal frequente intrecciarsi di dubbi concernenti sia la reale indifferibilità di determinate analisi sia il carattere effettivamente "modificativo" di talune tecniche di accertamento.

3. "RILIEVI" E "ACCERTAMENTI TECNICI"

Oltretutto nell'ambito di questa disamina occorre tener conto di un ulteriore aspetto. Si pensi al caso rappresentato dall'attività investigativa volta all'individuazione delle tracce di un'esplosione da polvere da sparo, sulla quale ci siamo già soffermati in precedenza. È stato affermato che le operazioni incentrate sul prelievo di eventuali residui, atte a permettere di verificare l'avvenuta utilizzazione di un'arma da fuoco, pur essendo caratterizzate dall'irripetibilità, non giustificano 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 ⁽³⁰⁾.

Viene sottolineata al riguardo la differenza intercorrente tra i "rilievi" (nel cui ambito rientra il ricorso al cosiddetto "tampone a freddo"), consistenti semplicemente nella raccolta o constatazione, e relativa conservazione, di dati materiali pertinenti al reato ⁽³¹⁾, e gli "accertamenti tecnici", connotati dalla valutazione, dallo studio e dall'elaborazione critica di tali dati, su base tecnico-scientifica ⁽³²⁾ (ritornando all'esempio sovra riportato, simili attività risultano incentrate sull'esame spettroscopico mediante microscopio elettronico dei tamponi adesivi metallizzati,

⁽²⁸⁾ V. sul punto SAVIOTTI, sub art. art. 116 norme att., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, vol. I, *Norme di attuazione*, cit., p. 412.

⁽²⁹⁾ Sul ricorso in tal caso al meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p. v. Sez. IV, 23 marzo 1995, in *questa rivista*, 1996, p. 854; in dottrina NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 611 e 612; ZANGANI, *L'autopsia giudiziaria e l'art. 360 c.p.p. sugli «accertamenti tecnici non ripetibili»*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 607.

⁽³⁰⁾ Sez. VI, 14 ottobre 2008, n. 48415, cit.; Sez. I, 10 maggio 2002, n. 23053, cit.; Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, in *questa rivista*, 1998, p. 2066.

⁽³¹⁾ Sez. VI, 14 ottobre 2008, n. 48415, cit.; Sez. I, 13 novembre 2007, n. 2443/08, in *C.E.D. Cass.*, n. 239101; Sez. I, 10 maggio 2002, n. 23053, cit.; Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, in *questa rivista*, 1998, p. 2066.

⁽³²⁾ V. al riguardo, in linea generale, Sez. II, 24 novembre 2011, n. 45929, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 71; Sez. II, 10 luglio 2009, n. 34149, in *C.E.D. Cass.*, n. 244950; Sez. V, 20 novembre 2000, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, p. 105.

e dunque delle particelle estratte e fissate mediante il predetto processo di metallizzazione, finalizzato ad accertare l'eventuale presenza, in combinazione ternaria, di particelle di piombo, bario ed antimonio, indici di una recente esplosione di un colpo di arma da fuoco), e si evidenzia che in tal caso l'analisi volta a verificare l'esito dei rilievi non può essere definita irripetibile, stante la persistente assoggettabilità dei dati ottenuti ad una nuova, ulteriore valutazione, effettuabile in ogni momento ⁽³³⁾.

L'irripetibilità dei rilievi, e cioè dell'operazione di raccolta dei dati da sottoporre ad esame, non implica dunque necessariamente l'irripetibilità del successivo accertamento, essendo in tal caso in presenza di un'attività valutativa reiterabile.

In virtù della considerazione in base alla quale i prelievi, seppur prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono comunque identificabili con questi ultimi, e non esigono pertanto il rispetto delle prescrizioni imposte dall'art. 360 c.p.p. ⁽³⁴⁾, si sostiene parimenti che i rilievi di impronte digitali od il prelievo di tracce di materiale organico da parte della polizia giudiziaria, consistendo in operazioni di natura meramente materiale, anche laddove si configurino come irripetibili, non richiedono l'osservanza delle garanzie previste dal sovracitato art. 360 c.p.p., concernente unicamente gli accertamenti tecnici irripetibili, relativi all'analisi dei dati raccolti ⁽³⁵⁾.

In realtà, proprio con riferimento alle impronte digitali, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria è andata ancora al di là di tale affermazione, sostenendo che, a prescindere dall'iniziale attività di p.g. consistente nell'attività di raccolta, evidenziazione e fissazione delle impronte papillari, rientrando tra le funzioni delineate dall'art. 348, comma 2, lett. a) c.p.p., inerenti alla ricerca delle tracce pertinenti al reato e alla loro conservazione ⁽³⁶⁾, la stessa attività di comparazione delle impronte digitali prelevate con quelle in possesso della p.g., risolvendosi in «un mero accertamento di dati obiettivi», tale da non richiedere la conoscenza di particolari cognizioni tecnico-scientifiche, rientrerebbe fra le ipotesi di cui all'art. 354 c.p.p. e non esigerebbe pertanto l'osservanza delle previsioni di cui all'art. 360 c.p.p. ⁽³⁷⁾.

Sul fatto che simile attività di comparazione non richieda il possesso di adeguate conoscenze tecnico-scientifiche potrebbe peraltro essere mosso più di un rilievo critico.

⁽³³⁾ V. in tal senso Sez. II, 24 novembre 2011, n. 45929, cit.; Sez. I, 30 novembre 2005, n. 45437, cit.; Sez. V, 24 gennaio 2003, in *Guida dir.*, 2003, n. 14, p. 112; Sez. V, 21 gennaio 2003, n. 9998, in *questa rivista*, 2004, p. 2453; Sez. I, 9 maggio 2002, n. 23156, *ivi*, 2003, p. 3100, con nota di GRILLI, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell'irripetibilità*; Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, Pata, *ivi*, 1997, p. 468; Sez. I, 9 febbraio 1990, *ivi*, 1990, II, p. 278, con nota di SCCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*. Al riguardo in dottrina v. anche BARBATO, *Gli accertamenti di laboratorio sui residui da sparo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1041 ss.

⁽³⁴⁾ Sez. VI, 14 ottobre 2008, n. 48415, cit.; Sez. I, 10 maggio 2002, n. 23053, cit.

⁽³⁵⁾ Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28848, in *C.E.D. Cass.*, n. 244295; Sez. II, 27 ottobre 1998, n. 5779, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 376, concernente la problematica relativa all'attività di prelevamento e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari sul luogo del delitto.

⁽³⁶⁾ Sez. I, 24 giugno 2005, n. 25520, in *questa rivista*, 2006, p. 2910.

⁽³⁷⁾ Sez. V, 9 febbraio 2010, n. 16959, in *C.E.D. Cass.*, n. 246872; Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28848, in *questa rivista*, 2010, p. 1577; Sez. V, 17 marzo 2004, n. 23319, *ivi*, 2005, p. 638.

Anche in relazione a questo aspetto, certo non giova il fatto che il legislatore non abbia fornito una definizione volta a permettere di «fare chiarezza sul significato degli “accertamenti” e dei “rilievi”» che possono essere effettuati dalla p.g., ed abbia invece adottato un «lessico volutamente generico»⁽³⁸⁾, corrispondente ad un approccio piuttosto sommario a detta tematica.

