



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

La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA

ENRICO MARZADURI

GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

prova penale



Area **Diritto Penale** – 6

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

La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA
ENRICO MARZADURI
GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2013 - LINEA PROFESSIONALE - TORINO

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

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

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

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

di *Pierpaolo Rivello*

SOMMARIO: 1. Analisi storica. – 2. Le connotazioni della perizia nell'attuale normativa. – 3. Le differenti tipologie di perizia analizzate alla luce del principio dell'oralità. – 4. L'ambito dell'attività peritale. – 5. La distinzione tra il perito ed il "testimone tecnico". – 6. La presunta "neutralità" della perizia. – 7. Il divieto di perizia criminologica o psicologica e le deroghe a tale divieto nell'ambito del rito minorile e del procedimento di esecuzione. – 8. La nomina del perito. – 9. La ristretta area degli esperti autorizzati ad espletare la perizia nummaria. – 10. La regolamentazione concernente le perizie che esigono l'effettuazione di atti idonei ad incidere sulla libertà personale. – 11. Il conferimento dell'incarico peritale. – 12. L'incapacità e l'incompatibilità del perito. – 13. L'astensione e la ricusazione del perito. – 14. Lo svolgimento delle operazioni peritali. – 15. L'autorizzazione concedibile al perito «*a servirsi di ausiliari di sua fiducia*». – 16. La richiesta di notizie «*all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone*» da parte del perito. – 17. La perizia disposta nelle fasi anteriori al dibattimento. – 18. La perizia dibattimentale.

1. Analisi storica

Le differenze, spesso marcate, riscontrabili tra i codici del 1865, del 1913 e del 1930 in tema di perizia, possono essere agevolmente comprese tenendo conto del mutevole atteggiarsi del mondo del diritto nei confronti degli apporti scientifici. È infatti evidente che un'adesione incondizionata ad un'impostazione positivista, caratterizzata da una fiducia quasi cieca nella possibilità che la scienza dia conto di ogni fenomeno della realtà circostante, induce non solo ad estendere l'ambito di operatività della perizia ed a valutarne conseguentemente con particolare favore l'utilizzo, ma anche ad attribuire un altissimo tasso di credibilità ai risultati delle attività peritali, mentre, al contrario, un diffuso scetticismo nei confronti della pretesa valenza taumaturgica della scienza favorisce una soluzione diretta a comprimere entro ambiti estremamente ridotti i meccanismi predisposti per permettere di veicolare all'interno del processo gli apporti provenienti dal settore tecnico scientifico.

L'analisi storica permette di dar conto di una serie di modificazioni sostanziali al riguardo, evidenziando in particolare come solo con l'attuale normativa sia stata delineata una chiara distinzione fra la figura del perito e quella del consulente tecnico,

ponendo così termine alle incertezze e confusioni del passato. Ad esempio il codice del 1865 definiva come “perizie” quelle che oggi verrebbero considerate delle consulenze tecniche, ammettendole anche nelle ipotesi in cui il giudice non avesse disposto una perizia d’ufficio. Qualora fosse stata disposta pure la perizia d’ufficio, era prevista l’instaurazione di una sorta di contraddittorio, peraltro assai ridotto, tra i periti d’ufficio e quelli di parte.

Tale codice aveva inoltre configurato la “controperizia dibattimentale”¹, volta a permettere un controllo sulla perizia precedentemente espletata nella fase istruttoria.

La mancanza di un reale contraddittorio durante l’istruttoria fra i diversi periti di parte e tra questi ed i periti di ufficio provocava peraltro nella fase successiva del procedimento delle conseguenze sconcertanti, almeno a giudizio dell’opinione del tempo, legata ad una visione della scienza considerata “inconfutabile” nelle sue dogmatiche certezze. Infatti nel corso delle udienze dibattimentali i periti non si limitavano ad una mera esposizione di tesi scientifiche, in quanto le loro dichiarazioni si trasformavano molto spesso in scontri dialettici accalorati, volti a dimostrare la “preferibilità” delle rispettive posizioni, confermando in tal modo, di fronte ad un uditorio disorientato, la sussistenza di “scuole” scientifiche in netto contrasto fra loro e sconfessando conseguentemente l’ingenua credenza diretta a ritenere che la “risposta” offerta dalla scienza ad una determinata questione dovesse essere univoca.

Tutto ciò indusse ad affermare che, a causa delle continue dispute tra i “periti d’accusa” ed i “periti di difesa”, le udienze erano divenute una sorta di accademia oratoria ove si alternavano i cultori di diverse discipline², e che occorreva conseguentemente sopprimere almeno la controperizia dibattimentale.

Alla luce di tali rilievi critici, il codice del 1913 diede un diverso assetto alla materia, permettendo in particolare di anticipare alla fase istruttoria il contraddittorio fra i periti. Inoltre la possibilità per l’imputato di farsi assistere da un esperto, definito «*perito di parte*», fu subordinata al presupposto che il giudice avesse preventivamente nominato un perito d’ufficio.

Per effetto dell’art. 211, la nomina del perito da parte dell’autorità giudiziaria doveva essere comunicata «*all’imputato, o a quelli fra gli imputati che vi abbiano interesse*», con avvertimento del diritto di scegliere un secondo perito. Alla parte civile era invece negata la possibilità di avvalersi di un tale diritto.

L’art. 212 attribuiva al giudice il compito di effettuare, a pena di nullità, la nomina del secondo perito qualora l’autore del reato fosse ancora ignoto, o non risultasse presente nel corso dell’istruzione, o l’imputato ed il suo difensore non avessero comunque provveduto, entro i termini di legge, alla scelta dell’esperto.

In talune ipotesi, delineate dall’art. 213, comma 1, e caratterizzate dalla sussistenza di una situazione di urgenza, o connotate dalla semplicità dell’indagine richiesta o dalla tenuità del disvalore del reato in ordine al quale si procedeva, tale da far ritenere superflua la presenza di due esperti sulla scena processuale, era esclusa la possibilità di una perizia di parte, ammettendosi conseguentemente la sola perizia giudiziale.

¹ Per una positiva valutazione di tale istituto, v. A. STOPPATO, *La perizia scientifica nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1897, p. 25 ss.

² R. GAROFALO, *Le perizie psichiatriche*, in *Scuola pos.*, 1891, p. 577.

Il codice del 1913, in antitesi rispetto al modello delineato nel 1865, individuava nella fase istruttoria, come già abbiamo accennato, il momento privilegiato per l'espletamento della perizia e per l'effettuazione del contraddittorio tra i periti, il cui ambito di operatività risultava di contro estremamente compresso nel corso della successiva fase dibattimentale.

Nel dibattimento, infatti, l'oralità era praticamente vanificata, essendo richiesta la lettura della relazione peritale, che poteva essere accompagnata da semplici chiarimenti verbali del perito nominato d'ufficio e del "perito di parte", concernenti i dati già emersi nel corso dell'istruzione³.

Uno degli aspetti meno soddisfacenti nell'ambito della normativa dedicata alla perizia era rappresentato dalla posizione ibrida che connotava la figura del perito di parte. Tale soggetto infatti era tenuto, al pari del perito nominato dal giudice, a prestare il giuramento, con cui si impegnava a «*far conoscere la verità*», per mezzo della sua relazione. A differenza di quest'ultimo, peraltro, il perito di parte era nominato per avallare le ragioni di uno dei contendenti sulla scena processuale. Conseguentemente non poteva non apparire stonata ed innaturale la sua presunta "imparzialità", derivante dalla prestazione del giuramento, che finiva con l'omologarlo di fatto al perito d'ufficio.

Era senza dubbio difficoltoso coniugare delle impostazioni basate su prospettive così divergenti. Gli operatori del diritto dell'epoca sottolineavano infatti che il perito di parte si trovava stretto nella morsa di due distinte esigenze, difficilmente conciliabili fra loro, in quanto doveva sostenere gli interessi della parte che lo aveva nominato ma al contempo era tenuto a "far conoscere la verità", e dunque a rappresentare con assoluta oggettività la situazione sottoposta alla sua disamina.

Le problematiche derivanti dalle antinomie e dalle contraddizioni caratterizzanti questa figura vennero meno con il codice del 1930, che volle escludere in radice la possibilità di nominare un perito di parte, e sostituì a tale figura quella del consulente tecnico peritale, attribuendo a detta figura una connotazione caratterizzata da un collegamento univoco con la parte nel cui interesse essa era chiamata ad operare.

A questa scelta normativa, di per sé pienamente condivisibile, si accompagnò peraltro una regolamentazione complessiva che, basandosi sull'ormai radicale differenziazione intercorrente fra il perito d'ufficio ed il consulente di parte, giunse a sminuire in maniera inaccettabile la valenza che doveva essere attribuita all'operato di quest'ultimo, riconoscendo un netto primato all'attività del perito, di nomina giudiziale, la cui imparzialità, imposta dallo stesso giuramento al quale doveva sottoporsi, sembrava far apparire maggiormente attendibili le sue dichiarazioni rispetto a quelle del consulente tecnico. Il fatto che quest'ultimo fosse esentato dall'obbligo di prestazione del giuramento e risultasse collocato in una posizione nettamente distinta da quella del perito, induceva a considerarlo "parziale", tendenzioso, e come tale dispo-

³ L. MORTARA-U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1914, p. 404; S. LONGHI, *Codice di procedura penale (Dell'istruzione)*, in L. MORTARA ed altri (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1921, p. 513; nonché, in termini fortemente critici nei confronti di tale impostazione, L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1921, p. 308.

sto a sacrificare l'obiettività delle sue conclusioni di natura tecnico-scientifica, al fine di sostenere in ogni caso le tesi di parte.

Il codice del 1930 inoltre non prevedeva la consulenza extraperitale, escludendo la possibilità di una consulenza tecnica nelle ipotesi in cui non fosse stata disposta la perizia⁴, ed al contempo stabiliva, in virtù dell'art. 323, che solo la parte privata potesse nominare un proprio consulente tecnico. Il pubblico ministero durante l'istruzione formale doveva basarsi sulle analisi espletate dal perito nominato dal giudice, ritenute maggiormente affidabili. In caso di istruzione sommaria, era lo stesso Procuratore della Repubblica, ai sensi dell'art. 391, comma 2, a nominare il perito, qualora giudicasse necessaria la sua assistenza e purché si trattasse «di indagine facile e breve». Laddove, al contrario, l'indagine fosse stata considerata non facile o non breve, l'espletamento della perizia imponeva la trasformazione del rito; infatti, ai sensi dell'art. 391, comma 3, in ogni altro caso in cui occorreva procedere a perizia, il pubblico ministero doveva trasmettere gli atti al giudice affinché questi proseguisse il procedimento con istruzione formale.

Una parte della dottrina dell'epoca aveva fortemente contestato l'impostazione accolta dal legislatore⁵, sottolineando come questa soluzione, volta ad impedire la contrapposizione tra un consulente tecnico della difesa ed un consulente tecnico del pubblico ministero, altro non fosse se non una delle conseguenze derivanti dall'ancora «incompleta separazione dell'organo di accusa dal giudice» e dalla «non raggiunta percezione della giuridica parità tra pubblico ministero e le altre parti»⁶.

Oltretutto in tal modo la perizia, della quale si avvaleva anche il pubblico ministero, si trasformava in uno strumento funzionale anche agli interessi dell'accusa, e ciò comportava «un grave stravolgimento di prospettive: il perito finiva, il più delle volte inconsciamente, per svolgere le proprie indagini non tanto e non solo in funzione dell'accertamento della verità, ma anche nella prospettiva di sondare ed eventualmente corroborare l'ipotesi accusatoria»⁷.

Anche con riferimento alla perizia, inoltre, il codice aveva accolto dei criteri alquanto riduttivi. Il legislatore del 1930 infatti si mostrava, in generale, «piuttosto restio ad ammettere nel processo penale contributi di scienze non giuridiche»⁸, eviden-

⁴ Come rilevato da R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, p. 94, non doveva indurre in errore il disposto dell'art. 324, comma 2, c.p.p. 1930, in base al quale, quando la perizia non era ancora iniziata, il consulente tecnico poteva chiedere al giudice istruttore di sottoporre al perito dei quesiti specifici; infatti in questo caso «pur non essendo ancora iniziata, la perizia era comunque stata disposta». Per ulteriori osservazioni al riguardo, v. C.U. DEL POZZO, voce *Consulente tecnico*. B) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 541, il quale stigmatizzava l'«assurdità» rappresentato dal fatto che il consulente tecnico potesse essere nominato solo qualora fosse stata preventivamente disposta una perizia.

⁵ C.U. DEL POZZO, *Consulente tecnico*, cit., p. 541.

⁶ Cfr., per dette affermazioni, C.U. DEL POZZO, voce *Consulente tecnico*, cit., pp. 541 e 542, il quale auspicava, in una futura riforma codicistica, un deciso superamento di tale impostazione, definita «ibrida», e l'accoglimento di una diversa soluzione normativa tendente ad ammettere «i consulenti di tutte le parti, ivi compreso il pubblico ministero, in condizioni di parità con il perito».

⁷ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 22.

⁸ Cfr. P. CORSO, voce *Periti e perizia*. A) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 89.

ziando in tal modo una sorta di “diffidenza” nei confronti dei possibili apporti tecnico-scientifici. Il vizio di fondo di questo approccio era dunque in gran parte dovuto ad un’impostazione che risentiva di forti pregiudizi concernenti l’ingresso del sapere scientifico in ambito giudiziario⁹.

La definizione del giudice quale *peritus peritorum*, incentrata, come era stato sottolineato criticamente dalla dottrina dell’epoca, sulla visione di «un giudice enciclopedico che non esiste»¹⁰, appariva fondata su un approccio irrealistico, che non teneva conto della limitatezza conoscitiva dell’autorità giudiziaria in molti settori specialistici.

Tale mentalità aveva condotto ad una formulazione normativa, quale quella accolta dall’art. 314 c.p.p. 1930, nella sua dizione originaria, che finiva con l’assumere una valenza deformante laddove lasciava all’arbitrio dell’autorità giudiziaria la valutazione in ordine all’interrogativo se ricorrere o meno allo strumento peritale. Essa venne peraltro sconfessata in virtù dell’art. 15, legge n. 517/1955, con cui fu operata una modifica estremamente significativa: infatti, a seguito di tale intervento novellistico, pur mantenendosi inalterata la rubrica dell’art. 314, volta a fare riferimento alla «*facoltà del giudice di procedere a perizia*», si provvide a sostituire l’originaria dizione «*può disporre*», contenuta nel comma 1 dell’articolo sovracitato, con il perentorio «*disponere*», operando in tal modo il passaggio da una forma di discrezionalità “libera”¹¹, praticamente assoluta, ad una discrezionalità “vincolata”¹².

2. Le connotazioni della perizia nell’attuale normativa

L’art. 2, n. 10, legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, delineando le linee cardine del futuro codice di procedura penale, aveva sottolineato la necessità di un «*riordinamento dell’istituto della perizia*». In aderenza a detta indicazione il legislatore ha operato una serie di significativi cambiamenti rispetto al passato¹³, dovuti non solo alla volontà di tener conto degli spunti provenienti da altre legislazioni, ma anche, e soprattutto, al nuovo quadro generale di riferimento, ispirato, almeno in via tendenziale, ai principi accusatori, e pertanto radicalmente difforme dal modello inquisitorio caratterizzante il codice di procedura penale del 1930, le cui connotazio-

⁹ V., sul punto, P. CORSO, voce *Periti e perizia*, cit., p. 89.

¹⁰ Cfr. I. VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, p. 129.

¹¹ In ordine ai concetti di discrezionalità “libera” e di discrezionalità “vincolata”, cfr. F. CORDEIRO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 158 ss. Sul punto, successivamente, v. T. PADOVANI, *Poteri discrezionali e processo penale. Note e riflessioni su un fenomeno cangiante*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Milano, 2002, p. 583 ss.

¹² Cfr. P. CORSO, voce *Periti e perizia*, cit., p. 90 ss.; L. FULCI, voce *Perizia (Diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 963; nonché, M. NOBILI, *Diniego di perizia e utilizzabilità di “indagini tecniche” svolte in sede amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1028.

¹³ Cfr. E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 170 ss.

ni si riflettevano, quasi inevitabilmente, anche su questo settore¹⁴.

In primo luogo è mutata l'“immagine” del perito, non più considerato come un mero collaboratore del giudice o, in una diversa ottica, un suo interlocutore privilegiato¹⁵; infatti l'attuale normativa evidenzia la consapevolezza in ordine al fatto che il contributo offerto dal perito, derivante dal possesso di conoscenze specialistiche, rappresenta un fondamentale strumento probatorio utilizzabile, a seconda dei casi, dalle diverse parti processuali, in relazione a vicende processuali spesso particolarmente complesse.

L'attuale codice ha inserito la disciplina concernente l'attività peritale nell'ambito del titolo II, libro III, assegnandole una collocazione del tutto autonoma, al capo VI, ed ha implicitamente posto fine all'annosa disputa circa la natura della perizia¹⁶, che risulta ora ricondotta tra i mezzi di prova¹⁷. È stata abbandonata l'impostazione volta a ravvisare nella perizia soltanto uno strumento diretto a consentire la valutazione di altre risultanze processuali¹⁸, prevedendosi invece che essa possa venire espletata anche al fine di permettere l'acquisizione di nuovi dati conoscitivi.

Si è assistito ad una significativa modifica anche per quanto concerne i rapporti tra la perizia e la consulenza tecnica; infatti, mentre in precedenza la consulenza tecnica aveva a suo necessario presupposto la nomina di un perito, l'attuale codice ha invece delineato, accanto alla consulenza tecnica “endoperitale”, quella “extraperitale”, svincolata dunque dall'esistenza di un incarico peritale.

Passando alla concreta disamina normativa, va ricordato che in base all'art. 220, comma 1, c.p.p. la perizia è ammessa quando «*occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni*», tali da richiedere il possesso di competenze specialistiche nel campo tecnico, scientifico od artistico.

Il predetto articolo, utilizzando una formula che è stata definita «*quasi deontica*» dalla Corte costituzionale¹⁹, ha inteso dar vita ad un'ipotesi di discrezionalità vincola-

¹⁴ Cfr. R. MENDOZA-G. MARCON-L. MARCON, *La perizia e la consulenza tecnica nel processo penale*, Padova, 1994, p. 8.

¹⁵ V., in tal senso, S. MAROTTA, voce *Prova (mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 360.

¹⁶ V., in relazione al codice abrogato, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio* (1963), in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 57; P. CORSO, voce *Periti e perizia*, cit., p. 93; L. FULCI, voce *Perizia*, cit., p. 963; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p. 213; I. VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, cit., p. 93.

¹⁷ V., sul punto, F. GIANFROTTA, *Sub art. 220 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, pp. 573-574; nonché, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 367 e nota 295.

¹⁸ F. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3523, rileva come «*la vecchia concezione della perizia come strumento esclusivamente valutativo*» risulti «*superata e smentita dalla stessa lettera dell'art. 220, comma 1, c.p.p., che chiama in causa il perito (e, indirettamente, i consulenti tecnici) non soltanto quando si tratti di compiere “valutazioni”, ma anche quando occorra “svolgere indagini” o “acquisire dati”*».

¹⁹ Corte cost. 19 febbraio 1999, n. 33, in *Giur. cost.*, 1999, p. 251.

ta, configurando cioè un potere-dovere da parte del giudice²⁰, ricorrendone le condizioni, di disporre, anche di ufficio²¹, la perizia.

Peraltro non è sempre agevole delinearne i confini tra le conoscenze che costituiscono patrimonio esclusivo della comunità degli esperti, e che pertanto imporrebbero il ricorso allo strumento peritale, e le nozioni che invece appaiono riconducibili alla cultura dell'“uomo medio”²²; lo spartiacque al riguardo non solo è talora di difficile individuazione, almeno rispetto a determinate situazioni, ma inoltre è destinato a variare a seconda dei diversi contesti: ad esempio il trascorrere degli anni può far sì che vengano inglobate nella cultura comune delle nozioni considerate in precedenza come “specialistiche”.

Qualora si accerti la sussistenza di un'ipotesi tale da richiedere l'apporto di specifiche esperienze nel campo tecnico, scientifico od artistico, la nomina del perito si configura in termini di assoluta doverosità, in quanto in tal caso il giudice non può esimersi dal provvedere in tal senso. L'obbligo di disporre la perizia va escluso solo qualora siano già stati raggiunti in maniera incontrovertibile, mediante l'acquisizione di altri elementi di prova, i risultati ai quali essa potrebbe pervenire²³.

La giurisprudenza comunque ritiene insindacabile in sede di legittimità la decisione circa la necessità o meno di ricorrere alla perizia, purché essa risulti sorretta da idonea motivazione²⁴.

Occorre evidenziare come non sia stato casuale che il legislatore abbia voluto discostarsi dalla dizione accolta dall'art. 314 c.p.p. 1930, diretta a prevedere il ricorso alla perizia qualora fosse «necessaria» una indagine tale da richiedere particolari co-

²⁰ Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, pp. 52, 266 e 267, nota 131; nonché, A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, vol. III, *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coordinamento di E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 85; a sua volta V. GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VI ed., Padova, 2012, p. 350, così precisava: «quando il giudice accerti la sussistenza di una delle necessità indicate nell'art. 220 comma 1°, egli sarà obbligato ad ammettere – e, quindi, a disporre – la perizia anche d'ufficio»; analogamente, D. BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 70. Sul punto v. altresì, volendo, P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 470.

²¹ Sotto questo aspetto, G. VARRASO, *La prova tecnica*, AA.VV. in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 250, osserva che le specifiche previsioni normative in materia, ed in particolare il disposto dell'art. 224, comma 1, c.p.p., non valgono peraltro «a ribaltare la regola dell'iniziativa probatoria in capo alle parti».

²² Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 55. Sulla distinzione tra “cultura scientifica” e “cultura comune”, v. M. TARUFFO, voce *Prova scientifica (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 966; nonché, in precedenza, G.P. VOENA, *Confini tra ispezione e perizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 917.

²³ Per ulteriori osservazioni al riguardo, v. R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 889; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., pp. 66 e 67.

²⁴ V. per tutte Cass., sez. VI, 7 luglio 2003, Bombino, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4164; Cass., sez. V, 10 dicembre 1997, Illiano, *ivi*, 1999, p. 941; Cass., sez. I, 23 ottobre 1997, Geremia, *ivi*, 1998, p. 3366.

gnizioni di determinate scienze od arti, sostituendola con una formulazione in base alla quale la perizia è ammessa quando «*occorre*» svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che esigono il possesso di specifiche competenze.

La ragione di questa differenziazione dal punto di vista terminologico è ricollegabile ad una «*prospettiva di favor verso gli apporti conoscitivi degli “esperti”*»²⁵, nella consapevolezza del fatto che occorre sfruttare pienamente le opportunità che la scienza e la tecnica possono offrire per l'accertamento in ambito processuale; essa scaturisce in particolare dalla volontà di ampliare l'ambito di operatività della perizia rispetto ai più angusti confini imposti dalla formulazione dell'art. 314 c.p.p. 1930, incentrata sulla “necessità” del ricorso alla perizia²⁶. Infatti «*mentre la “necessità” connota una situazione in cui alla corretta ricostruzione del fatto è indispensabile l'impiego di conoscenze scientifiche o tecnologiche, l’“occorrenza” denota situazioni in cui ciò è preferibile rispetto a altri mezzi di prova*»²⁷; conseguentemente «*eliminato ogni riferimento alla necessità quale presupposto dell'indagine peritale, la variante lessicale ‘quando occorre svolgere indagini’ assottiglia la sfera di discrezionalità giurisdizionale ponendo in luce che perno dell'accertamento tecnico è l'utilità (o, anche solo, l'opportunità) di attingere a conoscenze specialistiche*»²⁸.

In realtà potrebbe osservarsi criticamente che talora la giurisprudenza omette di far ricorso alla perizia anche in presenza di situazioni che sembrerebbero renderla non solo opportuna, ma addirittura necessaria²⁹, come ad esempio avviene qualora, dovendosi accertare l'autenticità o la falsità di un documento, il giudice, anziché disporre una perizia grafica, ritenga di poter decidere autonomamente, raffrontando personalmente, mediante un esame diretto, una firma con una serie di altre sottoscrizioni, sicuramente attribuibili ad un determinato soggetto³⁰.

²⁵ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 85.

²⁶ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, p. 65.

²⁷ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 53. Sull'ampliamento della possibilità del ricorso alla perizia, derivante dalla formulazione normativa accolta dall'attuale codice, si sofferma anche F. GIANFROTTA, *Sub art. 220*, cit., pp. 572 e 573; nonché, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 66.

²⁸ D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, in AA.VV., *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 592. Del resto, come osservato da M. TARUFFO, voce *Prova scientifica (diritto processuale civile)*, cit., p. 966 «*pare ragionevole ritenere ... che ogniqualvolta si può disporre di una prova scientifica, questa sia preferibile al ricorso alle nozioni non scientifiche, incontrollate e spesso inattendibili, che formano larga parte del senso comune e delle massime d'esperienza che in esso rientrano*».

²⁹ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 91.

³⁰ V., ad esempio, in tal senso Cass., sez. II, 30 novembre 2010, Veneranda, in *Guida dir.*, 2011, n. 22, pp. 88 e 89; Cass., sez. II, 20 gennaio 2003, Rinaldi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2488. Sebbene generalmente si indichi, quale diretto precedente di quest'ultima pronuncia, Cass., sez. V, 14 aprile 1999, Zangrilli, *ivi*, 2001, p. 589, nella realtà le situazioni prese in esame dalle due decisioni non sono del tutto sovrapponibili, in quanto mentre nella prima ipotesi la Cassazione ha ritenuto che una semplice raffronto diretto da parte del magistrato dei differenti scritti e delle relative firme permettesse di sostituire il ricorso all'accertamento grafico peritale (e cioè che il giudice fosse comunque in grado di svolgere un compito che altrimenti avrebbe dovuto essere affidato al perito), nel secondo caso i giudici di legittimità hanno escluso la necessità della perizia al fine del riconoscimento della falsità di un documento, sostenendo che tale risultato era comunque ottenibile sulla

Occorre al riguardo ribadire alcuni punti fermi. Ogni qualvolta sussista una situazione tale da richiedere l'effettuazione della perizia, il giudice non dovrebbe esimersi dal procedere in tal senso, e non dovrebbe sostituirsi all'esperto nell'affrontare tematiche implicanti un'approfondita conoscenza tecnico-scientifica (si pensi all'ipotesi, a cui abbiamo fatto riferimento, del giudice che si trasforma in una sorta di esperto nell'analisi grafica al fine di confrontare le firme apposte su due distinti documenti). Non è invece censurabile il fatto che un magistrato escluda il ricorso alla perizia laddove possa desumere il proprio convincimento da altri dati probatori, concordanti fra loro, che farebbero apparire superfluo l'utilizzo dello strumento peritale; affermare il contrario significherebbe accogliere il principio secondo cui in ogni caso andrebbe necessariamente privilegiata la prova scientifica.

Bisogna però aver cura di precisare che si deve comunque nominare un perito qualora i dati conoscitivi ottenuti mediante differenti mezzi di prova siano privi della precisione e concludenza che potrebbero essere raggiunte mediante l'utilizzo dello strumento peritale³¹.

Il giudice, nel valutare se "occorra" o meno disporre una perizia, deve effettuare una duplice disamina, essendo tenuto ad accertare, da un lato, «*se l'oggetto di prova richieda, per la determinazione del factum probans, leggi scientifiche o tecnologiche oppure se ciò sia correttamente conseguibile con altri mezzi di prova disponibili al processo*» e, d'altro canto, «*se, pur nella disponibilità di altri mezzi di prova, quello mediante esperto risponda a un'esigenza epistemologica di un grado tale da giustificare il maggior carico di mezzi e di tempi e il più problematico e difficoltoso controllo nell'assunzione e nella valutazione che esso richiede*»³².

3. Le differenti tipologie di perizia analizzate alla luce del principio dell'oralità

Esaminando la normativa predisposta per disciplinare la perizia, può affermarsi che secondo l'impostazione codicistica il modello "ordinario" di svolgimento della perizia avrebbe dovuto essere caratterizzato dall'esposizione orale del perito svolta immediatamente dopo la formulazione dei quesiti, e dunque senza soluzione di continuità, onde favorire l'accelerazione dei tempi processuali. L'art. 227, dedicato alla relazione peritale, delinea infatti, al comma 1, detta ipotesi, prevedendo che, una volta concluse le formalità di conferimento dell'incarico, il perito debba procedere immediatamente ai necessari accertamenti ed a rispondere ai quesiti, mediante un parere raccolto nel verbale.

base di una serie di altri elementi, quali il disconoscimento della firma di traenza, la genuinità dell'intestazione del titolo a favore dell'imputato e la sicura autenticità della girata da costui apposta.

³¹ Può suscitare perplessità al riguardo la soluzione accolta da Cass., sez. IV, 14 dicembre 1993, Zecchini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1376, che ha ritenuto superfluo il ricorso alla perizia, in quanto la natura stupefacente di una determinata sostanza era stata ammessa dall'imputato; per un'analoga soluzione Cass., sez. VI, 12 maggio 1992, Michetti, *ivi*, 1994, p. 175.

³² Per entrambe queste affermazioni, v. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 53.

L'esperienza della pratica giudiziaria ha peraltro evidenziato che questo archetipo di perizia è destinato a trovare un ambito di applicazione statisticamente piuttosto limitato, dimostrando che in molti casi, a causa della complessità dei quesiti, appare assolutamente necessaria la concessione di un termine idoneo per poter fornire un'adeguata risposta alle domande poste dal magistrato, e che è parimenti avvertita l'esigenza da parte degli esperti di accompagnare l'esposizione orale con una relazione peritale scritta. Una perizia di medio-alta difficoltà infatti esige normalmente anche una relazione scritta³³, onde permettere al giudice, in virtù dei dati ivi contenuti, di avere una più esaustiva comprensione delle questioni sottostanti, caratterizzate spesso da un estremo tecnicismo³⁴.

Il codice, tenendo conto di tali necessità, ha previsto, in base all'art. 227, comma 2, che qualora, a causa della complessità dei quesiti, il perito non ritenga di poter dare una risposta immediata, sia possibile chiedere la concessione di un termine, non superiore a novanta giorni; ai sensi del successivo comma 4 esso può essere prorogato dal giudice, su richiesta motivata del perito, anche più volte, per periodi non superiori a trenta giorni; la risposta ai quesiti, anche in caso di proroghe, deve comunque essere fornita entro sei mesi.

In virtù dell'art. 227, comma 5, se risulta «*indispensabile*» illustrare con note scritte il parere, il perito può inoltre essere autorizzato a presentare una relazione scritta³⁵.

L'analisi del primo, del secondo e del quinto comma dell'art. 227 evidenzia come il codice abbia configurato tre distinte tipologie di espletamento della perizia³⁶: quella consistente nell'effettuazione immediata, subito dopo la conclusione delle formalità di conferimento dell'incarico, e che è peraltro ipotizzabile solo qualora l'indagine peritale appaia estremamente agevole; quella, non accompagnata da alcuna relazione scritta, svolta mediante l'esposizione orale, dopo una dilazione temporale concessa a seguito di una richiesta in tal senso da parte del perito; ed infine, nei casi di maggiore complessità, l'esposizione differita del parere orale, accompagnata dalla presentazione di una relazione scritta.

Mentre la prima e la seconda ipotesi di perizia appaiono ispirate, senza compromessi o limitazioni, al principio dell'oralità, nel caso delineato dall'art. 227, comma 5, che costituisce oltretutto la forma più frequente di relazione peritale, occorre verificare quale sia l'effetto del temperamento operato dal legislatore fra scrittura e oralità³⁷.