Ciò ha costretto la giurisprudenza e la dottrina a delicate analisi interpretative. Per quanto riguarda i semplici “accertamenti”, si è ad esempio affermato che essi devono assumere una funzione meramente descrittiva, in chiave prodromica, al pari dei rilievi, rispetto alle attività eventualmente affidabili successivamente al consulente tecnico⁽³⁹⁾. Sempre in quest’ottica, si sostiene che non deve indurre in errore il disposto dell’art. 348, comma 4, c.p.p., in base al quale la p.g. può compiere «atti od operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche», avvalendosi in tal caso di «persone idonee». Viene infatti generalmente rilevato che l’ausilio prestato da tali soggetti è di natura esclusivamente materiale⁽⁴⁰⁾, e che conseguentemente i c.d. ausiliari di polizia non possono in alcun modo essere equiparati, neppure in via di approssimazione, ai consulenti tecnici⁽⁴¹⁾.

L’inquadramento di una determinata attività tra i “rilievi” sullo stato dei luoghi (o tra i “rilievi” sulle persone, diversi dalle ispezioni personali⁽⁴²⁾), il cui compimento è invece riservato all’autorità giudiziaria), anziché tra gli “accertamenti tecnici irripetibili”, assume un’importanza notevolissima, in considerazione del differente regime applicabile a tali rispettive operazioni, ivi compreso l’ambito di intervento della difesa⁽⁴³⁾. Infatti ai sensi dell’art. 356 c.p.p. il difensore ha facoltà di assistere ai rilievi effettuati dalla p.g., ma non ha diritto ad essere preventivamente avvisato in ordine al loro espletamento. D’altro canto, gli accertamenti tecnici irripetibili vengono ritenuti non delegabili alla polizia giudiziaria⁽⁴⁴⁾, sostenendosi che l’art.

⁽³⁸⁾ Per tali affermazioni cfr. LUPARIA, *Attività d’indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, cit., vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 222.

⁽³⁹⁾ DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, in *questa rivista*, 1996, p. 697.

⁽⁴⁰⁾ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 6^a ed., Cedam, 2012, p. 552; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13^a ed., Giuffrè, 2012, p. 494.

⁽⁴¹⁾ GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra “assicurazione” e “valutazione” delle fonti di prova: il problema dell’“esperto”*, in *Giur. it.*, 1996, c. 601; GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 117.

⁽⁴²⁾ 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 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., ed in relazione al

quale, pertanto, è sufficiente che la p.g. avverta la persona sottoposta ad indagini della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. Si possono inoltre fare rientrare in detto ambito le attività dirette a verificare l’eventuale presenza di ecchimosi o escoriazioni sulle parti esposte del corpo: v. in tal senso CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 552.

⁽⁴³⁾ LORUSSO, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 264.

⁽⁴⁴⁾ DELL’ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 250; GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra “assicurazione” e “valutazione” delle fonti di prova: il problema dell’“esperto”*, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 599. Sostanzialmente in tal senso, pur riconoscendo che il testo dell’art. 370 c.p.p. potrebbe indurre a diverse conclusioni, v. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La prova penale*, trattato diretto da Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l’accertamento giudiziale*, Utet, 2008, p. 66 e 67. Anche POGGI-CAVALERA, *Gli*

360 c.p.p. configura gli accertamenti tecnici irripetibili come «atti tipici» del pubblico ministero ⁽⁴⁵⁾.

La tendenza ad ampliare l'ambito dei "rilievi", a discapito di quello relativo agli "accertamenti tecnici non ripetibili" ha indotto peraltro la dottrina a considerazioni critiche ⁽⁴⁶⁾, essendosi osservato che in tal modo, richiamando la normativa di cui all'art. 354 c.p.p. anziché 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» ⁽⁴⁷⁾. Laddove, al contrario, si fosse in presenza di veri e propri "accertamenti tecnici irripetibili", *ex art.* 360 c.p.p., riguardanti cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, 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 ad avvertirli della facoltà di nominare dei propri consulenti tecnici ⁽⁴⁸⁾.

Al riguardo appaiono comunque necessari degli ulteriori approfondimenti. Per quanto concerne il concreto ambito delle attività che possono costituire oggetto di un accertamento tecnico irripetibile, occorre in particolare dar conto dell'opzione interpretativa che, analizzando l'art. 359 c.p.p., dopo aver sottolineato la differenza intercorrente tra gli "accertamenti tecnici" ed i "rilievi", sottolinea come il legislatore in detta norma ponga accanto agli accertamenti ed ai «rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici» anche «ogni altra operazione tecnica», e sostiene che deve conseguentemente essere individuata 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 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" ⁽⁴⁹⁾.

Partendo da questa premessa è stato osservato che il codice, all'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 legislatore, che avrebbe inteso in tal modo fissare una linea di

accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare, Cedam, 2000, p. 334, affermano che gli artt. 359 e 360 c.p.p., nell'attribuire al pubblico ministero la titolarità di tali accertamenti «implicitamente escludono che la polizia giudiziaria possa compierli nell'ambito della sua attività tipica di indagine ... tanto meno essa può compierli nell'ambito dell'attività delegata dal pubblico ministero».

⁽⁴⁵⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 118.

⁽⁴⁶⁾ CASASOLE, *Le indagini tecnico-scientifiche: un connubio tra scienza e diritto in perdurante attesa di disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1443 ss.

⁽⁴⁷⁾ LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella*

contesa processuale, cit., p. 266.

⁽⁴⁸⁾ V. sul punto 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».

⁽⁴⁹⁾ V. in tal senso, per tutti, D'AMBROSIO, *sub artt. 359 e 360*, cit., p. 204.

demarcazione onde 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 conseguentemente in assenza delle garanzie previste dall'art. 360 c.p.p.⁽⁵⁰⁾.

Secondo detta impostazione nell'attività di "accertamento" non rientrerebbe dunque la mera raccolta e constatazione di dati materiali pertinenti al reato (che darebbe vita ai semplici "rilievi"), potendo essere ricomprese in detto ambito esclusivamente le attività di studio e di elaborazione critica di tali dati, basate su approfondimenti di natura tecnico-scientifica⁽⁵¹⁾.

Nella realtà, sebbene la menzione dei soli "accertamenti" da parte dell'art. 360 c.p.p. non sia dovuta ad una sorta di "dimenticanza", appare indubbio che il legislatore abbia comunque inteso accostare le ipotesi rientranti nella sfera di operatività di detta norma a quelle che renderebbe possibile il ricorso alla perizia⁽⁵²⁾. È stato al riguardo sottolineato come l'implicita volontà di pervenire ad una parziale assimilazione, almeno sotto questo aspetto, tra i due diversi istituti sia stata realizzata in modo assai improprio mediante il riferimento limitato agli "accertamenti", in quanto l'ambito della perizia è invece assai più ampio, giacché essa può consistere anche «in una semplice attività acquisitiva, che presupponga cognizioni tecniche, scientifiche o artistiche» e dunque in un'attività «assimilabile più a quella del 'rilievo', che non a quella dell' 'accertamento'»⁽⁵³⁾.

Occorre dunque ritenere, per ragioni di coerenza sistematica, ed avendo presente l'eventuale convertibilità dell'accertamento tecnico irripetibile nell'incidente probatorio, che l'area entro cui opera il consulente tecnico chiamato a svolgere detto accertamento non deve essere meno ampia di quella del perito, potendo essa concernere, al pari di quanto disposto dall'art. 220 c.p.p., non solo un'attività meramente valutativa di elementi già in possesso dell'autorità giudiziaria, ma pure compiti diretti ad «acquisire dati», purché tali da richiedere il possesso di competenze specialistiche.

⁽⁵⁰⁾ Sez. I, 7 dicembre 2006, n. 632, in *questa rivista*, 2008, p. 685, ha ritenuto che i rilievi fonometrici siano assoggettabili alla normativa delineata dall'art. 354, comma 2, c.p.p. e non rientrino tra gli accertamenti tecnici irripetibili, configurati dall'art. 360 c.p.p. Analogamente Sez. I, 16 aprile 2004, n. 25103, *ivi*, 2005, p. 2638. Sempre in tal senso Sez. II, 27 ottobre 1998, n. 5779, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 376. La pronuncia fa riferimento al 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 costituivano 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. Parimenti v. Sez. I, 3 giugno 1994, cit., c. 600. In dottrina a sostegno di detta impostazione cfr. SCCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 279.

⁽⁵¹⁾ Sez. I, 24 giugno 1997, n. 4017, in *questa rivista*, 1998, p. 2066; Sez. II, 10 novembre 1992, n. 4523, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 465; Sez. I, 9 febbraio 1990, cit.

⁽⁵²⁾ Cfr. Relazione testo def. c.p.p. cit., p. 187.

⁽⁵³⁾ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 150 e 151.

4. LE MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DEGLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI

Ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.p. qualora il p.m. intenda disporre degli accertamenti tecnici non ripetibili è tenuto a dare avviso senza ritardo all'indagato, alla persona offesa dal reato ed ai difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico. Il dovere di avvisare l'indagato sussiste ovviamente solo qualora sia già possibile pervenire all'individuazione di un tale soggetto⁽⁵⁴⁾. È stata conseguentemente negata la sussistenza di detto obbligo nelle ipotesi in cui il conferimento dell'incarico all'esperto avvenga in relazione ad un procedimento a carico di ignoti, e si pervenga all'individuazione di un indagato proprio nel corso delle attività di cui all'art. 360 c.p.p.⁽⁵⁵⁾.

Va comunque osservato che in caso di procedimento a carico di persone ignote, il meccanismo delineato dall'art. 360 c.p.p., nella parte concernente l'obbligo di fornire l'avviso relativo all'effettuazione di un accertamento tecnico irripetibile, risulta inapplicabile solo con riferimento alla posizione dell'indagato, e non certo per quanto riguarda la persona offesa già nota, alla quale deve certamente essere dato avviso⁽⁵⁶⁾.

Sebbene la disciplina degli accertamenti tecnici non ripetibili appaia sostanzialmente modellata su quella prevista per l'incidente probatorio, l'art. 360 c.p.p. si limita a prevedere che l'avviso vada inviato «senza ritardo», senza indicare pertanto quale sia il termine minimo che deve intercorrere tra la comunicazione e la data fissata per il conferimento dell'incarico; al contrario l'art. 398, comma 5, c.p.p. in tema di incidente probatorio esige, con una formulazione più rigida, che il relativo avviso debba essere notificato «almeno due giorni prima della data fissata»⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sez. IV, 8 ottobre 1997, in *Guida dir.*, 1997, n. 41, p. 87.

⁽⁵⁵⁾ Sez. IV, 23 febbraio 2010, n. 20591, in *C.E.D. Cass.*, n. 247327 (in relazione ad un procedimento per omicidio colposo, derivante da una vicenda nella quale il cliente di un agriturismo era precipitato da un dirupo presente in detto sito, ed in relazione alla quale l'accertamento autoptico non era stato preceduto dall'avviso all'indagato, in quanto al momento del predetto accertamento non vi era un indagato, giacché il proprietario della struttura ricettiva non era ancora stato individuato come possibile autore del reato); analogamente Sez. IV, 21 novembre 2003, in *questa rivista* 2005, p. 520; Sez. IV, 8 ottobre 1997, cit.; Sez. I, 15 maggio 1996, in *questa rivista*, 1997, p. 2502. Va ricordato che i giudici di legittimità hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 360 c.p.p., in relazione agli artt. 3, 24, comma 2, 111, commi 2 e 3, Cost., nella parte in cui detta norma non prevede il diritto a ricevere l'avviso in oggetto nei confronti di chi non risulti ancora indagato al momento in cui è conferito l'incarico al consulente tecnico per l'espletamento dell'accertamento tecnico irripetibile, e lo sia solo successivamente, a

seguito dei risultati di detto accertamento. È stato infatti osservato che la posizione di tale soggetto non può essere equiparata a quella di chi sia già stato iscritto nel registro degli indagati quando viene disposto l'accertamento: v. in tal senso Sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 15553, in *questa rivista*, 2009, p. 1631.

⁽⁵⁶⁾ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 319.

⁽⁵⁷⁾ SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 143, si esprime in senso parzialmente critico nei confronti della formulazione accolta dall'art. 360 c.p.p. in tema di avvisi, così affermando: «suscita qualche perplessità l'indicazione normativa secondo la quale il pubblico ministero dovrà avvisare 'senza ritardo' i soggetti interessati. Se la previsione dell'assistenza difensiva non deve intendersi come puro estetismo, la locuzione in parola dovrà interpretarsi nel senso che il pubblico ministero dovrà inviare l'avviso appena abbia deciso di procedere all'accertamento. Perché l'avviso medesimo raggiunga lo scopo per l'indiziato di procurarsi una idonea difesa tecnica, dovranno essere impiegati tempi 'ragionevolmente' brevi e comunque tali da realizzare una conoscenza 'tem-

L'urgenza che connota la procedura in esame giustifica la possibilità di avvalersi, per l'avviso, di mezzi semplificati, ivi compreso il ricorso alla semplice comunicazione telefonica⁽⁵⁸⁾.

Il meccanismo così delineato mira ad assicurare che la prova possa formarsi nel contraddittorio fra le parti; è stato peraltro osservato che in tal caso si è in presenza di un contraddittorio meramente eventuale, in quanto i soggetti ai quali deve essere dato avviso non hanno alcun obbligo di effettiva partecipazione. Conseguentemente il pubblico ministero, una volta verificata la regolarità degli avvisi, potrà procedere anche in loro assenza⁽⁵⁹⁾.

Secondo l'impostazione prevalente l'espletamento da parte del pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, di un accertamento tecnico irripetibile non preceduto dall'avviso all'indagato, alla persona offesa ed ai loro difensori della data fissata per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare propri consulenti tecnici non concreta un fenomeno di inutilizzabilità ma si traduce invece in una violazione della possibilità di esercizio effettivo del diritto di difesa, provocando una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178 lett. c) c.p.p., non rientrante peraltro tra le nullità assolute di cui all'art. 179 c.p.p., giacché non concerne la citazione dell'imputato né si riferisce ad un'ipotesi ove la presenza del difensore è obbligatoria⁽⁶⁰⁾.