L'analisi deve essere condotta tenendo conto del fatto che in alcune peculiari ipotesi di perizie di grande complessità, volte a richiedere quasi necessariamente un'illustrazione dei dati ottenuti, mediante grafici e tabelle esplicative di vario tipo, risulterebbe irrazionale ed irrealistico un assoluto ostracismo nei confronti delle scritture, basato su un male inteso rispetto del principio dell'oralità³⁸.

³³ Per una sottolineatura del rilievo assunto dalla relazione scritta nell'ambito della "prova esperita", v. M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), trad. it., Milano, 2003, p. 209.

³⁴ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, p. 269.

³⁵ Secondo G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 275, la «presentazione», alla quale fa riferimento l'art. 227, comma 5, c.p.p. va interpretata «come "deposito" della relazione presso la cancelleria del giudice prima della data fissata per l'udienza».

³⁶ Cfr. P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, cit., p. 476.

³⁷ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 268.

³⁸ V. i puntuali rilievi di M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 294.

Oltretutto nel caso della relazione peritale sarebbe erroneo e mistificante delineare uno schema del seguente tipo: “relazione scritta” *versus* “esposizione orale”, in quanto la funzione della relazione scritta non è quella di sostituirsi all’esposizione orale ma di permetterne una più agevole comprensione³⁹.

In determinate perizie, volte ad esigere lunghe e delicate indagini di laboratorio, la relazione scritta riporta ad esempio i dati ricavabili dall’esito delle predette analisi.

Affinché la relazione orale non finisca per essere “schiacciata” sotto il peso del precedente elaborato scritto, che acquisterebbe in tal modo un ruolo sovraordinato nel contesto peritale, occorre semmai impedire che l’osservanza del canone dell’oralità si riduca ad un mero formalismo, rappresentato da una sterile ripetizione del contenuto di detto elaborato, come avverrebbe qualora la relazione orale consistesse unicamente in un richiamo a quanto è stato ivi indicato, e si limitasse pertanto a “confermarlo”, ripetendolo in forma riassuntiva, giacché altrimenti questo passaggio processuale risulterebbe privo di ogni significato.

L’esame orale deve invece permettere di chiarire i punti di effettivo contrasto tra le parti, focalizzando su di essi l’attenzione e stimolando in tal modo la dialettica dibattimentale; in caso contrario, il contributo espositivo dell’esperto in sede di contraddittorio verrebbe svilito al livello di un inutile e stanco rituale⁴⁰.

Va inoltre precisato che occorre distinguere l’esposizione del perito, volta a fornire le risposte ai quesiti formulati dal giudice, dall’esame ad opera delle parti⁴¹, diretto a sottoporre al confronto dialettico le risultanze delle analisi svolte dall’esperto. In sede di esame del perito, è logico che le domande delle parti siano focalizzate solo sui punti che appaiono ancora oscuri o comunque controversi, e non sugli aspetti che non suscitano più contrasti.

Il legislatore comunque, onde garantire il rispetto del principio di oralità anche con riferimento all’assunzione della perizia, ha operato un rinvio, in virtù dell’art. 501, comma 1, c.p.p. (riguardante sia i periti, sia i consulenti tecnici), alle disposizioni relative all’esame dei testimoni, in quanto applicabili, e soprattutto ha previsto, in base all’art. 511, comma 3, c.p.p., che la lettura della relazione peritale possa essere effettuata solo dopo l’esame del perito.

³⁹ F. CORBI, *L’assunzione della perizia in incidente probatorio: legge processuale e prassi interpretative devianti*, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 468.

⁴⁰ A. MACCHIA, *Sub art. 508*, in *AA.VV.*, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. V, 1991, p. 408.

⁴¹ Cfr. A. MACCHIA, *Sub art. 508*, cit., pp. 401 e 402: «è attraverso l’esame ... che si realizza la dialettica “interna” al mezzo di prova, senza potersene presupporre l’assorbimento nella esposizione “orale” del perito: tra l’esternazione del parere e l’esame, dunque, pur se cronologicamente inavvertibile, va intravisto uno iato che impedisce di confondere momenti e attività tra loro funzionalmente e strutturalmente distinti, potendosi anzi configurare il parere come naturale presupposto dell’esame, al punto da escludere la possibilità che il secondo possa precedere il primo. Solo dopo la risposta ai quesiti, infatti, può ipotizzarsi l’esigenza di formulare domande al perito, giacché, altrimenti, delle due l’una: o l’esame funge da sterile ripetizione dei quesiti, e in tal caso il perito sarebbe chiamato null’altro che ad “anticipare” il proprio parere, o l’esame coinvolge temi diversi da quelli individuati nei quesiti, ma in una simile ipotesi si tratterebbe di “prova nuova” rispetto a quella ammessa»; sul punto v., inoltre, F. CORBI, *L’assunzione della perizia*, cit., p. 467; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 154.

Siamo in presenza, in tal caso, di una fattispecie processuale complessa, ove ogni singolo segmento risulta essenziale al fine del perfezionamento della procedura diretta all'acquisizione probatoria ed all'utilizzabilità della perizia; non è pertanto sufficiente una lettura non preceduta dal previo esame del perito (fatte salve alcune ipotesi in deroga, sulle quali ci soffermeremo tra breve).

Peraltro talora sono state accolte delle soluzioni interpretative caratterizzate da una scarsa considerazione del rilievo che deve essere attribuito all'esposizione orale ed all'escussione del perito. Particolarmente significativa al riguardo appare la tematica dell'assunzione della perizia mediante il ricorso all'incidente probatorio. Il disposto normativo sembrerebbe sufficientemente chiaro, giacché l'art. 401, comma 5, c.p.p., opera un richiamo, per quanto concerne l'assunzione delle prove, alle forme stabilite per il dibattimento. Conseguentemente, il testo della norma non parrebbe giustificare dubbi di sorta in ordine al fatto che il perito, nel contesto dell'udienza camerale fissata a tale scopo, debba rispondere oralmente ai quesiti e sia esaminato ai sensi dell'art. 501 c.p.p., secondo la previsione dell'art. 508, comma 3, c.p.p.⁴², e che conseguentemente anche rispetto alla perizia disposta con incidente probatorio l'esposizione orale del perito ed il successivo esame ad opera delle parti rappresentino degli elementi essenziali, la cui carenza non permetterebbe di far ritenere conclusa la procedura di acquisizione della prova.

Tuttavia alcune decisioni giurisprudenziali, ritenendo che il nucleo centrale della perizia disposta con incidente probatorio sia individuabile nella presentazione della relazione scritta da parte del perito, hanno sostenuto che l'esposizione orale del parere e l'esame del perito ad opera delle parti costituiscono delle attività meramente eventuali, e che conseguentemente la loro mancata effettuazione non determina alcuna conseguenza sanzionatoria.

L'attenzione si è focalizzata in particolare sull'art. 392, comma 2, c.p.p., ispirato alla salvaguardia del principio di concentrazione, ed in base al quale il pubblico ministero e l'indagato possono chiedere una perizia che «*se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni*». Si è affermato che se già in sede di incidente probatorio fosse necessario procedere all'esame del perito, e la perizia risultasse in tal modo "esaurita" in tale fase, non si comprenderebbe allora il senso della previsione contenuta nell'art. 468, comma 5, c.p.p., secondo cui il presidente deve in ogni caso disporre la citazione al dibattimento del perito nominato nell'incidente probatorio ai sensi dell'art. 392, comma 2.

È stato rilevato cioè che, essendo comunque indispensabile l'escussione durante il dibattimento, sarebbe inutile "anticipare" l'esame orale del perito nel corso dell'incidente probatorio, per poi doverlo "ripetere" nella fase successiva⁴³, aggiungendosi

⁴² F. CORBI, *L'assunzione della perizia in incidente probatorio*, cit., p. 464 ss.; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 260, nota 117; M.C. FAILLA, *La perizia e la consulenza tecnica nel nuovo processo penale*, in *Nuovo dir.*, 1991, p. 105; C. GABRIELLI, *Perizia assunta con incidente probatorio ed esame orale del perito*, in *Giur. it.*, 2007, c. 2288; G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., pp. 270 e 271.

⁴³ V., in tal senso, Cass., sez. IV, 17 settembre 2004, Volpe, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3418, con nota adesiva di M. Griffo; Cass., sez. V, 15 dicembre 1998, Anastasiades, *ivi*, 2001, p. 204, con nota di P. Di Geronimo; Cass., sez. IV, 4 aprile 1997, Ministrina, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 475; G.i.p. Pret., Milano, ord. 25 febbraio 1991, X, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 461, con nota critica di F. Corbi.

che in ogni caso, stante l'assenza di una previsione sanzionatoria, il mancato esame e controesame del perito nel corso dell'incidente probatorio non potrebbe comportare alcuna nullità, in considerazione del principio di tassatività fissato dall'art. 177 c.p.p.

Si evidenzia che a sostegno dell'impostazione volta a ritenere superfluo l'esame del perito in sede di incidente probatorio ed a giudicare sufficiente in detta fase il deposito della relazione peritale militerebbero le specificità del rito camerale con cui viene celebrato l'incidente probatorio⁴⁴, e più in generale si osserva che il rinvio, operato dall'art. 401, comma 5, c.p.p., alle forme di assunzione delle prove stabilite per il dibattimento deve intendersi contenuto entro i limiti della compatibilità con le connotazioni dell'incidente probatorio, ed in particolare con le esigenze acceleratorie proprie di detta fase⁴⁵.

Le peculiarità dell'incidente probatorio non paiono peraltro giustificare una soluzione diretta a negare il valore dell'oralità, e ad ammettere l'effettuazione di una perizia "monca", priva dell'esposizione orale. Non può infatti ritenersi sufficiente, all'esito dell'incidente probatorio, il mero deposito della relazione peritale, essendo necessario celebrare anche in tale fase un'apposita udienza volta a consentire l'esame dell'esperto nel contraddittorio fra le parti⁴⁶.

Un'eventuale "scissione" operata nel contesto della perizia, che risulterebbe così carente, in un primo momento, di una sua fondamentale componente, e cioè dell'esame orale del perito, non pare avallata da alcuna indicazione normativa, non potendosi rinvenire un'adeguata giustificazione al riguardo nell'art. 468, comma 5, c.p.p., volto ad imporre la citazione *ex officio* del perito. Il fatto che il perito venga sentito in sede dibattimentale e sia in tal modo chiamato a rispondere alle domande volte a permettere un opportuno approfondimento ed a chiarire il contenuto della relazione peritale non implica affatto la superfluità di tale esame anche nella fase dell'incidente probatorio⁴⁷.

⁴⁴ M. GRIFFO, *Le modalità di assunzione della perizia in sede di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3421.

⁴⁵ Cass., sez. IV, 17 settembre 2004, Volpe, cit., p. 3418; analogamente, Cass., sez. V, 15 dicembre 1998, Anastasiades, cit., p. 204.

⁴⁶ V., in tal senso, Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, De Rossi, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3353, con osservazioni di A. Follieri; Cass., sez. I, 7 luglio 1994, Tabasso, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 53. Secondo quest'ultima pronuncia il mancato esame orale del perito in sede di incidente probatorio darebbe luogo ad una nullità generale ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., che andrebbe eccepita entro i termini di cui agli artt. 180 e 182, comma 2, c.p.p.

⁴⁷ Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, De Rossi, cit., p. 3355, onde esplicitare le ragioni in base alle quali il legislatore, all'art. 468 c.p.p., in caso di perizia già disposta in sede di incidente probatorio, prevede comunque la citazione del perito ad opera del giudice, sottolinea che «l'atto posto in essere anticipatamente e compiutamente nella sede preliminare è perfetto, è collocato nel fascicolo per il dibattimento, ed è quindi utilizzabile nella sede dibattimentale. Tuttavia esso è stato formato alla stregua di un quadro fattuale che può ben essere ridefinito nel giudizio. È quindi naturale che ciascuna parte, nella prospettiva di prove che intende addurre, o alla stregua di emergenze formatesi dopo l'incidente probatorio, sia posta in condizione di richiedere al perito le conseguenti, necessarie valutazioni tecniche. Parimenti è consentito al giudice di chiedere tutti i lumi che gli occorrono, visto che la prova peritale serve al suo giudizio sul fatto ma è stata formata in sua assenza». In tal senso v., in dottrina, R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., pp. 921 e 922: «considerando la naturale fluidità dell'addebito che guida la dialettica nell'incidente probatorio, che può divergere da quello descritto nel provvedimento di rinvio a giudizio o contestato nel corso del dibattimento, ai sensi de-

L'impostazione in base alla quale la perizia disposta in sede di incidente probatorio potrebbe esaurirsi con il deposito del semplice elaborato scritto, salvo poi essere "integrata", nel corso del dibattimento, per effetto dell'esame orale del perito, appare dunque erronea laddove ritiene che si possa "frazionare", snaturandolo, un meccanismo di assunzione della prova che il legislatore ha invece disegnato in maniera unitaria.

4. *L'ambito dell'attività peritale*

Al fine di individuare l'ampiezza delle funzioni peritali occorre analizzare l'art. 220, comma 1, c.p.p., in base al quale la perizia può essere ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni». Pertanto il bagaglio conoscitivo degli esperti è fruibile in ambito procedimentale sia per permettere l'acquisizione di dati, individuabili dai periti grazie all'ausilio di metodiche specialistiche, sia per interpretarli e spiegarli, sulla base delle proprie competenze, sia per fornire nel corso del giudizio delle regole scientifico-tecniche atte a permettere al magistrato di valutare gli elementi ricavati in precedenza mediante altri mezzi di prova, sia per applicare direttamente dette regole, esprimendo le relative conclusioni al riguardo.

Estremamente ampia ed articolata risulta dunque la gamma delle ipotesi che possono richiedere l'intervento peritale⁴⁸, come emerge dalla «duplice specificazione, anche in via alternativa, di "indagini" e "valutazioni", per indicare, rispettivamente, lo svolgimento di accertamenti e la formulazione di giudizi, gli uni e gli altri qualificati da esperienze e cognizioni di ordine tecnico»⁴⁹, tanto che una parte della dottrina ha voluto sottolineare il carattere "polivalente" dell'apporto che può essere fornito dal perito, alla luce di questa previsione normativa⁵⁰.

Come è stato giustamente osservato⁵¹, l'attuale codice, facendo espresso riferimento anche allo svolgimento di indagini ed alla possibile acquisizione di dati, ha definitivamente sconfessato l'impostazione in base alla quale la perizia dovrebbe essere esclusivamente considerata come un "mezzo di valutazione della prova"⁵², evidenziando, al contrario, che essa non necessariamente appare basata su elementi consoci-

gli art. 516 ss. c.p.p., la limitata discovery investigativa che precede la formazione della prova in sede incidentale, la fisiologica evoluzione del quadro cognitivo sottostante, il possibile ingresso sulla scena processuale di imputati e persone offese/danneggiate dal reato rimasti estranei all'assunzione anticipata della prova, è naturale che ciascuna parte sia posta in condizione di chiedere al perito le conseguenti, necessarie valutazioni tecniche e che altrettanto possa fare il giudice dibattimentale, tanto più che la perizia, pur essendo strumentale alla sua valutazione sul fatto, è stata formata al cospetto di un giudice diverso».

⁴⁸ V., al riguardo, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 39 e 40; nonché R. ADORNO, voce *Perizia*, cit. p. 886.

⁴⁹ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 65.

⁵⁰ G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 236; analogamente R. ADORNO, voce *Perizia*, cit., p. 889. Secondo P. GIANNITI, *La valutazione della prova penale*, Torino, 2005, p. 190, la perizia sarebbe al contempo mezzo di prova, mezzo di ricerca della prova e mezzo di valutazione della prova.

⁵¹ F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra"*, cit., p. 3521.

⁵² Per tale impostazione v., in passato, L. FULCI, voce *Perizia*, cit., p. 963; nonché, C. TAORMINA, *Natura giuridica della perizia e riflessi sui poteri di accertamento del perito*, in *Foro it.*, 1972, II, c. 389.

tivi già acquisiti al processo, ma può invece essere utilizzata anche per contribuire direttamente all'acquisizione di dati ulteriori.