Conseguentemente tale nullità a regime intermedio deve essere rilevata, ex art. 180 c.p.p., antecedentemente alla deliberazione della sentenza di primo grado, risultando altrimenti sanata⁽⁶¹⁾.

A dire il vero, poiché, come vedremo fra breve, appare invece incontroverso che sia configurabile la sanzione dell'inutilizzabilità in relazione agli accertamenti compiuti dal p.m. nonostante l'espressa riserva di promuovere l'incidente probatorio formulata dalla persona sottoposta alle indagini (purché detti accertamenti potessero essere utilmente compiuti, anche se differiti per permettere il compimento dell'incidente probatorio) va osservato che qualora il p.m. avvisi ritualmente l'indagato, mettendolo così in condizione di formulare la riserva, e purtuttavia promuova poi l'incidente probatorio si determina un'ipotesi di inutilizzabilità; laddove, al contrario, il p.m. ometta addirittura di provvedere a tale incumbente, vanificando in radice la possibilità stessa di formulare la riserva in oggetto, si determina, in apparente contraddizione, una semplice nullità.

Il consulente tecnico ha il dovere di comparire innanzi al magistrato e di espleta-

pesta' delle attività da svolgere rispetto alle facoltà predisposte».

⁽⁵⁸⁾ V. in tal senso Sez. I, 2 novembre 2005, in *Guida dir.*, 2007, n. 17, p. 107.

⁽⁵⁹⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 105, nota 1, definisce pertanto l'accertamento tecnico irripetibile come un «atto a contraddittorio 'imperfetto'».

⁽⁶⁰⁾ Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908/10, in *C.E.D. Cass.*, n. 246022; Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 11052, in *questa rivista*, 2010, p. 1897.

⁽⁶¹⁾ Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 11052, cit.; Sez. IV,

6 dicembre 1996, n. 54, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 698; Sez. IV, 30 ottobre 1996, n. 10590, *ivi*, 1997, p. 698; Sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 10688, *ivi*, 1997, p. 370; Sez. I, 4 maggio 1995, in *questa rivista*, 1996, p. 3711; in dottrina in tal senso DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., *Le prove*, vol. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinamento di Marzaduri, Utet, 1999, p. 271; MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, cit., p. 267 ss.; MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 72.

re l'incarico affidatogli, nonché a mantenere il segreto in ordine alle operazioni compiute; tale esperto non è tenuto a rendere alcuna formale dichiarazione di impegno, a differenza di quanto previsto invece per il perito.

Al pubblico ministero spetta il compito di indicare al consulente l'oggetto dell'accertamento che deve essere espletato e di 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, ed al di là delle ipotesi tassativamente fissate, con riferimento al perito, dall'art. 231 c.p.p.⁽⁶²⁾.

Per quanto concerne la regolamentazione dell'accertamento tecnico irripetibile le eventuali lacune nella previsione normativa dell'art. 360 c.p.p. possono essere colmate, almeno in parte, facendo ricorso, in via di applicazione analogica, al disposto degli artt. 220 ss. c.p.p. in tema di perizia⁽⁶³⁾, stante la corrispondenza funzionale con tale mezzo di prova⁽⁶⁴⁾, sebbene il legislatore non abbia espressamente richiamato, con riferimento all'istituto dell'accertamento tecnico irripetibile, la normativa in tema di incidente probatorio. Il mancato rinvio è stato giustificato «in considerazione dell'opportunità di non tipizzare l'accertamento in questione»⁽⁶⁵⁾, tenuto conto della volontà da parte del codice di dar vita in tal modo ad una regolamentazione maggiormente "snella".

L'applicazione analogica delle norme dettate in tema di perizia induce a sostenere che anche rispetto all'accertamento tecnico non ripetibile valga 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 patologiche⁽⁶⁶⁾.

Del resto, poiché l'accertamento tecnico di cui all'art. 360 c.p.p. si pone in rapporto di alternatività con la perizia espletata in sede di incidente probatorio, i presupposti per il suo compimento devono essere considerati gli stessi di quelli delineati per la perizia.

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 difen-

⁽⁶²⁾ V. in tal senso D'AMBROSIO, sub artt. 359-360, cit., p. 191 e 192, che così aggiunge: «il rapporto fiduciario con il pubblico ministero prevale qui sulla connotazione pubblicistica dell'incarico: tanto più che nei confronti del consulente non possono essere esperiti procedimenti disciplinari diversi da quelli che le categorie di appartenenza ritenessero di iniziare autonomamente».

⁽⁶³⁾ KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 160, nota 75; NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 611.

⁽⁶⁴⁾ D'AMBROSIO, sub artt. 359 e 360 c.p.p., cit., p. 188; KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 159; MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, cit., p. 267; NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 611.

⁽⁶⁵⁾ Così Relazione prog. prel. c.p.p., cit., p. 91.

⁽⁶⁶⁾ 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».

sori presenti, né ipotizza, almeno formalmente, che i consulenti tecnici della difesa possano proporre la formulazione di “specifiche indagini” da compiere nel corso dell’accertamento stesso; è stato tuttavia osservato come dette possibilità siano estensibili, in analogia al disposto degli artt. 226, comma 2, e 230, comma 2, c.p.p., anche agli accertamenti tecnici irripetibili, giacché in caso contrario, e cioè accogliendo un’impostazione più riduttiva, l’indagato si vedrebbe in ogni caso costretto a formulare riserva di incidente probatorio⁽⁶⁷⁾.

Sempre alla luce di queste considerazioni l’esperto chiamato, mediante decreto del pubblico ministero⁽⁶⁸⁾, all’effettuazione dell’accertamento tecnico non ripetibile deve essere considerato legittimato a fare ricorso, così come previsto 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 valutazioni⁽⁶⁹⁾.

Gli elementi acquisiti dal consulente tecnico nominato dal p.m. in base all’art. 360 c.p.p. sono utilizzabili solo per rispondere ai quesiti e non possono altrimenti assumere valenza probatoria⁽⁷⁰⁾, in assoluta simmetria al disposto dell’art. 228, comma 3, c.p.p., volto a prevedere che qualora, ai fini dello svolgimento dell’incarico, il perito richieda notizie all’imputato, alla persona offesa o ad altre persone, i dati conoscitivi ottenuti possano essere utilizzati solo ai fini dell’accertamento peritale.

Va parimenti giudicata applicabile all’esperto chiamato a svolgere l’accertamento tecnico irripetibile la normativa prevista per il perito in tema di incapacità ed incompatibilità, nonché quella concernente le ipotesi di astensione e di ricusazione⁽⁷¹⁾.

Occorre infine ricordare che, laddove venga richiesto l’esame dibattimentale dell’esperto che ha effettuato l’accertamento tecnico, deve trovare applicazione, in via analogica, la disciplina delineata dall’art. 511, comma 3, c.p.p., in base alla quale la lettura della relazione, che rappresenta il momento finale del procedimento acquisitivo della prova, può essere disposta solo dopo l’avvenuto esame dell’esperto⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁷⁾ V. in tal senso DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 517; analogamente GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 72 e 73.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. 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».

⁽⁶⁹⁾ D’AMBROSIO, sub artt. 359 e 360, cit., p. 192.

⁽⁷⁰⁾ Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 6887, in *C.E.D. Cass.*, n. 249569 (con riferimento ad una serie di dichiarazioni rese al consulente tecnico da soggetti minorenni, vittime di abusi sessuali); analogamente Sez. III, 13 novembre 2007, *ivi*, n. 238846.

⁽⁷¹⁾ GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 384 e 385.

⁽⁷²⁾ Cfr. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 298, il quale inoltre osserva (*ivi*, nota 46) che «al di là di tale applicazione analogica,

resterebbe comunque la possibilità di applicare direttamente l’art. 511, comma 2, che prevede una disciplina generale, in tutto simile per quanto riguarda la lettura di verbali che contengono dichiarazioni, la quale deve seguire all’esame della persona che le ha rese». Sul punto v. inoltre 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 *questa rivista*, 1995, p. 333, ove si afferma che «estendendo in via analogica ... la disposizione ex art. 511, comma 3, secondo la quale la lettura della relazione peritale va disposta dopo l’esame del perito, ... i risultati dell’accertamento (e l’allegata relazione scritta) potranno diventare prova *tout-court* solo dopo l’esame del consulente». A sua volta GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 391 e 392, rileva che «per consentire l’ingresso degli esiti dell’accertamento tecnico (art.

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 dato vita, se non ad una ulteriore ipotesi di perizia⁽⁷³⁾, quantomeno ad un «vero e proprio surrogato della perizia»⁽⁷⁴⁾, ad una «perizia 'deformalizzata'»⁽⁷⁵⁾, disposta generalmente in presenza della necessità di effettuazione di accertamenti che non presentano un elevato livello di difficoltà⁽⁷⁶⁾.

Alla luce di tale impostazione, si è sottolineato che l'intera procedura di cui all'art. 360 c.p.p. rappresenta in fondo «un caso di incidente probatorio *sui generis*»⁽⁷⁷⁾, una sorta di «incidente probatorio atipico»⁽⁷⁸⁾, caratterizzato peraltro da una disciplina estremamente scarna «anche con riferimento alla attivazione del contraddittorio»⁽⁷⁹⁾.

L'accertamento tecnico previsto dall'art. 360 c.p.p. in altri termini pare rappresentare la «via di fuga» all'alternativa tra l'espletamento della perizia in sede di incidente probatorio e la perizia dibattimentale⁽⁸⁰⁾.

5. LA FORMULAZIONE DELLA RISERVA DI INCIDENTE PROBATORIO

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 accertamento tecnico irripetibile, ha il diritto, rientrando nell'ambito dei poteri dispositivi attribuitigli dal legislatore, di esercitare quello che una parte della dottrina definisce come una sorta di "veto"⁽⁸¹⁾ all'iniziativa del pubblico ministero, e di richiedere la conversione in incidente probatorio, onde fruire in tal modo delle maggiori garanzie connesse a questo meccanismo⁽⁸²⁾.

360 c.p.p.) dovrebbe ... risultare pregiudiziale l'assunzione dell'esame diretto del tecnico che ha provveduto all'indagine specialistica, salvo il caso in cui le parti interessate all'audizione di tale soggetto non provvedano alla sua citazione (art. 468, comma 1, c.p.p.) ... L'essenza dell'accertamento tecnico, al pari della perizia, è da individuarsi nella valutazione conseguente al compimento dell'atto materiale e ... quindi, il risultato da acquisire è fondamentalmente quello esposto verbalmente dallo specialista, tanto che solo in via residuale si consente l'accesso a dati già formati».

⁽⁷³⁾ NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, p. 240. Per una sottolineatura della «totale equiparazione tra perizia e accertamento tecnico non ripetibile» v. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, in questa rivista, 1996, p. 697. Contra DELL'ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, cit., c. 241 e 242.

⁽⁷⁴⁾ DEAN, voce *Consulenza tecnica*, in *Dig. d. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, p. 517. V. anche Relazione prog. prel. c.p.p., cit., p. 91, ove si osserva inoltre come l'accertamento tecnico irripetibile tenda «ad evitare il ricorso agli incidenti probatori in quei casi semplici ma numerosi che possono verificarsi nella pratica».

⁽⁷⁵⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 65.

⁽⁷⁶⁾ NEPPI MODONA, voce *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».

⁽⁷⁷⁾ LA ROCCA, *La prova delegata. Sez. I L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, cit., vol. II, cit., p. 228.

⁽⁷⁸⁾ GALASSO, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. merito*, 1991, p. 1142 ss.

⁽⁷⁹⁾ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 318.

⁽⁸⁰⁾ TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, 2007, p. 61.

⁽⁸¹⁾ Cfr. D'AMBROSIO, sub *artt. 359 e 360*, cit., p. 189; DEAN, voce *Consulenza tecnica*, cit., p. 517; GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 138; NEPPI MODONA, *Accertamento tecnico*, cit., p. 468.

⁽⁸²⁾ Come sottolineato da GRILLI, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell'irripetibilità*,

Infatti la persona sottoposta alle indagini può esperire una “contromossa”, formulando riserva di promuovere l’incidente probatorio, ed in tal caso il pubblico ministero, constatata la mancata adesione da parte dell’indagato, 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 disp. 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 probatorio⁽⁸³⁾.

Tale “diritto di veto” può parimenti essere esercitato, ai sensi dell’art. 99, comma 1, c.p.p., dal difensore della persona sottoposta ad indagini⁽⁸⁴⁾.

È stato talora osservato criticamente che l’indagato od il suo difensore potrebbero operare in maniera ostruzionistica, pervenendo ad un “abuso del processo”⁽⁸⁵⁾, esprimendo una riserva di promuovere incidente probatorio alla quale in realtà non segua alcuna richiesta, o faccia seguito dopo un periodo così lungo di tempo da rendere inutile l’effettuazione del predetto incidente probatorio, a causa della deteriorabilità degli elementi che dovrebbero costituire oggetto di analisi⁽⁸⁶⁾.

Viene infatti censurata la mancata fissazione di un termine entro cui sciogliere la riserva e promuovere l’incidente, rilevandosi come in tal modo la possibilità di esprimere la riserva sia utilizzabile anche per finalità meramente dilatorie, da parte di chi non ha alcuna effettiva intenzione di fare ricorso allo strumento delineato dagli artt. 392 ss. c.p.p.⁽⁸⁷⁾.

Al riguardo si è osservato, in chiave *de iure condendo*, che il legislatore dovrebbe intervenire in materia «stabilendo un termine breve affinché l’indagato sciolga la riserva e decida se promuovere o meno l’incidente probatorio»⁽⁸⁸⁾.

Alla luce dell’attuale normativa, onde evitare pericolose situazioni di stallo, potrebbe comunque affermarsi che la formulazione della riserva, non seguita da ulteriori indicazioni da parte dell’indagato, giustifica il successivo ricorso all’incidente probatorio da parte del pubblico ministero. In altri termini deve ritenersi che qualora l’interessato, dopo aver esercitato il potere di “veto”, rimanga inerte e non promuova l’effettuazione dell’incidente probatorio, il pubblico ministero sia legittimato a procedere autonomamente affinché venga instaurato tale meccanismo, formulando pertanto istanza in tal senso al giudice per le indagini preliminari⁽⁸⁹⁾.