La figura di esperto delineata dall'art. 220 assomma in sé le tradizionali funzioni del perito "percipiente" (*wahrnehmender Sachverständige*), incaricato dello svolgimento di compiti aventi una natura "direttamente" probatoria, tendenti a fornire del nuovo materiale conoscitivo, e del perito "deducente" (*urteilender Sachverständige*), la cui attività è invece rivolta a favorire la comprensione di una serie di dati, la cui esistenza fenomenica sia già stata precedentemente accertata in ambito processuale, mediante l'indicazione dei criteri che devono essere seguiti per pervenire ad una loro corretta analisi o lo svolgimento diretto di un esame tecnico-scientifico volto a permetterne un'adeguata valutazione.

Al perito infatti può essere assegnato «l'incarico di percepire un dato di realtà impiegando specifiche competenze o ... di inferire, sempre in base a specifiche competenze, un fatto dalla conoscenza di un altro guadagnata dallo stesso esperto mediante proprie indagini o ricavata dal patrimonio conoscitivo di un determinato campo della scienza o della tecnica oppure già introdotta nel processo con operazioni probatorie in precedenza espletate»⁵³.

Esulerebbe invece dall'ambito peritale un'attività consistente in meri compiti di osservazione, in quanto si è in presenza di un'ispezione, e non di una perizia, laddove ci si limiti a constatare ed a descrivere una determinata realtà fattuale, a meno che ciò esiga una particolare cognizione di determinate scienze o tecniche⁵⁴; si potrebbe anche in tal caso parlare di perizia solo qualora, sulla base degli elementi così raccolti, venisse poi svolta, in virtù delle specifiche competenze "esperte", una valutazione volta a dar conto dei risultati ottenibili dalla disamina di tali elementi.

Un esempio al riguardo viene offerto dall'autopsia, giacché essa è qualificabile come attività ispettiva se si esaurisce nella osservazione e nella descrizione del cadavere, e riveste invece le connotazioni dell'indagine peritale se tale descrizione si accompagna ad un'attività diretta a valutare le cause del decesso e ad accertare il momento temporale in cui esso si è verificato⁵⁵.

Sicuramente è invece del tutto estranea all'ambito peritale l'individuazione delle norme di legge applicabili ad una determinata fattispecie; infatti la perizia «non può essere strumento di eterointegrazione delle cognizioni giuridiche del magistrato»⁵⁶.

Una volta indicate le funzioni che possono essere svolte dal perito occorre ora soffermarci sulle aree del sapere alle quali appare ricollegabile l'attività peritale, la cui

⁵³ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 21.

⁵⁴ V. Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 812, che ha delineato i criteri distintivi tra perizia ed ispezione con riferimento ad un'ipotesi in cui era stata compiuta un'attività di accertamento volta a rinvenire i residui di polvere da sparo sul corpo di un soggetto. Su questa tematica v., in dottrina, G.P. VOENA, *Confini tra ispezione e perizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 903.

⁵⁵ Cfr. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, p. 57. Sul punto v., altresì, N. TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, cit., p. 390, nota 19.

⁵⁶ Cfr. M. VILLANI, *Alcuni profili problematici della consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1999, n. 108, *La prova nel processo civile*, vol. I, p. 302, ove si ribadisce che «quello giuridico ... è il campo del sapere tecnico proprio del giudice».

individuazione è parimenti ricavabile dall'art. 220, comma 1, laddove stabilisce che il perito deve possedere delle specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche.

Il legislatore ha inteso distaccarsi, anche sotto questo aspetto, dal disposto dell'art. 314 c.p.p. 1930, che si limitava a fare riferimento alle competenze specialistiche del perito in «*determinate scienze o arti*», ed ha invece voluto prevedere (nell'ambito di un'elencazione che peraltro non è stata considerata tassativa⁵⁷ la perizia), "tecnica" accanto alla perizia "scientifica" ed a quella "artistica", collocandola su un piano di assoluta autonomia rispetto ad esse. Tale innovazione è stata dovuta al «*continuo espandersi di tecniche sempre più differenziate e sofisticate*»⁵⁸, ed alla conseguente necessità che esse potessero trovare un adeguato spazio applicativo.

L'estensione della perizia al settore delle competenze "tecniche" conferma inoltre il rilievo che queste ultime possono assumere in ambito processuale, non inferiore talvolta all'apporto che può essere fornito dalle cognizioni più propriamente "scientifiche".

La distinzione tra la perizia "scientifica" e quella "tecnica" del resto appare sicuramente corretta e pienamente condivisibile, in quanto essa deriva dalla consapevolezza della differenza intercorrente tra i rispettivi campi di riferimento, e tende a distinguere la "scienza", intesa come "scoperta e sistemazione di leggi", dalla "tecnica" che rappresenta l'"applicazione", la concretizzazione pratica di tali leggi⁵⁹.

È stato tuttavia rilevato criticamente che il codice non ha avuto il coraggio di andare "al di là" del riconoscimento delle competenze tecniche, e non ha fatto uno specifico riferimento «*al tipo di abilità che deriva dall'addestramento operativo sul campo, nella sistematica trattazione di problemi che presentano determinate criticità*»⁶⁰. Un'analisi di diritto comparato evidenzia come invece la giurisprudenza nordamericana in alcune pronunce successive alla decisione in c. *Daubert*, ed in particolare nella pronuncia *Kuhmo* (ove venne riconosciuta la qualifica di "esperto" ad un soggetto dotato di particolari competenze nel settore dei pneumatici), abbia posto in luce che il contributo processuale offerto dagli "esperti" può derivare non solo dalla «*scientific knowledge and technical*» ma anche da «*other specialized knowledge*»⁶¹. In altri termini, nell'ordinamento statunitense viene accolta una visione assai più ampia, giacché si prevede che l'esperto possa essere designato in virtù di competenze scientifiche, tecniche o «*altrimenti specializzate*», alla luce di un'impostazione sostanzialmente onnicomprensiva, volta a valorizzare anche le conoscenze acquisite a seguito dell'esperienza professionale⁶².

⁵⁷ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 98.

⁵⁸ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 65.

⁵⁹ Cfr. al riguardo, F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 213, il quale rilevava che la tecnica è «*insieme, un risultato e un presupposto della scienza, in quanto bisogna conoscere le leggi per applicarle, ma bisogna anche applicarle per conoscerle o almeno per verificarne la conoscenza*», aggiungendo che il rapporto tra tecnica e scienza è «*un rapporto circolare come il rapporto tra il fare e il sapere*».

⁶⁰ C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 45.

⁶¹ *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

⁶² M.H. GRAHAM, *Evidence. Text, Rules, Illustrations and Problems. The Commentary Method*, St. Paul, Minn., 1983, pp. 304-305. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 46, fa l'esempio del «*poliziotto competente in tema di incendi dolosi (arson expert), il quale ha acquisito conoscenze specifiche dopo molti anni di servizio*», nonché, con riferimento a procedimenti per infortuni sul lavoro, all'«*expert testimony di un operaio, responsabile per molti anni della sicurezza sul lavoro in un'in-*

Venendo alle competenze artistiche, risulta quasi scontato sottolineare che in questo caso si esula dall'ambito culturale scientifico-tecnico⁶³. La dizione utilizzata dall'attuale codice appare assai più pregnante rispetto a quella accolta dal codice del 1930, che si limitava a fare riferimento alle competenze in determinate "arti"⁶⁴; non a caso solo con la legge 20 novembre 1971, n. 1062, vennero delineate espressamente le connotazioni della "perizia artistica".

Tale tipo di competenze può risultare significativa, dal punto di vista penalistico, non solo al fine di verificare se un determinato oggetto artistico sia originale o contraffatto, ma anche, ad esempio, per chiarire se un manufatto, uno scritto o una fotografia possano o meno essere considerati come opere d'arte, cosa questa di estrema importanza con riferimento alla nozione di "osceno", ai sensi dell'art. 529, comma 2, c.p.⁶⁵.

5. La distinzione tra il perito ed il "testimone tecnico"

Onde delineare la differenziazione tra il perito ed il teste si sottolinea generalmente che il soggetto chiamato a svolgere le funzioni peritali non ha avuto, a differenza del testimone, una precedente diretta esperienza sensoriale dei fatti di causa (se infatti egli vi avesse assistito personalmente, al momento in cui essi si svolsero, potrebbe assumere la veste di testimone, con conseguente incompatibilità alla prestazione dell'incarico peritale); proprio per questo, mentre il contributo del testimone ha ovviamente un carattere infungibile, tale affermazione non può essere ripetuta, almeno di regola, con riferimento al perito. Inoltre mentre la conoscenza da parte del teste dell'episodio processualmente rilevante è del tutto casuale ed avviene in un momento temporale antecedente all'instaurazione del procedimento, al contrario il perito viene reso edotto della vicenda che costituisce oggetto della sua analisi unicamente «*per incarico del giudice*»⁶⁶, in quanto egli la analizza in adempimento di un preciso incarico ricevuto dall'autorità giudiziaria⁶⁷.

dustria metallurgica, in tema di efficacia delle misure di sicurezza adottate dal datore nel caso concreto, e ciò in ragione di un'esperienza ... maturata dal teste "sul campo" nell'ambito delle proprie mansioni.

⁶³ V. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 65: «*la perizia artistica non richiede necessariamente conoscenze "scientifiche o tecniche"*».

⁶⁴ Al riguardo, F. GIANFROTTA, *Sub art. 220 c.p.p.*, cit., p. 575, sottolinea la "novità" dell'attuale normativa dovuta all'«*esplicito riferimento*» alle competenze artistiche, sostenendo che tale richiamo assume una portata non coincidente con l'espressione contenuta nel c.p.p. 1930, volta a menzionare le specifiche competenze in «*determinate scienze o arti*»; viene infatti affermato che il riferimento alle arti pareva «*più alludere a campi del sapere diversi da quello scientifico propriamente detto, che non all'ipotesi delle perizie artistiche*».

⁶⁵ Cfr. E. AMODIO, *Perizia «artistica» ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 672 ss. Relativamente al mondo anglosassone, A. KENNY, *L'esperto in tribunale* (1985), trad. it., in F. SANTONI DE SIO (a cura di), *Responsabilità e diritto*, Milano, 2008, p. 238, sottolinea che la critica estetica è stata posta «*sullo stesso piano della scienza come materia di perizia*».

⁶⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 114 ss.

⁶⁷ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 119 ss.; C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 109 ss.

Dette considerazioni si rivelano utili anche al fine di pervenire ad una differenziazione tra due figure almeno in parte affini, e cioè tra il perito ed il “testimone tecnico”.

Onde operare tale distinzione non basta rilevare che l’esposizione orale del perito, apportando un contributo derivante da una specifica competenza di natura tecnica, scientifica od artistica, necessariamente trascende la descrizione dei fatti in esame ed implica un’analisi valutativa; infatti anche il “testimone tecnico” rende delle dichiarazioni che risentono del suo particolare bagaglio tecnico-scientifico (si pensi al sanitario che, narrando un episodio di sangue al quale abbia assistito, precisa la natura e la gravità delle lesioni riportate dalle vittime) e nelle quali il contenuto della descrizione risulta filtrato alla luce di tali conoscenze, che rendono ineludibili delle valutazioni “tecniche”, inscindibili da questo contesto. In una simile ipotesi la narrazione dei fatti, effettuata nel corso del processo, è condizionata dal possesso, da parte del dichiarante, di una determinata “professionalità”, o comunque di una specifica “competenza”⁶⁸, che non solo incide sulla dichiarazione resa dal teste, ma influisce, antecedentemente «*sulla scansione dei passaggi psichici della conoscenza: sensazione, percezione, memorizzazione e rievocazione*»⁶⁹, in quanto, ad esempio, il testimone tecnico, proprio in conseguenza delle sue particolari competenze in un determinato settore, è in grado di percepire e di memorizzare dei dati che possono invece venire ignorati, inconsapevolmente, da un “profano”.

Non a caso in detta ipotesi al testimone viene eccezionalmente consentito dal legislatore di fornire, nell’ambito della propria deposizione, degli «*apprezzamenti personali*». Occorre infatti ricordare che, ai sensi dell’ultima parte dell’art. 194, comma 3, c.p.p., il divieto di esprimere degli apprezzamenti personali non trova applicazione qualora sia impossibile scindere simili apprezzamenti dalla deposizione sui fatti, come appunto avviene nel caso del teste portatore di conoscenze teoriche o di esperienze professionali specifiche, che nel narrare i fatti ai quali ha assistito non solo si avvarrà inevitabilmente di un linguaggio tecnico ma non potrà evitare di compiere delle valutazioni “specialistiche” al riguardo⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 9; sul punto v., altresì, C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 69 ss.

⁶⁹ Cfr. C. MIUCCI, *op. ult. cit.*, p. 73, la quale così aggiunge (*ivi*, nota 12): «*si pensi alla percezione di uno stesso fatto (la percezione dello stato di malessere di un individuo) da parte di due soggetti: uno comune e uno competente nella professione medica. Il primo può essere in grado di percepire e descrivere un certo stato di sofferenza solamente in termini generici e approssimativi; il secondo, invece, è dotato di tutti gli strumenti cognitivi necessari a percepire e rappresentare le singole manifestazioni di malessere come sintomi aventi una eziologia scientificamente spiegabile. Per questo motivo, il medico chiamato a testimoniare è in grado di raccontare, nella sua deposizione, sia i singoli sintomi osservati, sia il dato sintetico elaborato subito dopo la percezione, cioè a dire: la diagnosi*». Viene infatti osservato (*ivi*, p. 75) come, nella formazione di una percezione «*i canali sensori lavorino selettivamente e in ogni individuo in modo differente, agevolando e potenziando la captazione degli stimoli rispetto ai quali vi è una certa familiarità. Già in questo primo stadio dell’esperienza cognitiva, la capacità sensoriale del testimone tecnico è orientata a filtrare e registrare aspetti che sfuggono a chi possiede un’ordinaria capacità conoscitiva*». Sul punto v., altresì, C. PIZZI, *Fatti, coerenza, informazione*, in ID., *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2009, p. 28.

⁷⁰ C. MIUCCI, *op. ult. cit.*, p. 77. Per quanto concerne la possibilità, da parte del “testimone tecnico” di formulare degli apprezzamenti personali, v. in giurisprudenza, Cass., sez. V, 12 giugno 2008, Kofilova, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 808: «*il divieto di esprimere apprezzamenti perso-*

Per quanto concerne il sistema nordamericano, ad un'analogia soluzione è del resto giunta anche la *Rule 701* delle *Federal Rules of Evidence*, in base alla quale il soggetto che possieda una determinata competenza per effetto della professione esercitata e dell'esperienza acquisita dopo un certo periodo di attività in un determinato settore, può esprimere, al pari dell'*expert witness*, e cioè del "testimone esperto", delle *opinions* in sede di deposizione testimoniale; una simile possibilità è invece preclusa al *lay witness*, e cioè al testimone comune, il quale deve esimersi da apprezzamenti personali.

La testimonianza tecnica deve dunque essere considerata come una sorta di prova "ibrida", derivante dalla combinazione fra le caratteristiche della testimonianza comune e quelle proprie della perizia o della consulenza tecnica⁷¹.

6. La presunta "neutralità" della perizia

L'impostazione volta a sostenere che alla perizia dovrebbe essere attribuita una natura "neutra" si basa, in larga parte, su una concezione del perito e, più in generale, dello scienziato e della scienza ormai parzialmente obsoleta, come vedremo fra breve; ciò peraltro non deve indurre a negare che essa mantenga comunque qualche residuale aspetto di interesse e possa fornire uno stimolo a talune riflessioni.

Il dato da cui trae spunto questa tesi è rappresentato dalla seguente constatazione: nel momento in cui indica un teste nella propria lista, *ex art. 468 c.p.p.*, la parte prevede che esso renda delle dichiarazioni a sé favorevoli (anche se in concreto le risultanze delle prove "costituende" si riveleranno vantaggiose o meno solo al termine della loro assunzione⁷²; infatti la testimonianza potrebbe magari risultare rovinosa, evidenziando aspetti assolutamente negativi per l'esaminante diretto); è invece difficile valutare, a priori, se l'esito di una perizia sarà "favorevole" o "contrario" alle tesi sostenute da una determinata parte, e dunque se tale perizia gioverà all'imputato o alla pubblica accusa.