Il “veto” espresso dalla parte risulta invece insuperabile per quanto concerne l’e-

in questa rivista, 2003, p. 3104, l’accertamento tecnico irripetibile, al pari dell’incidente probatorio, tende ad anticipare la formazione della prova ad una fase antecedente rispetto a quella del dibattimento «ma, a differenza di esso, risulta caratterizzato da un procedimento più agile e veloce e da garanzie difensive più attenuate».

⁽⁸³⁾ BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. d. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, p. 349; SAVIOTTI, sub *art. 117 norme att. c.p.p.*, cit., p. 419.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. D’AMBROSIO, sub *artt. 359 e 360*, cit., p. 189.

⁽⁸⁵⁾ Sulle varie fattispecie di abuso nel processo penale v. per tutti CATALANO, *L’abuso del processo*, Giuffrè, 2004, p. 138 ss.

⁽⁸⁶⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 123 ss.

⁽⁸⁷⁾ CATALANO, *L’abuso del processo*, cit., p. 245; D’AMBROSIO, sub *artt. 359 e 360*, cit., p. 190.

⁽⁸⁸⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 125.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., p. 611; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 514.

ventualità del ricorso all'accertamento tecnico indifferibile, salvo che l'accertamento, qualora differito anche per un brevissimo lasso di tempo, non possa più essere utilmente compiuto, 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»⁽⁹⁰⁾. Infatti il pubblico ministero, nonostante la riserva di richiesta di incidente probatorio, può ritenere assolutamente indifferibile l'accertamento di cui all'art. 360 c.p.p., 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 a causa del decorso del tempo⁽⁹¹⁾.

In presenza di una simile ipotesi il pubblico ministero peraltro potrebbe, almeno secondo una parte della dottrina, 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 morte⁽⁹²⁾.

È dubbio se il rigetto della riserva avanzata dall'indagato o dal suo difensore debba o meno essere espresso mediante un provvedimento motivato. A favore della tesi negativa si potrebbe osservare che l'art. 360, comma 4, c.p.p., nel delineare detta ipotesi, non pone in capo al pubblico ministero alcun obbligo di motivazione⁽⁹³⁾; deve peraltro ritenersi decisamente preferibile l'impostazione volta ad esigere la motivazione, giacché solo grazie ad essa il giudice può successivamente esperire un adeguato controllo sulla sussistenza dei presupposti volti ad autorizzare tale condotta del pubblico ministero, onde valutare se gli atti così compiuti siano o meno utilizzabili nel dibattimento⁽⁹⁴⁾.

Al fine di accertare la correttezza della scelta del pubblico ministero, che abbia ritenuto di essere in presenza della situazione delineata dall'art. 360, comma 4, ultima parte, c.p.p., occorre operare un giudizio di «prognosi postuma da condursi *ex ante*»⁽⁹⁵⁾, e cioè un giudizio che tenga conto esclusivamente dei dati conoscitivi di cui questi era in possesso al momento in cui decise di non acconsentire al diffe-

⁽⁹⁰⁾ NEPPI MODONA, voce *Accertamento tecnico*, cit., p. 468; sul punto v. altresì BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 317.

⁽⁹¹⁾ Sez. III, 4 aprile 2000, n. 8342, in *questa rivista*, 2001, p. 2420.

⁽⁹²⁾ Per tale soluzione v., tra gli altri, NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 612. In senso decisamente contrario v. invece ZANGANI, *L'autopsia giudiziaria e l'art. 360 c.p.p. sugli «accertamenti tecnici non ripetibili»*, cit., c. 608.

⁽⁹³⁾ Cfr. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., p. 145.

⁽⁹⁴⁾ Si esprime a favore di quest'ultima tesi BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 317, nt. 70; nonché NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero*, cit., p. 611: «Pur nel silenzio della norma sul punto, non pare potersi negare che il rigetto della riserva dell'indagato debba essere espresso in un provvedimento motivato, atteso che sulla correttezza delle ragioni addotte dal p.m. è poi previsto il controllo del giudicante di cui al quinto comma dell'art. 360 c.p.p.».

⁽⁹⁵⁾ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 317.

rimento dell'accertamento, impedendo così l'effettuazione dell'incidente probatorio ⁽⁹⁶⁾.

L'indifferibilità che può giustificare l'immediato ricorso all'accertamento tecnico, nonostante l'espressa riserva formulata dall'indagato, 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.

Si è giustamente rilevato che in questo caso si è in presenza di una indifferibilità "quantitativamente" differente rispetto a quella caratterizzante l'ipotesi presa in esame dall'art. 360, comma 1, c.p.p., e tale da rendere l'attività accertativa non assoggettabile ai tempi, pur ridotti, occorrenti per l'espletamento dell'incidente probatorio ⁽⁹⁷⁾; siamo infatti di fronte ad un'ipotesi peculiare di non rinviabilità, non più riferibile al dibattimento ma all'incidente probatorio, le cui modalità di attivazione risulterebbero incompatibili rispetto ad una situazione caratterizzata dal rischio concreto di un'immediata modificabilità dei dati che si intendono esaminare.

In altri termini, il potere dispositivo dell'indagato di chiedere la celebrazione dell'incidente probatorio in luogo dell'accertamento tecnico viene meno in presenza dell'assoluta indifferibilità di detto accertamento, che concreta una condizione ostativa al ricorso alla procedura di cui al titolo VII del libro V. In tal caso le limitazioni, per quanto concerne le garanzie della difesa, connesse all'espletamento dell'accertamento tecnico non ripetibile non trovano più giustificazione in una logica di "consenso", basata sull'inerzia dell'indagato, e dalla quale può essere implicitamente dedotta l'accettazione del ricorso alla procedura di cui all'art. 360 c.p.p.; esse traggono invece il loro presupposto dalla considerazione secondo la quale una diversa modalità operativa impedirebbe l'acquisizione di taluni elementi conoscitivi, destinati ad essere irrimediabilmente persi in un brevissimo lasso di tempo ⁽⁹⁸⁾.

Il provvedimento con cui, nonostante la riserva formulata dall'indagato, il pubblico ministero decide di procedere all'accertamento tecnico, stante la sua assoluta indifferibilità, non è impugnabile; peraltro, in assenza di una situazione tale da giustificare il diniego alla dilazione temporale necessaria per l'espletamento dell'incidente probatorio, i dati ottenuti mediante l'accertamento tecnico irripetibile non potranno essere utilizzati nel dibattimento ⁽⁹⁹⁾ in base al disposto dell'art. 360, comma 5, c.p.p., volto a prevedere l'ipotesi nella quale il pubblico ministero, di fronte alla formulazione della riserva ad opera della parte ed in mancanza delle condizioni delineate dall'art. 360, comma 4, ultima parte, c.p.p., dispone ugualmente gli accertamenti.

L'art. 360, comma 5, c.p.p. prevedeva nel suo testo originario che gli elementi acqui-

⁽⁹⁶⁾ MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, cit., p. 268.

⁽⁹⁷⁾ V. al riguardo KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 155.

⁽⁹⁸⁾ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 159.

⁽⁹⁹⁾ Sez. II, 11 novembre 2010, n. 43726, in *C.E.D. Cass.*, n. 249222; Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 11052, cit.; Sez. III, 4 aprile 2000, n. 8342, cit.

siti dal pubblico ministero nonostante la riserva dell'indagato diretta a richiedere la celebrazione dell'incidente probatorio ed in assenza di una situazione di assoluta indifferibilità fossero inutilizzabili ai fini del giudizio; la modifica di detta formulazione, ad opera dell'art. 5 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, e la sostituzione del «dibattimento» alla precedente terminologia, che faceva invece riferimento al «giudizio», indicano che i risultati dell'accertamento tecnico possono essere ora legittimamente valutati, pur in assenza dei presupposti di indifferibilità richiesti dall'art. 360, comma 4, c.p.p., per l'adozione di misure cautelari⁽¹⁰⁰⁾, o qualora venga celebrato il giudizio abbreviato o le parti richiedano l'applicazione della pena e dunque, più in generale, ogni qualvolta si sia in presenza di un rito volto ad evitare il passaggio alla fase dibattimentale o di una decisione adottabile anche antecedente alla celebrazione di detta fase⁽¹⁰¹⁾.

La mancata riserva di incidente probatorio viene invece configurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla stregua di una sorta di adesione alla scelta compiuta dal pubblico ministero, e legittima l'inserimento degli esiti dell'accertamento tecnico nel fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. c) c.p.p., quali atti irripetibili⁽¹⁰²⁾; essi sono conseguentemente utilizzabili dal giudice per la sua decisione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 511 e 526 c.p.p.⁽¹⁰³⁾.

Ci si potrebbe peraltro domandare cosa avvenga qualora in concreto risultino insussistenti gli estremi dell'irripetibilità. I dubbi potrebbero essere giustificati dal fatto che l'art. 431, comma 1, lett. c) c.p.p. menziona i verbali «degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore», facendo in tal modo riferimento alla sostanza dell'atto, e non già ad un mero riconoscimento formale ad opera delle parti. In via preliminare occorre ribadire che la mancata formulazione della riserva da parte dell'indagato implica la sua adesione alle determinazioni del pubblico ministero, a prescindere dall'effettiva situazione su cui esse sono basate; infatti tale meccanismo appare ispirato a quello che può essere definito come il principio di non contestazione⁽¹⁰⁴⁾. In altri termini, la mancata formulazione della riserva ad opera dell'indagato evidenzia l'acquiescenza in ordine all'effettiva sussistenza di una situazione di irripetibilità.

Comunque il dato di maggiore interesse al riguardo è rappresentato dal fatto che la giurisprudenza non mostra dubbi nel rilevare come l'imputato che non abbia ritualmente formulato un'espressa riserva tendente all'effettuazione dell'incidente probatorio non possa successivamente evidenziare il vizio ricollegabile all'avvenuto

⁽¹⁰⁰⁾ Sez. I, 23 maggio 2007, n. 23939, in *questa rivista*, 2008, p. 2493.

⁽¹⁰¹⁾ BRESCIANI, sub art. 360, in *Commento al codice di procedura penale*, cit., II Agg., Utet, 1993, p. 153; NUZZO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero nelle indagini preliminari*, cit., p. 614.

⁽¹⁰²⁾ Sez. IV, 12 aprile 2000, n. 5863, in *questa rivista*, 2001, p. 2420; Sez. VI, 18 aprile 1996, *ivi*, 1997, p. 2501, ed in *Giust. pen.*, 1997, III, c. 375; in dottrina cfr. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, cit., p. 316; GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 122.

⁽¹⁰³⁾ Sez. IV, 12 aprile 2000, n. 5863, cit.; Sez. IV, 30 ottobre 1996, n. 10590, cit.; Sez. VI, 18 aprile 1996, cit.; Sez. I, 4 maggio 1995, in *questa rivista*, 1996, p. 3711; Sez. I, 28 ottobre 1993, *ivi*, 1995, p. 1906; Sez. VI, 22 febbraio 1993, *ivi*, 1995, p. 324, con nota di G. LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minimi su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale di una specie di consulenza pre-processuale del magistrato requirente*.

⁽¹⁰⁴⁾ DI DEDDA, *Il consenso delle parti nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 319.

espletamento dell'accertamento tecnico in assenza del requisito dell'irripetibilità, e non possa conseguentemente eccepire detta mancanza. Egli risulta ormai decaduto dalla possibilità di formulare la relativa eccezione, nonostante l'eventuale effettiva carenza della connotazione di irripetibilità ⁽¹⁰⁵⁾.

6. GLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI DISPOSTI DALLA DIFESA

Nel contesto delle investigazioni difensive l'art. 391-*decies*, commi 3 e 4, c.p.p., fa anche riferimento agli accertamenti tecnici non ripetibili. Va ricordato che, antecedentemente all'approvazione della disciplina in tema di indagini difensive, contenuta nella l. 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 irripetibile, 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 meno ⁽¹⁰⁶⁾.

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 ⁽¹⁰⁷⁾; 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 presenziare ⁽¹⁰⁸⁾.

A differenza di quanto disposto dall'art. 360 c.p.p. con riferimento agli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero, il legislatore non pone invece a carico del difensore dell'indagato l'obbligo di avvisare anche la persona offesa dal reato e gli eventuali coindagati. Questa lacuna è colmata, almeno parzialmente, dalla normativa deontologica ⁽¹⁰⁹⁾.

Non è parimenti previsto che qualora gli accertamenti irripetibili siano svolti dal consulente tecnico della persona offesa debba essere avvisato il difensore dell'indagato.

⁽¹⁰⁵⁾ Sez. II, 11 novembre 2010, n. 43726, cit.; Sez. I, 29 novembre 2007, n. 47502, in *C.E.D. Cass.*, n. 238365; Sez. I, 11 marzo 2003, n. 28979, in *questa rivista*, 2004, p. 2920; Sez. IV, 12 aprile 2000, n. 5863, cit. Peraltro Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 11052, in *C.E.D. Cass.*, n. 243861, ha affermato che qualora l'indagato non opponga la riserva di incidente probatorio decade dalla possibilità di contestare l'indifferibilità dell'atto e di rilevare l'inutilizzabilità dell'accertamento, ma può comunque eccepire in sede di questioni preliminari, concernenti il contenuto del fascicolo del dibattimento, ex art. 491, comma 2, c.p.p., l'illegittimo inserimento dei risultati dell'accertamento tecnico nel fascicolo del dibattimento.

⁽¹⁰⁶⁾ MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 75.

⁽¹⁰⁷⁾ Va invece osservato che tale obbligo non sussiste in relazione agli atti non ripetibili non costi-

tuenti accertamento tecnico, e cioè per gli atti che si risolvono in meri rilievi o in accertamenti di natura diversa da quella tecnico-scientifica; in questo caso tuttavia il p.m., pur non dovendo essere preavvisato, ha comunque la facoltà di assistere a detti incombenenti, qualora ne abbia conoscenza. V. al riguardo CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 589.

⁽¹⁰⁸⁾ P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2005, p. 118.

⁽¹⁰⁹⁾ CAVOLA, *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. e proc. pen.*, 2004, p. 930, sottolineando peraltro l'insufficiente portata delle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi deontologici.