Di per sé, questa connotazione non è riferibile alla sola perizia. Basterebbe pensare, al riguardo, all'esperimento giudiziario, volto a verificare, *ex art. 218 c.p.p.*, se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo; anche in tal caso sembra impossibile predire l'esito dell'accertamento. Va anzi precisato che «*tutti i mezzi di prova sono in astratto neutri, sono cioè dei "contenitori" standardizzati privi di una valenza dimostrativa precostituita*»⁷³.

*nali – posto in via generale per le deposizioni testimoniali – non vale qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata, che riferisca su fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale e inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché, in tal caso, l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto», negli stessi termini v., inoltre, Cass., sez. III, 12 febbraio 1997, Nobili, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 421; Cass., sez. II, 12 dicembre 1995, Vezzolo, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1159; nonché, Cass., sez. III, 13 ottobre 1993, Borracelli, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 560.*

⁷¹ Cfr. C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, cit., p. 138.

⁷² G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 252.

⁷³ Per queste affermazioni, cfr. M.M. MONACO, *Natura e caratteristiche della prova penale*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, p. 219. A sua volta, F. TRAVERSO, *Il diritto alla controprova nei rapporti con la perizia*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 598, così rileva: «*se in astratto ogni mezzo di prova può essere considerato neutro, quando dalla descrizione normativa si passa all'utilizzazione dello strumento nel singolo procedimento, quel dato perde il carat-*

La nozione di “perizia neutra”, sembra peraltro evocare qualche significato ulteriore, come è stato osservato da chi, onde spiegare il significato di tale locuzione, ha affermato che «*il ricordato sintagma indica una prova indipendente e imparziale, che non appartiene né all'accusa, né alla difesa*»⁷⁴. Questo riferimento alla prova “imparziale” non può peraltro giustificare la sussistenza di un presunto “collegamento” tra il perito ed il giudice, né può avallare la tesi volta a ravvisare nella “asettività” del perito rispetto agli interessi contrapposti delle parti, nella sua “indifferenza” nei confronti delle posizioni antagoniste sulla scena processuale, un indice di assoluta “oggettività”, da cui discenderebbe la “preferibilità” e la maggiore “affidabilità” della perizia rispetto alla consulenza tecnica, diretta invece a favorire gli interessi di parte.

In ogni caso, lo stesso richiamo all’“oggettività” ed “imparzialità” della scienza appare ispirato a modelli ormai da tempo sottoposti a profonde riflessioni critiche. La pretesa natura “neutra” delle attività peritali «*disconosce, per un ritardo di cultura epistemologica e processualistica ancora non colmato, la dialetticità della conoscenza, anche di quella giudiziaria che non può percorrere itinerari autoritativi*»⁷⁵; l’attribuzione al perito di un riconoscimento di “neutralità” rappresenta infatti «*il portato di una duplice idea ormai superata. L’una epistemologica, per cui la scienza sarebbe neutra in quanto oggettiva e valutativa, l’altra giuridico-processuale, per cui persisterebbe nel vigente processo di parti una concezione propria del processo misto enucleato dal codice del 1930, nel quale il giudice ... investiva il “perito-ausiliario” dell’attitudine a una ricerca da riceversi, per tale sua origine, come fonte imparziale (e perciò pretenziosamente neutra) delle conoscenze ricostruttive del fatto*»⁷⁶.

È dunque erronea la visione che si pone “a monte” della tesi volta ad attribuire alla perizia una natura “neutra”, e cioè l’impostazione diretta a negare la realtà in base alla quale ogni fatto analizzato è sempre *theory-laden*, ed a ritenere invece che sia possibile parlare di un’assoluta neutralità dell’esperto, del ricercatore o dello scienziato in generale⁷⁷; essa sarebbe corretta solo se lo “specialista” rilevasse passivamente i “nudi fatti”, astraendosi dal mondo in cui vive e dai presupposti concettuali che ispirano la sua attività⁷⁸.

Ciò peraltro non esclude, come abbiamo già avuto occasione di affermare, che si debba comunque tener conto di alcuni aspetti ricollegabili, più o meno direttamente, alla tesi volta a riconoscere una natura “neutra” alla perizia. L’analisi di diritto comparato conferma ad esempio l’esigenza di poter disporre di un contributo specialistico non legato agli interessi delle parti contrapposte. Appare interessante, sotto questo

tere di assolutezza che pare attribuirgli la giurisprudenza, richiedendosi, di volta in volta, una valutazione del peso che la prova assume, in un senso o nell’altro, nella dialettica probatoria. È l’esito di conoscenza della prova, in altri termini, a non poter essere considerato a priori neutro, ma da calare nella singola realtà probatoria del processo».

⁷⁴ C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, *Dir. pen. proc.*, Dossier, 2008, p. 32.

⁷⁵ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 277.

⁷⁶ O. DOMINIONI, *op. loc. ult. cit.*, p. 277.

⁷⁷ Per alcune considerazioni al riguardo v., volendo, P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell’età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, 2010, p. 52 ss.

⁷⁸ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, pp. 32 e 33.

aspetto, una figura prevista dal sistema giuridico nordamericano (anche se molto spesso ignorata), e cioè quella dell'esperto indipendente nominato dal giudice, ai sensi della *Rule 706*. Il *Court Appointed Expert Witness*, o *Neutral Expert*, si differenzia infatti dall'*Expert Witness* (che, pur essendo a sua volta assoggettato all'obbligo della verità, viene retribuito dalla parte che lo ha citato, e riveste pertanto una posizione sostanzialmente ibrida), proprio per la sua presunta posizione di "neutralità" ed "imparzialità".

D'altro canto, non può negarsi che mentre il consulente tecnico, dovendo supportare le tesi della parte che lo ha nominato, tende inevitabilmente, pur nel rispetto del rigore scientifico, a focalizzare l'attenzione su taluni dati, favorevoli a detta parte, e a mettere in ombra e trascurare quelli che potrebbero invece condurre a conclusioni ad essa avverse, la situazione si presenta assai diversa con riferimento al perito nominato d'ufficio dal giudice⁷⁹.

Il problema è comunque quello di evitare che in un sistema accusatorio ispirato alla formazione dialettica della prova, allo scontro grazie al quale si "forgia" la prova⁸⁰, la perizia rischi di apparire come un istituto almeno in parte "estraneo" rispetto a tali paradigmi.

L'attuale dettato codicistico non giustifica buona parte delle conclusioni ricollegabili alla natura "neutra" della perizia. In particolare occorre smentire decisamente la tesi secondo cui la perizia non andrebbe mai considerata come un mezzo di prova "a carico" o "a discarico" dell'accusato e risulterebbe necessariamente sottratta al potere dispositivo delle parti⁸¹, cosicché, qualora venisse chiesta una perizia ai sensi dell'art. 495, comma 2, c.p.p., e il giudice la negasse, non sarebbe possibile ricorrere in sede di legittimità per omessa assunzione di una prova contraria decisiva, in base all'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p.⁸².

Questa grave limitazione al potere dispositivo sarebbe difficilmente compatibile

⁷⁹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, p. 146; in tal senso v., altresì, R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 22; nonché, L. MASERA, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, in *Corr. merito*, 2007, p. 354.

⁸⁰ Per una lucida analisi delle valenze del contraddittorio, v. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 76 ss., che così osserva: «il contraddittorio supera, trascende gli interessi delle parti; è il miglior mezzo per scoprire, relativamente ad ogni tema, tutto ciò che può confermare o falsificare l'ipotesi dell'accusatore».

⁸¹ Cfr., invece, in tal senso Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, De Rossi, cit., p. 3354: «la perizia costituisce lo strumento attraverso il quale il sapere tecnico – scientifico penetra nel processo, allo scopo di integrare, nell'accertamento del fatto, il patrimonio di conoscenze del giudice come uomo di comune cultura: le conoscenze specialistiche servono ad illuminare il fatto, a renderlo semplice, comprensibile da chiunque. Ciò fa della perizia un mezzo di prova neutro, sottratto al potere dispositivo delle parti»; nonché Cass., sez. V, 10 febbraio 2005, B. ed altri, in *Dir. giust.*, 2005, n. 18, p. 84.

⁸² Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, De Rossi, cit., p. 3354; Cass., sez. VI, 7 luglio 2003, Bombino, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4164; Cass., sez. IV, 12 dicembre 2002, Bovicelli, *ivi*, 2004, p. 1659; Cass., sez. V, 6 aprile 1999, Mandalà, *ivi*, 2000, p. 3387; Cass., sez. III, 28 ottobre 1999, Dell'Utri, *ivi*, 1999, p. 2557; Cass., sez. I, 23 ottobre 1997, Geremia, *ivi*, 1998, p. 3366; Cass., sez. V, 30 aprile 1997, Ritossa, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 596, con commento di F. Traverso; Cass., sez. I, 17 giugno 1994, Jahri, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2935. Per un'analisi, in senso fortemente critico, di quest'ultima pronuncia, v. E. M.T. DI PALMA, *Art. 495 comma 2 c.p.p. e perizia quale presunto mezzo di prova «neutro»*, *ivi*, p. 2937 ss., ove si sottolinea come l'accoglimento di una simile tesi determini una chiara violazione del diritto alla prova sancito dall'art. 190 c.p.p.

con un modello, ove «*filo conduttore della disciplina della prova, anche nella materia peritale, è il predominio dell'iniziativa di parte*»⁸³.

Del resto, non è rinvenibile alcun serio avallo all'impostazione in base alla quale le parti non potrebbero richiedere una perizia "a prova contraria"⁸⁴; la vigente normativa conferma semmai che la perizia può essere "a carico" o "a discarico", evidenziando in tal modo come nel corso del dibattimento, in caso di perizia richiesta da una delle parti, il perito debba essere esaminato nell'ambito del "caso" della parte richiedente⁸⁵.

Una pur breve disamina suffraga questa affermazione. L'art. 224 c.p.p., stabilendo che il giudice possa disporre «*anche di ufficio*» la perizia, dimostra, implicitamente ma senza ombra di dubbio, che le parti possono autonomamente richiedere l'effettuazione di una perizia⁸⁶; non vi sarebbe del resto alcun motivo per sostenere che, con riferimento alla perizia e, più in generale, in relazione alla "prova scientifica", sia ad esse precluso il diritto di "difendersi provando"⁸⁷.

Il comma 1 dell'art. 468 c.p.p. prevede a sua volta la possibilità di richiedere l'esame dei periti ed il successivo comma 4 ammette la citazione a prova contraria dei periti non ricompresi nella propria lista, ribadendo così la sussistenza in capo alle parti di un potere di iniziativa al riguardo e dimostrando ulteriormente che la perizia, qualora sia richiesta dalle parti, può risultare sia "a carico" che "a discarico"⁸⁸, confutando così l'asserita "neutralità" di tale mezzo di prova⁸⁹. Tale conclusione è confermata dall'art. 508 c.p.p., che disciplina le ipotesi nelle quali il giudice dispone una perizia «*di ufficio o su richiesta di parte*».

Semmai, va condivisa la tesi secondo cui, pur dovendosi riconoscere che la perizia possa essere richiesta a controprova, la domanda di prova contraria peritale avverso una prova diretta peritale non impone la nomina di un altro perito, ma si traduce nel «*diritto della parte, inquadrabile e tutelato in base all'art. 495 comma 2 c.p.p., a che la perizia estenda il suo accertamento a tutti i fatti e a tutte le valutazioni specialistiche, indicati dalla parte avversaria, idonei a disattendere quelli oggetto della deduzione diretta che ha condotto all'ammissione della perizia*»⁹⁰.

A tutto concedere, si può parlare di perizia "neutra" solo qualora essa venga di-

⁸³ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 86.

⁸⁴ V. al riguardo le puntuali considerazioni di T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 82.

⁸⁵ C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, p. 158.

⁸⁶ F. TRAVERSO, *Il diritto alla controprova nei rapporti con la perizia*, cit., p. 596.

⁸⁷ P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, a cura di A. Scafati, Torino, 2009, p. 95.

⁸⁸ Cfr. P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 367 «*qualora la perizia sia chiesta da una delle parti, la medesima è una prova a carico o a discarico a seconda della parte che si è fatta portatrice della iniziativa*»; sempre in tal senso, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 253.

⁸⁹ D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, cit., p. 604; nonché, T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, p. 222 ss.

⁹⁰ T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 228.

sposta dal giudice d'ufficio⁹¹; la posizione di terzietà del giudice fa sì che questi nomi il perito non per veder avallata la tesi di una determinata parte, ma per un'esigenza di accertamento che prescinde dalla considerazione di chi potrà trarre vantaggio dal ricorso a tale mezzo di prova.

Una particolarità connessa a detta ipotesi è data dal fatto che l'art. 224 c.p.p. non subordina il ricorso alla perizia d'ufficio alla verifica concernente la sussistenza di un'«*assoluta necessità*» e pertanto non esige la sussistenza di quello che è il normale presupposto per permettere al giudice di disporre, *ex art. 507 c.p.p.*, l'assunzione di nuovi mezzi di prova.

Per quanto invece concerne la perizia richiesta dalle parti, onde evitare i fraintendimenti e le confusioni che accompagnano spesso la tematica in esame, occorre aver cura di distinguere l'iniziativa concernente l'introduzione del mezzo di prova rispetto alla titolarità del potere di *nomina* del perito⁹²; molto probabilmente, si parla spesso di prova "neutra" con riferimento alla perizia in quanto il potere di scelta e di successiva nomina del perito spetta al giudice, e non alle parti; bisogna peraltro ricordare che «*in relazione alla iniziativa, la perizia non si discosta significativamente dagli altri mezzi di prova*»⁹³.

Un'ulteriore precisazione va fatta in riferimento all'ipotesi di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392, comma 2, c.p.p., volto a disciplinare la perizia «*che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224-bis*». In tal caso, in occasione del successivo dibattimento, la parte può indicare il perito nella propria lista, *ex art. 468, comma 1, c.p.p.*, e al contempo, ai sensi del successivo comma 5 dello stesso articolo, «*il presidente in ogni caso dispone di ufficio la citazione del perito*», per cui si assiste all'anomalia rappresentata da una citazione di ufficio accompagnata da una domanda di parte tendente alla realizzazione della stessa finalità.

Qualora invece non vi sia stato un incidente probatorio e la parte richieda la citazione di un perito al dibattimento, poiché, come già osservato, l'indicazione del nominativo dell'esperto non spetta alla parte ma al giudice, al quale risulta riservata la titolarità del potere di nomina, può considerarsi sufficiente, per far ritenere rispettata la previsione dell'art. 468 c.p.p., una generica domanda di esame peritale, con l'indicazione di quello che dovrebbe essere l'oggetto della perizia, salvo sostenere, come talora è stato fatto in dottrina, che la richiesta dell'esame dell'esperto vada differita ad una fase successiva, e più precisamente al momento della domanda di ammissione delle prove, ai sensi dell'art. 493, comma 1, c.p.p.⁹⁴.

⁹¹ C. CONTI, *Scienza e processo penale*, cit., p. 157; P. TONINI, *La prova scientifica*, cit., p. 103.

⁹² P. TONINI, *La prova scientifica*, cit., pp. 102 e 103.

⁹³ P. TONINI, *La prova scientifica*, cit., p. 103.

⁹⁴ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 48, nota 17: «*Secondo l'interpretazione che sembra più corretta, la richiesta di perizia dovrebbe avvenire in sede di esposizione introduttiva e non attraverso il deposito delle "liste"*».

7. *Il divieto di perizia criminologica o psicologica e le deroghe a tale divieto nell'ambito del rito minorile e del procedimento di esecuzione*

L'art. 220, comma 2, c.p.p. esclude che possano essere ammesse, fatto salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o delle misure di sicurezza, delle perizie dirette a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.

Le considerazioni sulla quale risulta basata tale divieto, peraltro fortemente contestato, come vedremo, da una larga parte della dottrina, appaiono riconducibili a differenti ordini di ragioni.