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 «in quanto compatibili» le facoltà di cui all'art. 360 c.p.p. Egli conseguentemente va posto nelle stesse condizioni in cui si troverebbe il difensore nell'ipotesi inversa; pertanto non solo può nominare un proprio consulente tecnico e partecipare unitamente al predetto consulente agli accertamenti tecnici disposti dalla difesa, formulando osservazioni e riserve in detto contesto, ma può parimenti formulare la riserva di promuovere incidente probatorio⁽¹¹⁰⁾.

Sotto questo aspetto non paiono sussistere delle particolari perplessità; ci si potrebbe peraltro interrogare sulla possibilità per la difesa di procedere ugualmente, nonostante la richiesta di incidente probatorio da parte del p.m., qualora essa ritenga sussistente una situazione speculare a quella presa in esame dall'art. 360, comma 4, ult. parte c.p.p., concernente cioè l'ipotesi in cui gli accertamenti, laddove differiti, non potrebbero più essere utilmente compiuti⁽¹¹¹⁾.

Anche se «appare arduo affermare che la difesa possa superare la volontà della parte pubblica di procedere chiedendo una perizia in incidente probatorio»⁽¹¹²⁾, la parificazione fra accusa e difesa sembrerebbe far ritenere possibile un'applicazione in via analogica dell'art. 360, comma 4, ult. parte, c.p.p., onde evitare un'asimmetria tra la posizione del pubblico ministero e quella del difensore, tale da porre quest'ultimo in una posizione nettamente subalterna rispetto alle decisioni del rappresentante della Procura, col rischio, oltretutto, della dispersione di importanti elementi probatori. Alla luce di queste considerazioni il difensore dovrebbe ritenersi autorizzato a far esperire gli accertamenti irripetibili, in caso di effettiva indifferibilità, nonostante la riserva formulata dal pubblico ministero⁽¹¹³⁾; 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 questa soluzione si sostiene invece che il difensore non può mai superare l'ostacolo rappresentato dalla riserva da parte del pubblico ministero di promuovere l'incidente probatorio e non può pertanto disporre l'accertamento tecnico, pur ritenendolo indifferibile⁽¹¹⁴⁾. Partendo dalla premessa in base alla quale la parificazione tra pubblico ministero ed imputato non necessariamente si traduce in

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 588; GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 95.

⁽¹¹¹⁾ V. al riguardo le considerazioni sviluppate da Trib. Lanciano, 14 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2003, II, p. 923, ove si osservò che, se in linea generale deve ritenersi preclusa al difensore la possibilità di disporre il compimento di accertamenti tecnici che determinino una modificazione irreversibile dello stato dei luoghi, tale conclusione va peraltro rivista con riferimento alle ipotesi in cui detti accertamenti appaiano assolutamente indifferibili.

⁽¹¹²⁾ TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1464.

⁽¹¹³⁾ Cfr., a favore di detta tesi, CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato*, cit., p. 927 e 928; GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 16, p. 37; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Cedam, 2002, p. 263; NICOLUCCI, *Appunti per la redazione di un primo bilancio sulle indagini difensive*, in *Giur. merito*, 2005, p. 1410; G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Giuffrè, 2003, p. 361; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 616 e 617; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 117.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, Cedam, 2003, p. 147 e 148; in senso analogo TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, 2002, p. 368.

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 privata⁽¹¹⁵⁾, viene osservato come nel caso in esame non sia possibile collocare sullo stesso piano l'imputato ed il pubblico ministero, che nel disporre l'accertamento tecnico irripetibile persegue unicamente degli scopi di giustizia.

È peraltro indubbio che la tesi volta a negare al difensore la possibilità di procedere ugualmente all'accertamento tecnico, in caso di assoluta indifferibilità, nonostante la riserva di incidente probatorio formulata dal pubblico ministero, determina delle conseguenze negative estremamente gravi, consistenti nella perdita di preziosi dati conoscitivi che potrebbero essere utilizzati a favore della difesa.

Onde pervenire a un'impostazione 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 essere legittimato a disporre un proprio autonomo accertamento tecnico «avente il medesimo oggetto di quello disposto dalla difesa»⁽¹¹⁶⁾.

Questa possibile soluzione impone peraltro di affrontare un ulteriore problema, di carattere generale, e di assai ardua soluzione, legato «all'eventualità che le parti ... decidano di attivarsi per effettuare un accertamento tecnico non ripetibile avente lo stesso oggetto»⁽¹¹⁷⁾. 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 degli accertamenti, di fatto se lo troverebbe svuotato, in quanto esso sarebbe condizionato dalle iniziative adottate dagli organi inquirenti pubblici»⁽¹¹⁸⁾.

Una simile considerazione evidenzia la lacunosità della previsione normativa configurata dall'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p., che ha indotto ad invocare un intervento correttivo da parte del legislatore⁽¹¹⁹⁾.

Taluno ha sostenuto che in tal caso potrebbe rivelarsi opportuno un intervento *ab externo*, da parte del giudice, volto a disciplinare le possibili interferenze al riguardo «con la prospettiva – unica – di risolvere la questione ricorrendo all'incidente probatorio nelle forme previste dall'art. 400 c.p.p.»⁽¹²⁰⁾, e cioè avvalendosi dell'abbreviazione dei termini per procedere all'effettuazione di detto incombente. Trattasi peraltro di una soluzione forzata, oltretutto non pienamente rispondente alle effettive esigenze della situazione precedentemente configurata. Infatti, avendo presente l'ipotesi speculare dell'art. 360, comma 4, c.p.p., va tenuto conto del fatto che la disposizione volta ad ammettere il compimento degli accertamenti indifferibili, nonostante la riserva di incidente probatorio, trova il suo spazio applicativo pro-

⁽¹¹⁵⁾ TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 191.

⁽¹¹⁶⁾ P. VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 117.

⁽¹¹⁷⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 97.

⁽¹¹⁸⁾ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit.,

⁽¹¹⁹⁾ CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato*, cit., p. 930; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 189.

⁽¹²⁰⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 97.

prio nei casi in cui, a causa della sussistenza di una situazione di assoluta urgenza, neppure il ricorso al meccanismo dell'art. 400 c.p.p. varrebbe ad impedire la perdita dei dati conoscitivi, ottenibili solo in virtù dell'immediato ricorso all'accertamento irripetibile.

Sempre con riferimento agli accertamenti tecnici irripetibili disposti dalla difesa, la giurisprudenza è intervenuta in senso limitativo, precisando che laddove si riveli necessario il compimento di atti all'estero, il difensore ha «l'obbligo di inoltrare richiesta al pubblico ministero», e non può dunque esperirli autonomamente⁽¹²¹⁾. A sua volta anche una parte della dottrina, pur affermando che per il difensore «non vi sono limiti» all'effettuazione di eventuali accertamenti tecnici irripetibili all'estero⁽¹²²⁾, riconosce peraltro che i risultati così ottenuti sono in realtà inutilizzabili⁽¹²³⁾ e sottolinea conseguentemente la necessità di espletare invece una rogatoria, cui peraltro non può fare ricorso il difensore⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²¹⁾ Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in *Giur. it.*, 2008, c. 986, con nota critica di CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*.

⁽¹²²⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 103.

⁽¹²³⁾ In tal senso v. anche PISANI, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1458 ss.

⁽¹²⁴⁾ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 104.