Uno dei motivi volti a sorreggere l'impostazione accolta dall'art. 220, comma 2, è sicuramente connesso alla volontà legislativa di tutelare il prevenuto, impedendo il suo assoggettamento ad indagini che si tradurrebbero in una sorta di penetrazione all'interno della sfera più intima della personalità.

Si è inoltre voluto impedire che tali accertamenti pregiudichino la posizione processuale dell'imputato, gettando su di lui una luce negativa che si rifletterebbe sulla garanzia derivante dal principio di presunzione di non colpevolezza⁹⁵; l'evidenziazione di anomalie caratteriali, di un temperamento aggressivo od asociale, ad esempio, potrebbe influenzare negativamente il giudicante⁹⁶, determinando l'insorgenza di veri e propri pregiudizi *contra reum*, in quanto i risultati dell'indagine sulla personalità dell'imputato in tal caso rischierebbero di incidere, a livello inconscio, sulla valutazione concernente la responsabilità in ordine al reato addebitato.

È stato oltretutto osservato che non si deve mai «*inquisire l'anima dell'imputato*», in quanto «*un cittadino può essere giudicato, prima che punito, solo per quello che ha fatto e non anche, come nel giudizio morale, per quello che è*»⁹⁷.

Alla luce di queste considerazioni la perizia criminologica non può essere disposta neppure qualora l'interessato sia disposto ad acconsentire al suo espletamento, in quanto il divieto fissato al riguardo dall'art. 220, comma 2, c.p.p. «*lungi dal presentarsi come derogabile dalle parti (e, in particolare, da quella che ne risulta direttamente tutelata), appare una regola rigida, di ordine pubblico*»⁹⁸.

Sulla configurazione del divieto in oggetto deve poi aver inciso una velata diffidenza nei confronti degli esiti ricavabili da quella che viene generalmente definita come «perizia psicologica» o «perizia criminologia»⁹⁹, essendo verosimile presumere

⁹⁵ V., in dottrina, P. MOSCARINI, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 931 ss.; nonché R. ADORNO, voce *Perizia*, cit., p. 887, ove si osserva come tale divieto miri ad «*evitare che l'indagine peritale in ordine alla personalità dell'imputato possa influenzare il convincimento del giudice in punto di responsabilità*». Per una sottolineatura al riguardo v. anche, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 28 giugno 2006, V.S., in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 927.

⁹⁶ F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 934.

⁹⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VIII ed., Roma-Bari, 2004, p. 208.

⁹⁸ G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2183.

⁹⁹ P. MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 746, osserva peraltro, giustamente, che sebbene i due termini siano spesso

che abbiano giocato un ruolo significativo delle considerazioni di carattere epistemologico basate sul timore che i dati in tal modo ricavabili potessero risultare scarsamente attendibili.

Sotto questo aspetto, sembrerebbero dunque riproponibili le considerazioni concernenti il disposto dell'art. 188 c.p.p., volto a tutelare la libertà morale della persona nell'assunzione della prova, ove il legislatore abbina alla tutela dei diritti fondamentali riconoscibili ad ogni soggetto anche l'ulteriore esigenza di evitare l'ingresso di materiale probatorio ritenuto non pienamente affidabile¹⁰⁰.

In tal modo l'art. 220 c.p.p. assume, almeno apparentemente, una struttura antinomica; infatti, mentre il suo comma 1 si caratterizza per una decisa apertura nei confronti degli apporti che possono essere offerti dalle discipline extragiuridiche, al contrario il comma successivo respinge, in linea generale, quelli provenienti dalle cosiddette scienze umane, quali la psicologia, la criminologia, l'antropologia criminale¹⁰¹.

L'attuale legislatore ha riproposto, quasi integralmente, il dettato dell'art. 314, comma 2, c.p.p. 1930, con la sola variazione rappresentata dalla clausola di salvezza contenuta nell'*incipit* dell'art. 220, comma 2, volta a far salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena e delle misure di sicurezza¹⁰². Non vi è stato dunque un segnale di discontinuità rispetto alla logica di "chiusura", nei confronti della possibilità di esperire perizie criminologiche, che caratterizzava il codice del 1930.

La soluzione così accolta sembra stridere, almeno parzialmente, col disposto dell'art. 133 c.p., che obbliga invece il giudice a tener conto, in sede di commisurazione della pena, anche dei motivi a delinquere e del carattere del reo; infatti l'accertamento al riguardo risulta indubbiamente difficoltoso in assenza del contributo ricavabile dalla cosiddetta perizia psicologica¹⁰³.

Del resto, con riferimento al codice del 1930, questa impostazione era stata sospettata di illegittimità costituzionale. Si era infatti eccepito che essa da un lato violava il diritto di difesa dell'imputato, che veniva in tal modo privato della facoltà di provare la sussistenza delle condizioni che avrebbero potuto determinare, in caso di una sua eventuale condanna, una pena maggiormente aderente all'effettiva situazione personale, e d'altro canto si poneva in contrasto con il principio fissato dall'art. 27,

usati indifferentemente e vengano ritenuti equivalenti fra loro, in realtà essi fanno riferimento ad ipotesi non del tutto sovrapponibili, in quanto «limitare la valutazione criminologica al solo esame psicologico dell'imputato comporterebbe un inaccettabile impoverimento di un'analisi ben più approfondita ... infatti una perizia criminologica non soltanto non può tradursi in un semplice "dossier de personnalité" ..., ma – a differenza di quanto avviene per una perizia psicologica o psichiatrica – non potrà limitarsi a verificare la capacità di intendere e di volere del soggetto, ma dovrà anche tenere conto di quei fattori ambientali che collocano esattamente quella singola manifestazione delittuosa in una determinata struttura sociale».

¹⁰⁰ Cfr. R. CANTONE, *Il recupero dei ricordi latenti a mezzo ipnosi e tutela della libertà morale della persona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3624.

¹⁰¹ V., in tal senso, A. COSTANZO-B. MONTANARI, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1998, p. 72. Per ulteriori osservazioni al riguardo, v. D. DAWAN, *La consulenza psicologica*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 242 ss.

¹⁰² A. CARNEVALE-A. COLAGRECO-R. MENNA, *La perizia criminologica nel processo penale: dal Codice del '30 ai nostri giorni*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 371 ss.

¹⁰³ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 243.

comma 3, Cost., finalizzato alla rieducazione del soggetto nel corso del trattamento penale sanzionatorio, impedendo gli accertamenti atti a permettere un'individualizzazione della pena.

Il giudice delle leggi, in due successive pronunce, sostenne peraltro che la normativa in oggetto non contrastava con i dettami costituzionali¹⁰⁴, affermando che rientrava nella discrezionalità legislativa valutare quali strumenti di accertamento fossero più opportuni per commisurare la pena tenendo conto dei "motivi a delinquere" e del "carattere del reo".

La soluzione accolta dall'art. 314, comma 2, c.p.p. 1930, seppur "graziata" dalla Corte costituzionale, continuò comunque ad essere sottoposta a pesanti critiche, soprattutto da parte dei cultori delle scienze psicologiche.

Proprio alla luce di tali rilievi il progetto preliminare del codice di procedura penale, pubblicato nel 1978, ammetteva invece espressamente, agli artt. 209, comma 2, e 212, comma 3, la possibilità di effettuare delle perizie sulla personalità dell'imputato anche con riferimento alle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, ed affidava il loro espletamento ad esperti del settore¹⁰⁵. Onde superare le tradizionali obiezioni volte a sottolineare come i risultati della perizia psicologica possano rischiare di riverberarsi negativamente sulla posizione processuale dell'imputato, influenzando il giudizio sulla sua colpevolezza, questa particolare indagine peritale era stata ammessa solo nelle ipotesi in cui fosse già stata comprovata la responsabilità del prevenuto. Infatti l'art. 518 del progetto così disponeva: «quando esistano prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto contestato, ed è necessario approfondire l'indagine sulla sua personalità, il giudice può ordinare che il dibattimento sia riaperto al fine di procedere a perizia criminologica». In tal modo l'analisi concernente la colpevolezza dell'imputato veniva tenuta ben distinta da quella afferente al successivo momento sanzionatorio.

Una simile problematica, da tempo al centro di un ampio dibattito dottrinale¹⁰⁶, avrebbe forse meritato una maggiore attenzione da parte dell'attuale legislatore¹⁰⁷. In particolare, come ha puntualmente evidenziato chi si è espresso negativamente nei confronti della persistenza del divieto in esame¹⁰⁸, pur occorrendo evitare ogni strumentalizzazione dei dati relativi alla personalità dell'imputato, si sarebbe dovuto cercare di garantire al contempo una maggiore possibilità di tener conto degli apporti provenienti dalle scienze psicologiche¹⁰⁹. Oltretutto la riproposizione del divieto di perizia psicolo-

¹⁰⁴ Corte cost. 19 dicembre 1973, n. 179, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2392; Corte cost. 9 luglio 1970, n. 124, in *Riv. pen.*, 1970, II, c. 684. Per un'analisi fortemente critica nei confronti della pronuncia n. 124 del 1970, v. E. DOSI, *Il divieto di perizia psicologica ed i principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1565 ss.; nonché, G. TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente incostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325 ss.

¹⁰⁵ V., al riguardo, P. CORSO, voce *Periti e perizia. a) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 90.

¹⁰⁶ Per una sintesi al riguardo, v. I. GIANNINI, *Il dibattito sull'ammissibilità della perizia e della consulenza criminologica nel processo penale*, in *Rass. penit. crimin.*, 2003, p. 87 ss.

¹⁰⁷ Cfr. P. MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, cit., p. 744 ss.

¹⁰⁸ F. GIANFROTTA, *Sub art. 220*, cit., p. 575.

¹⁰⁹ Sulla necessità di un contemperamento di tali diverse esigenze v., in particolare, M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, pp. 38 e 39; sempre in tal senso v., altresì, A. CA-

gica continua ad impedire la piena attuazione del «compito di adeguamento delle sanzioni alla personalità di chi è riconosciuto penalmente responsabile ed alle esigenze di un suo recupero»¹¹⁰, ostacolando la possibilità di fruizione dei dati ricavabili dalle recenti scoperte nell'ambito delle neuroscienze, volte a mettere in luce, ad esempio, la sussistenza di numerose connessioni tra la struttura genetica degli individui e la loro tendenza ad impulsi antisociali, quali l'aggressività¹¹¹.

Comunque, alla luce dell'attuale dettato normativo, un'eventuale perizia al riguardo risulterebbe inutilizzabile. Il divieto in oggetto concerne ogni fase del procedimento; non potrebbe conseguentemente essere adottata una misura cautelare sulla base degli esiti di una perizia criminologica svolta con incidente probatorio nel corso delle indagini preliminari¹¹².

Deve ritenersi parimenti preclusa la possibilità di esperire una consulenza tecnica criminologica¹¹³. L'ambito della consulenza tecnica, sia essa peritale o extraperitale, non può infatti esorbitare da quello fissato per la perizia, che rappresenta al riguardo un punto di riferimento obbligato. Non paiono infatti condivisibili le affermazioni dirette a sostenere che il divieto di perizia criminologica avrebbe una valenza assolutamente eccezionale e come tale non potrebbe essere esteso al di là della previsione letterale¹¹⁴; al contrario, esso rappresenta il portato di considerazioni assai più ampie, che vanno estese, almeno in una prospettiva *de iure condito*, anche alla consulenza tecnica¹¹⁵.

Al contempo non sembra sostenibile la tesi secondo cui, poiché il divieto mira a garantire i diritti dell'imputato, non avrebbe senso mantenerlo laddove, come nel caso della consulenza tecnica disposta a favore della difesa, sia lo stesso interessato a voler essere sottoposto all'accertamento psicologico¹¹⁶. In realtà, come già accennato, il divieto appare fondato anche su considerazioni di ordine pubblico, conseguentemente insuperabili a prescindere dall'eventuale prestazione del consenso¹¹⁷.

LABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 766 ss.

¹¹⁰ M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., pp. 38 e 39.

¹¹¹ Su questa tematica, v. P. RIVELLO, *Libero arbitrio, responsabilità e imputabilità*, in E. CASIGLIA (a cura di), *Decisione, volizione, libero arbitrio*, Padova, 2011, p. 193 ss.

¹¹² F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma della Cassazione*, cit., p. 931.

¹¹³ V., in tal senso, v. M. COSSIGNANI, *I consulenti tecnici del P.M. tra limiti normativi e distorsioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 335; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 164; R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 282 ss.

¹¹⁴ Cfr. G. PONTI, *La consulenza tecnica criminologica*, cit., p. 857.

¹¹⁵ V., in tal senso, G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, cit., p. 2177.

¹¹⁶ Cfr. I. GIANNINI, *Il dibattito*, cit., p. 98, secondo cui la consulenza tecnica criminologica in molti casi «potrebbe costituire l'unico strumento a disposizione delle parti per vagliare ed eventualmente confutare, con l'apporto di un contributo tecnico, le risultanze emerse dall'eventuale acquisizione e valutazione della documentazione di provenienza extraprocessuale ai sensi dell'art. 236 c.p.p., quali i certificati del casellario giudiziale, le sentenze irrevocabili, la documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale, presso gli enti pubblici, presso gli uffici di sorveglianza, etc. ... che comunque ineriscono al delicato tema della valutazione della personalità dell'imputato».

¹¹⁷ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 382.

Il divieto di perizia psicologica non opera invece con riferimento al procedimento a carico di imputati minorenni. Nel delineare le disposizioni sul processo penale a carico di tali imputati si è infatti dovuto tener conto, con riferimento a detta tematica, dell'art. 3, lett. e), legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, volto a focalizzare l'attenzione sul «*dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti*». In conformità a questa previsione, e dunque in omaggio al «*principio individualizzante della giustizia minorile*»¹¹⁸, l'art. 9 min. (*Accertamenti sulla personalità del minore*) stabilisce che il pubblico ministero ed il giudice possano sentire il parere di esperti onde acquisire elementi concernenti le condizioni personali del minorenne, al fine di accertarne l'imputabilità, ai sensi dell'art. 98 c.p., e il grado di responsabilità, per valutare la rilevanza penale del fatto e per disporre le adeguate misure penali ed adottare gli eventuali provvedimenti civili¹¹⁹.

Con riferimento al procedimento a carico degli imputati minorenni, la deroga al divieto di perizia psicologica del resto era già contenuta nell'abrogato art. 11, comma 2, r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404¹²⁰, in base al quale ogni qualvolta si dovesse «*determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta*» era ammessa la possibilità di «*assumere informazioni e sentire pareri di tecnici senza alcuna formalità di procedura*».

Ritornando all'attuale art. 9 min., è stato affermato che «*ciò che per gli adulti è vietato, per i minori è obbligatorio proprio al fine di evitare che l'accertamento prescindendo da valutazioni di personalità suscettibili di portare alla immediata definizione del processo per immaturità*»¹²¹.

In base a detta norma il pubblico ministero ed il giudice possono dunque sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità. L'assenza di formalismo non può tuttavia tradursi in una violazione del diritto di difesa. Conseguentemente, qualora l'assunzione del parere venga disposta nel corso del dibattimento, va riconosciuto il diritto da parte del difensore di formulare delle domande all'esperto e di produrre le risultanze di un'eventuale consulenza tecnica, espletata ai sensi dell'art. 223 c.p.p.¹²².

Il divieto di perizia psicologica non trova inoltre applicazione con riferimento alla fase dell'esecuzione. Ciò può essere spiegato ricordando che una delle giustificazioni a detto divieto consiste nel rilievo in base al quale l'emersione di aspetti negativi della

¹¹⁸ G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 243.

¹¹⁹ A. PRESUTTI, *La posizione del minore*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris e A. Presutti, Milano, 2002, p. 342, ha definito l'art. 9 min. «*norma cardine dell'intero sistema processuale minorile, non a caso derogatoria dei limiti e delle preclusioni (art. 194, comma 1°, e 220 c.p.p.) sancite nell'omologo contesto per gli adulti*».

¹²⁰ Per un'analisi di detta norma, v. C. CERTO, *Considerazioni esegetiche sull'art. 11 della legge istitutiva del Tribunale per i minorenni*, in *Ind. pen.*, 1975, p. 132 ss.

¹²¹ Cfr. M. BOUCHARD-L. PEPINO, *L'imputabilità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., vol. V, cit., p. 115.

¹²² A. PRESUTTI, *La posizione del minore*, cit., p. 345; v., negli stessi termini, G. REYNAUD, *Sub art. 9 min.*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, cit., *Leggi collegate*, vol. I, *Il procedimento minorile*, Torino, 1994, p. 97.

personalità del periziando potrebbe avere un effetto condizionante, influenzando sull'attribuzione del fatto all'imputato, così da indurre i magistrati a pervenire ad una condanna pur in assenza di adeguate risultanze probatorie a supporto della tesi di colpevolezza; evidentemente detta considerazione, riferibile al giudizio di cognizione, non può valere in relazione alla fase dell'esecuzione, nella quale occorre far sì che le modalità di irrogazione della sanzione risultino pienamente calibrate alla personalità del soggetto ad essa sottoposto, in quanto il relativo procedimento è «iscrivibile nell'ottica del giudizio "sull'uomo"»¹²³.

L'analisi psicologica della personalità rappresenta in tal caso uno strumento prezioso per permettere un percorso risocializzante, secondo un programma calibrato alle particolari caratteristiche di ogni singolo individuo.

L'art. 220, comma 2, c.p.p., facendo espressamente salvo «quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza», permette di ipotizzare che il legislatore abbia inteso accostarsi, sia pur con estrema timidezza, alle impostazioni, già da tempo recepite da un'autorevolissima dottrina¹²⁴, favorevoli ad una concezione "bifasica" del processo, diretta ad operare una distinzione fra la fase concernente l'accertamento della responsabilità penale e quella, necessariamente successiva, destinata, in caso di condanna dell'imputato, all'individuazione del trattamento sanzionatorio più opportuno, in base ad un'analisi volta a tener conto delle connotazioni personali del reo¹²⁵.

Appare infine opportuno ricordare che in base all'art. 678 c.p.p. quando si procede nei confronti di una persona sottoposta a osservazione scientifica della personalità, ai sensi dell'art. 13, comma 2, ord. penit.¹²⁶ (in un contesto comunque ben diverso, come vedremo fra breve, rispetto a quello della perizia psicologica disposta nel procedimento d'esecuzione e di sorveglianza¹²⁷), il giudice può avvalersi, in caso di ravvisata insufficienza dei dati già acquisiti, «della consulenza dei tecnici del trattamento»¹²⁸.

A prescindere dai dubbi concernenti l'individuazione di quali siano le figure pro-

¹²³ G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2002, p. 248.

¹²⁴ G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 708.

¹²⁵ V., in tal senso, D. BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 71: «la norma conterrebbe in embrione il preludio del processo bifasico, da più parti invocato, la cui applicazione presuppone necessariamente il ricorso all'ausilio di esperti che siano in grado di valutare quali interventi sulla pena e sulle misure possano incidere in senso trasformativo ed evolutivo sul carattere e sul comportamento dei condannati»; analogamente F. GIANFROTTA, *Sub art. 220.*, cit., p. 578; nonché D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, cit., p. 600.

¹²⁶ Tale norma prevede che nei confronti dei condannati e degli internati, ai fini dell'individuazione del programma trattamentale, debba essere predisposta «l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa».

¹²⁷ A. SCALFATI, voce *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1997, p. 5.

¹²⁸ Su questa tematica, v. G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 247; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1161 ss.; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 172.

fessionali alle quali il legislatore intende in tal modo fare riferimento, e cioè se possano essere ricompresi in detto ambito i tecnici coinvolti nell'opera trattamentale svolta negli istituti di pena¹²⁹, le maggiori incertezze concernono, più in generale, l'inquadramento giuridico della previsione in oggetto. Le connotazioni di informalità di questa procedura non sarebbero di per sé ostative alla sua riconducibilità nell'ambito di un mezzo di prova "tipico" quale la perizia, tenuto conto del fatto che nel procedimento di esecuzione, applicabile al procedimento di sorveglianza in virtù del rinvio operato dall'art. 678, comma 1, c.p.p. all'art. 666 c.p.p., l'espletamento della perizia può svolgersi «*senza particolari formalità*»¹³⁰. Tuttavia l'assoluta "eccentricità" della regolamentazione in esame, e l'assenza delle connotazioni "minime" della perizia paiono giustificare le considerazioni di chi ritiene che nel caso in esame sia configurabile un istituto irriducibile ad una «*rigida ed univoca classificazione entro lo schema della perizia*»¹³¹, sia pur sommaria ed informale, e tale da dar vita ad una sorta di «*tertium genus*», esclusivo e tipico di questo settore¹³².

Esaurito così l'esame delle possibili deroghe al divieto di perizia psicologica, osserviamo che, non essendo riconducibile all'analisi della personalità dell'imputato, esulerebbe comunque da un simile divieto l'eventuale perizia volta a fornire, così come avviene in alcuni Paesi, delle *background informations* in ordine alle abitudini ed allo stile di vita che può connotare gli autori di taluni delitti.

Può essere fatto riferimento al riguardo all'esperienza anglosassone, ove "l'esperto d'accusa" espone al collegio quale sia il *modus operandi* tipico di determinate categorie di criminali¹³³, al fine di confutare, ad esempio, le affermazioni difensive volte a rilevare la supposta incompatibilità tra le modeste condizioni dell'accusato e l'ingente possesso di denaro derivante dall'asserito svolgimento di un'attività di narcotraffico, evidenziando al riguardo come l'uso di abitazioni "popolari" ed un basso tenore di vita rientrino invece perfettamente negli stereotipi dei trafficanti di droga¹³⁴.

Risulterebbe parimenti estraneo al divieto di perizia criminologica il ricorso ad esperti finalizzato all'indicazione di ipotetici *profiles* concernenti i soggetti coinvolti, quali persone offese, in determinate azioni criminose (si pensi alle connotazioni della sindrome del trauma da stupro e alla descrizione delle normali reazioni dell'ipotetica vittima), onde permettere al giudice di valutare se, nel caso concreto, il comportamento della persona offesa corrisponda ai parametri delineati.

La giurisprudenza, rilevando che detto divieto si riferisce alla perizia disposta sull'imputato, ha ritenuto ammissibile l'effettuazione di una perizia sulla persona offesa chiamata a deporre come testimone, tendente ad accertare, ad esempio, se detto sog-

¹²⁹ A favore di detta soluzione, v. K. MAMBRUCCHI, voce *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, t. 2, Torino, 2005, p. 1139; in tal senso v. anche G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 247; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., p. 147.

¹³⁰ V., al riguardo, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 253.

¹³¹ K. MAMBRUCCHI, voce *Procedimento di sorveglianza*, cit., p. 1139.

¹³² Cfr. S. LA ROCCA, *La prova nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza*, in *La prova penale*, cit., p. 853.

¹³³ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 167.

¹³⁴ O. DOMINIONI, *op. loc. ult. cit.*, p. 167.

getto sia in grado di rendersi esattamente conto degli atti che si ritiene siano stati posti in essere ai danni della sua persona o del suo patrimonio e possa esporli in maniera corretta e senza alterazioni dovute a sindromi di varia natura¹³⁵.

8. *La nomina del perito*

Nel delineare i criteri concernenti la scelta del perito da parte del giudice il codice ha tenuto conto di una serie di distinte esigenze, peraltro connesse fra loro. Emerge in primo luogo con evidenza la volontà di far risaltare la differenza intercorrente rispetto all'impostazione accolta dall'art. 314 del codice del 1930, ove la nomina costituiva in sostanza il frutto della discrezionalità del giudice che, in assenza di qualsiasi rigoroso parametro di riferimento, poteva scegliere gli esperti, liberamente, tra le persone reputate «*idonee*», sia pur tenendo conto del criterio preferenziale volto a privilegiare chi avesse conseguito «*la qualifica di specialista*».

L'attuale legislatore si è invece mostrato preoccupato di impedire scelte arbitrarie da parte del giudice, svincolate da ogni possibilità di controllo, ed esposte al sospetto di eventuali favoritismi, tali da condizionare i rapporti tra il perito ed il giudice, con conseguenti gravi ricadute anche nei confronti dell'immagine della giustizia da parte dell'opinione pubblica.

Per evitare questo rischio la nomina dei periti è stata ancorata ad indici obiettivi, essendo stato previsto che, almeno in linea generale, i nominativi degli esperti debbano essere ricavati all'interno degli appositi albi, delineando così un criterio preferenziale, ma non assolutamente vincolante. L'art. 221 c.p.p. prevede infatti che in via di massima venga nominato come perito un soggetto iscritto nell'albo di cui all'art. 67 norme att. c.p.p.¹³⁶; l'iscrizione dovrebbe infatti implicare un serio vaglio di professionalità.

Va ricordato come l'istituzione di un apposito elenco dei periti rappresenti un segnale di notevole discontinuità rispetto al passato, in quanto il codice del 1930 non prevedeva tale albo, la cui introduzione, peraltro, era già caldeggiata antecedentemente all'elaborazione del codice di procedura penale del 1913, quando era stata sostenuta l'opportunità di un albo ufficiale degli esperti, entro il quale il giudice avrebbe dovuto operare la nomina.

Tale proposta, peraltro, all'epoca non aveva trovato alcuna concreta attuazione, in quanto si era temuto che sarebbe stato difficoltoso individuare dei validi criteri di selezione dei soggetti da inserire nell'albo, sostenendosi inoltre che i migliori specialisti nei diversi settori non avrebbero avuto sufficienti incentivi per chiedere di esservi ammessi.

L'art. 67 norme att. c.p.p. prevede che nell'albo dei periti siano necessariamente inserite le categorie degli esperti in medicina legale, psichiatria, contabilità, ingegner-

¹³⁵ Cass., sez. III, 4 ottobre 2006, Balliu, cit., p. 4675; Cass., sez. III, 28 settembre 1995, Russo, cit., p. 2174. In tal senso, in dottrina, R. ADORNO, voce *Perizia*, cit., p. 888; D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, cit., p. 601; G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 244.

¹³⁶ Per un'analisi di tale norma, v. F. GIANFROTTA, *Sub art. 67 norme att. c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, vol. I, *Norme di attuazione*, cit., p. 246 ss.

ria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia; queste aree specialistiche sono state richiamate in virtù della particolare incidenza statistica delle perizie concernenti le materie ad esse relative.

Il testo originario della citata norma di attuazione faceva riferimento, probabilmente per un'imprecisione, agli esperti in "grafologia"; tale dizione è stata sostituita in virtù della modifica operata dall'art. 11, d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12¹³⁷, per effetto della quale non si parla più di esperti in grafologia, bensì di esperti in analisi e comparazione della grafia; simile correzione terminologica, come osservato nella relazione al predetto provvedimento normativo, ha permesso di delineare più correttamente gli ambiti di tale tipologia di perizia e di eliminare i disorientamenti interpretativi dovuti alla precedente formulazione¹³⁸.

In effetti, anche se talora si confonde la perizia "grafologica" con la perizia "grafica", questi due termini fanno riferimento a situazioni nettamente differenziate fra loro¹³⁹. Lo scopo dell'analisi grafologica consiste nell'analizzare la scrittura come mezzo espressivo della personalità, onde scoprire le caratteristiche individuali di un determinato individuo; la perizia grafica tende invece ad accertare l'autenticità o la falsità di uno scritto¹⁴⁰, nonché l'eventuale identità di provenienza di diversi elaborati e, in alcuni casi, anche la loro datazione.

L'albo dei periti rende possibile, come già abbiamo osservato, un controllo sui requisiti dei professionisti che intendono esservi iscritti. Il legislatore ha opportuno previsto che detto controllo non sia limitato alla fase dell'ammissione, ma venga reiterato a scadenze periodiche, secondo le modalità delineate dagli artt. 68 e 69 norme att. c.p.p.; in particolare è stata disposta un'obbligatoria revisione biennale, onde provvedere, tra l'altro, all'eventuale cancellazione dei soggetti per i quali siano venuti meno i requisiti o sia insorto un impedimento ad esercitare l'ufficio di perito. Solo «*le persone fornite di speciale competenza nella materia*», secondo il disposto dell'art. 69, comma 1, norme att. c.p.p., possono ottenere l'iscrizione nell'albo; per comprovare tale dato la relativa domanda, diretta al presidente del tribunale, deve essere accompagnata dai titoli e dalle documentazioni attestanti il possesso, da parte del richiedente, dei necessari requisiti.

Competente alla formazione ed alla revisione dell'albo dei periti è un apposito comitato presieduto, ai sensi dell'art. 68 norme att. c.p.p., dal presidente del locale tribunale. Al comitato è affidato il compito di decidere sulle richieste di iscrizione, di provvedere alla revisione dell'albo e di irrogare le sanzioni previste dall'art. 70 norme att. c.p.p.

Il legislatore peraltro, consapevole del fatto che qualora l'iscrizione all'albo fosse stata considerata un requisito assolutamente necessario per la nomina si sarebbe potuto perdere l'apporto di significative professionalità, ha voluto evitare un'impostazione caratterizzata da una rigidità eccessiva, ed ha escluso che il giudice sia sempre vincolato a scegliere come perito un esperto ricompreso in tale albo. In caso con-

¹³⁷ Per un'analisi della *ratio* e della portata di tale modifica normativa, v. F. GIANFROTTA, Sub art. 11 d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, in *Leg. pen.*, 1991, p. 57 ss.

¹³⁸ *Relazione al d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12*, in *Doc. giust.*, 1991, n. 3, p. 278.

¹³⁹ B. VETTORAZZO, *Grafologia giudiziaria e perizia grafica*, Milano, 2004; nonché, P. ZANGARI, *Problemi medico-legali in grafologia giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 2004, I, c. 222 ss.

¹⁴⁰ Cfr. P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 471.

trario, oltretutto, non solo sarebbe stata radicalmente preclusa la possibilità di nominare come esperti degli studiosi insigni che non avessero ritenuto di iscriversi all'albo dei periti, ma sarebbe risultata impossibile la nomina dei periti in relazione ad ambiti tecnici o scientifici connotati da assoluta novità, tali da escludere, almeno inizialmente, la formazione di un apposito albo.

Occorreva dunque accogliere un'impostazione maggiormente "elastica", atta comunque ad impedire al giudice di poter immotivatamente derogare al criterio prioritario rappresentato dall'iscrizione all'albo, giacché altrimenti sarebbe stato ripristinato il regime di quasi assoluta discrezionalità che caratterizzava il codice del 1930. Onde contemperare tali opposte esigenze è stato introdotto un criterio "alternativo" e "subordinato"; l'art. 67 norme att. c.p.p. dispone che qualora il giudice intenda scegliere come perito un esperto non iscritto nell'apposito albo, debba privilegiare, se possibile, chi svolge la propria attività professionale presso un ente pubblico. Questo dato dovrebbe infatti costituire un indice di affidabilità¹⁴¹, anche per effetto del regime concorsuale di accesso alle strutture pubbliche¹⁴²; in tal modo si può far ricorso, tra l'altro, a soggetti inseriti nelle università pubbliche o negli enti pubblici di ricerca. Nell'ordinanza di nomina vanno indicate specificamente le ragioni della scelta; l'eventuale mancanza di detta indicazione configura una nullità relativa, ai sensi dell'art. 181 c.p.p.¹⁴³.

Qualora una precedente perizia sia stata dichiarata nulla, il giudice, ai sensi dell'art. 221, comma 1, c.p.p., deve curare «ove possibile, che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito». Peraltro, come è stato osservato criticamente, mentre in caso di incompatibilità od incapacità del perito appare pienamente condivisibile che la nuova perizia sia affidata ad un altro esperto, la sostituzione risulta invece ingiustamente penalizzante con riferimento alle ipotesi in cui la precedente perizia sia stata dichiarata nulla per ragioni non attinenti alla professionalità dell'esperto¹⁴⁴.

L'art. 221, comma 2, c.p.p. prevede che il giudice possa nominare una pluralità di periti, qualora le indagini e le valutazioni risultino di notevole complessità o richiedano «distinte conoscenze in differenti discipline»¹⁴⁵. In tal caso vi sono due possibili

¹⁴¹ In giurisprudenza è stato precisato che la nomina di un esperto non iscritto nell'albo non giustifica affatto un giudizio aprioristico di minor credibilità della relazione peritale redatta da tale soggetto: così, Cass., sez. III, 23 novembre 2005, Pellegrini, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2572.

¹⁴² V., in tal senso, C. CALCAGNI-M.A. MASCARO, *Riflessioni sugli albi dei periti e dei consulenti tecnici di ufficio*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 256.

¹⁴³ Cfr. A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 112; nonché, F. GIANFROTTA, *Sub art. 67 norme att. c.p.p.*, cit., p. 249.

¹⁴⁴ Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 369, nota 301. In giurisprudenza Cass., sez. III, 23 giugno 2000, Fumarola, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2166, ha affermato che il giudice può legittimamente rinnovare la nomina allo stesso perito, qualora sia stata dichiarata la nullità della perizia per omesso avviso alle parti dell'inizio delle operazioni peritali. A sua volta Cass., sez. III, 21 gennaio 2003, Cuomo, *ivi*, 2005, p. 545, ha sottolineato come il previo espletamento di una perizia poi dichiarata nulla non comporti l'incompatibilità del perito che abbia effettuato tale perizia, e non impedisca la possibilità del conferimento a questo esperto di un nuovo incarico nel medesimo procedimento penale.

¹⁴⁵ G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 261, rileva che in tal caso «non si tratta di perizie plurime alle quali magari ricorrere a fronte di un esito insoddisfacente della prima, ma di nomina plurima

tà. In presenza di accertamenti di particolare difficoltà, il giudice può infatti designare un collegio di periti ma può anche affidare disgiuntamente l'espletamento di tali accertamenti a più esperti, con distinti incarichi peritali; questa soluzione, la cui ammissibilità è stata confermata dai giudici di legittimità¹⁴⁶, abbina il vantaggio di garantire un effettivo pluralismo scientifico con quello di permettere ai diversi periti di operare in maniera del tutto autonoma fra loro, impedendo gli eventuali, spesso inevitabili condizionamenti reciproci derivanti da una perizia collegiale¹⁴⁷.

Le stesse conclusioni valgono per le ipotesi che impongono l'interdisciplinarietà nella relazione peritale; anche il tal caso il giudice può disporre una perizia collegiale o può invece decidere di nominare, con incarichi separati, vari periti, esperti in relazione a differenti aree del sapere¹⁴⁸.

Non necessariamente, tra l'altro, la nomina dei diversi periti deve essere contestuale, ben potendo il giudice procedere anche a nomine successive. Sebbene l'art. 221, comma 1, c.p.p. preveda specificatamente l'ipotesi del conferimento di un ulteriore incarico peritale solo con riferimento al caso in cui la prima perizia sia dichiarata nulla, ciò non esclude, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza, che il giudice possa comunque provvedere in tal senso anche a prescindere dalla verifica di questa eventualità¹⁴⁹.

9. La ristretta area degli esperti autorizzati ad espletare la perizia nummaria

Il combinato disposto degli artt. 221 c.p.p. e 67 norme att. c.p.p. delimita l'ambito dei soggetti entro cui può essere operata la scelta volta a condurre alla designazione del perito. In alcuni casi peraltro il legislatore ha adottato un'impostazione ancora più rigida per l'individuazione della possibile rosa degli esperti. Paradigmatica al riguardo risulta l'ipotesi concernente la cosiddetta perizia nummaria, disciplinata dall'art. 74 norme att. c.p.p., esperibile nel corso dei procedimenti relativi ai reati previsti dal libro II, titolo VII, capo I c.p., e più precisamente in ordine ai delitti di falsificazione di monete e di carte di pubblico credito, parificate alle monete dall'art. 458 c.p.

In base a detta previsione, che ha parzialmente recepito la formulazione utilizzata dall'art. 21 norme att. c.p.p. 1930, nei procedimenti sovrarichiamati possono essere nominati come periti soltanto i tecnici della direzione generale della Banca d'Italia o del Dipartimento del Tesoro.

In base al comma 2 dell'art. 74, qualora l'autorità giudiziaria che dispone la peri-

all'interno della medesima perizia che richiede l'utilizzo di saperi complementari», aggiungendo (ivi, nota 195) che «una volta effettuata tale opzione è inutilizzabile l'esito di una perizia alla quale hanno partecipato solo alcuni e non tutti i periti designati».

¹⁴⁶ Cass., sez. II, 10 novembre 2000, Gianfreda, in *Cass. pen.*, 2002, p. 725.

¹⁴⁷ V., al riguardo, C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., p. 34.

¹⁴⁸ V. invece, in senso contrario, F. GIANFROTTA, *Sub art. 221*, cit., p. 583: «non si rivelerebbe congrua ... una pluralità di distinti incarichi, conferiti a più periti, ciascuno esperto in un determinato settore».

¹⁴⁹ Cass., sez. VI, 8 gennaio 1996, Vanotti, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 697.

zia non abbia sede in Roma, essa può rivolgersi per il suo espletamento al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale della capitale¹⁵⁰, trasmettendo a quest'ultimo gli atti, il corpo del reato ed i vari documenti occorrenti, dopo aver formulato i quesiti ed aver indicato le parti e i difensori da convocare. Il giudice per le indagini preliminari procede in tal caso nelle forme previste per l'incidente probatorio.

Il legislatore ha evidentemente ritenuto che in relazione ad una tematica così specifica quale quella del falso nummario la regolamentazione generale concernente la nomina dei periti, volta a fare riferimento ai soggetti iscritti negli appositi albi, dovesse essere derogata per effetto dell'accoglimento di un criterio assai più rigoroso, in base al quale in questa materia il parere tecnico sulla sussistenza delle eventuali contraffazioni può essere fornito da una cerchia estremamente ristretta di individui, dotati di particolare esperienza e competenza al riguardo, e cioè dai tecnici della Banca d'Italia e da quelli appartenenti al Dipartimento del tesoro.

Detta scelta limitativa appare indubbiamente opinabile; infatti anche altri soggetti parrebbero idonei a svolgere l'incarico di "esperti" in ordine al falso nummario. Non sembra invece condivisibile il rilievo in base al quale essa potrebbe essere sospettata di illegittimità costituzionale, stante la sua apparente assonanza con l'impostazione accolta dall'art. 9, legge 20 novembre 1971, n. 1062, che così prevedeva: «*nei procedimenti penali per contraffazione od alterazione di opere d'arte, fino a quando non sia istituito l'albo dei consulenti tecnici in materia di opere d'arte, il giudice deve avvalersi dei periti indicati dal ministro della pubblica istruzione, il quale è tenuto a sentire, in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto di cui si presume la non autenticità, la designazione della competente sezione del Consiglio Superiore*». Non appaiono infatti riferibili alla soluzione normativa volta a disciplinare la perizia in relazione al falso nummario le considerazioni sviluppate dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 440/1988¹⁵¹, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 9, legge n. 1062/1971 «*nella parte in cui adopera(va) le parole "deve avvalersi" anziché le parole "può avvalersi"*», e dunque nella parte in cui imponeva al giudice di far esclusivamente ricorso, qualora fosse stato ritenuto necessario addivenire all'espletamento di una perizia in materia artistica, agli esperti indicati e designati dal Ministero della Pubblica Istruzione (e successivamente, a seguito della modifica operata dall'art. 2, d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, conv. in legge 29 gennaio 1975, n. 5, dal Ministero per i beni culturali). In tale occasione la Consulta sottolineò che doveva essere considerata lesiva dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici la regolamentazione normativa delineata dalla legge n. 1062/1971, che imponeva vincoli rigidissimi per la nomina del perito, sottraendo all'autorità giudiziaria ogni possibilità di scelta al riguardo.

La soluzione prevista dall'attuale art. 74 norme att. c.p.p. non è peraltro in alcun

¹⁵⁰ M. MUSSO, Sub art. 74 norme att. c.p.p., in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, vol. I, *Norme di attuazione*, Torino, 1992, p. 275, osserva che la norma «*delinea una sorta di competenza funzionale nazionale – per la formazione di questa prova – in capo ad un unico giudice (non dibattimentale) di Roma*».

¹⁵¹ Corte cost. 14 aprile 1988, n. 440, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 2008, con nota di P. PITTARO, *In tema di indebite intromissioni nella scelta del perito*, *ivi*, p. 2013 ss.; per un'ulteriore commento relativo a detta pronuncia, v. E. BASSO, *La Corte costituzionale e alcune forme particolari di perizia: due pronunce di illegittimità parziale*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 93 ss.

modo sovrapponibile a quella accolta dall'art. 9, legge n. 1062/1971, colpita dalla censura di illegittimità costituzionale. Con riferimento alla perizia nummaria, infatti, sarebbe fuorviante e del tutto scorretto affermare che l'autorità giudiziaria deve limitarsi a prendere atto dell'indicazione nominativa di un determinato esperto, senza poter incidere in alcun modo sul punto; al contrario, il legislatore in tal caso ha voluto semplicemente delimitare ad una cerchia particolarmente ristretta di soggetti l'ambito entro cui, poi, il magistrato può liberamente procedere alla scelta del perito.

Siamo dunque in presenza di una situazione assai diversa da quella che caratterizzava l'art. 9, legge n. 1062/1971, ove la scelta del perito derivava direttamente dall'indicazione proveniente dal Ministero, non potendo il giudice far altro se non prendere atto di tale decisione, alla quale egli era del tutto estraneo. La Corte costituzionale aveva rilevato, al riguardo, che il principio di indipendenza della magistratura risultava indubbiamente scalfito da una simile norma, che condizionava «*ad un atto vincolante di un'autorità amministrativa l'esercizio della funzione giurisdizionale in un momento particolarmente delicato del processo, qual è quello della scelta del perito*». Il giudice delle leggi, nella pronuncia n. 440/1988, non aveva censurato il fatto che potessero essere richieste ad organi amministrativi delle indicazioni sui possibili esperti in una determinata materia, ma aveva ritenuto che la norma fosse illegittima nella parte in cui «*impon(e)va al giudice di attenersi alla designazione ministeriale*».

Esclusa dunque la sussistenza di timori di incostituzionalità ricollegabili al disposto dell'art. 74 norme att. c.p.p., non può peraltro non rilevarsi criticamente, come già accennato, che nel settore del falso nummario «*appare difficile ammettere un'adeguatezza professionale solo in capo a determinate persone*»¹⁵², essendo irrealistico ritenere che solo i tecnici della Direzione generale della Banca d'Italia o del Dipartimento del tesoro posseggano le sufficienti competenze per poter essere chiamati ad espletare una perizia in materia.

In ordine alle conseguenze derivanti dall'eventuale inosservanza della previsione in esame è stato talora erroneamente sostenuto che la nomina di un soggetto estraneo alla Direzione generale della Banca d'Italia o del Dipartimento del tesoro configurerebbe una mera irregolarità, sprovvista di sanzione, rilevandosi che l'art. 191 c.p.p. prevede l'inutilizzabilità soltanto per il caso di prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, e non per qualsiasi violazione di legge, ed osservandosi che in caso di falso nummario il legislatore non fissa alcun espresso divieto alla nomina di soggetti non rientranti nelle categorie delineate dall'art. 74 norme att. c.p.p.¹⁵³. In realtà appare agevole obiettare che il divieto al quale fa riferimento l'art. 191 c.p.p. può anche essere implicito, e che l'art. 74 norme att. c.p.p. configura appunto una tale forma di divieto, in quanto, imponendo che la scelta debba avvenire all'interno di una determinata cerchia di soggetti, vieta implicitamente di effettuare una nomina peritale che non tenga conto di un simile criterio¹⁵⁴.

¹⁵² G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 260.

¹⁵³ Cass., sez. V, 12 gennaio 1994, Vetrallini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2757.

¹⁵⁴ V., a favore di detta conclusione, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 28, nota 48.

10. *La regolamentazione concernente le perizie che esigono l'effettuazione di atti idonei ad incidere sulla libertà personale*

Talvolta l'espletamento della perizia potrebbe incidere, in misura maggiore o minore, sul rispetto di beni costituzionalmente garantiti; ciò impone la predisposizione di uno schema normativo volto a contemperare fra loro interessi potenzialmente confliggenti, rappresentati rispettivamente dall'esigenza di accertamento dei fatti di causa e dalla doverosa tutela dei diritti della personalità individuale, e ad individuare una specifica soglia al di là della quale tale esigenza di accertamento, che imporrebbe l'effettuazione della perizia, deve cedere di fronte alla necessità di non comprimere in maniera ingiustificata questi diritti.

Con riferimento alla perizia "coattiva", ove, senza il consenso dell'interessato, viene operato un prelievo tendente «a sottrarre dal corpo umano quel materiale (parte di tessuto o liquido organico) necessario per l'esecuzione di ricerche o analisi»¹⁵⁵, sarebbe un errore sostenere che il principio da tutelare rispetto alle "ingerenze" necessarie per l'espletamento della perizia sia quello del *nemo tenetur se detegere*; in realtà in tal caso il periziando, da cui occorre prelevare un campione organico, va considerato semplicemente come una «fonte di prova reale»¹⁵⁶, giacché «l'indiziato non è qui costretto a prestare il proprio contributo attivo alla formazione della prova, come accadrebbe se si pretendesse di esaminarlo, costringendolo a fornire informazioni sul proprio conto»¹⁵⁷. Infatti, al pari di ciò che avviene in relazione alle ricognizioni, alle perquisizioni ed alle ispezioni personali, anche nella perizia coattiva il soggetto non è "organo di prova", ma "oggetto di prova", in quanto "soggiace" agli accertamenti con la propria persona¹⁵⁸.

L'attenzione deve dunque essere rivolta ad un altro aspetto, occorrendo tener conto dell'esigenza che i prelievi coattivi non si traducano in un'ingiustificata violazione del diritto alla libertà personale, tutelato a livello costituzionale.

Già sotto la vigenza del c.p.p. 1930 la Consulta era stata chiamata a valutare la legittimità del prelievo ematico coattivo in caso di perizia. La pronuncia n. 54/1986 dichiarò infondata l'eccezione sollevata dal giudice *a quo*, escludendo la sussistenza di

¹⁵⁵ P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in AA.VV., *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 411.

¹⁵⁶ C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993.

¹⁵⁷ R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 764.

¹⁵⁸ P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 322, così osserva: «"organo" di prova è l'imputato che svolge un'attività inerente al concetto di autodifesa e la cui esplicazione principale sta nel contributo attivo consistente nel rendere dichiarazioni relative all'accertamento del fatto. Vengono in considerazione perciò istituti processuali quali l'interrogatorio, l'esame dibattimentale e tutti gli atti lato sensu probatori consistenti nel rendere dichiarazioni attinenti al fatto oggetto di accertamento. "Oggetto" di prova è invece l'imputato quando non contribuisce attivamente all'istruzione probatoria (in quanto non gli è richiesto), ma vi soggiace con la propria persona. Le ipotesi normative di riferimento sono le perquisizioni, ispezioni e ricognizioni personali, nonché la perizia e le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni»; per ulteriori considerazioni al riguardo cfr. EAD., *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 618.

profili di incostituzionalità derivanti dalla relativa normativa, ed in particolare dagli artt. 146, 314 e 317 c.p.p. 1930, in base ai quali l'Autorità giudiziaria poteva ricorrere alla perizia coattiva¹⁵⁹. Con riferimento all'interrogativo se le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale potessero dirsi davvero rispettose del dettato dell'art. 13 Cost., in base al quale la libertà personale può essere limitata unicamente con un atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, fu osservato che il prelievo coattivo imponeva un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, volto a ricollegare l'applicazione della misura all'esigenza di pervenire a determinate acquisizioni probatorie, e poteva essere disposto solo se non metteva in pericolo la vita, l'incolumità fisica o comunque la salute della persona interessata né ledeva la sua dignità.

Analoga questione venne poi riproposta in relazione all'attuale codice di procedura penale; questa volta peraltro la Corte costituzionale operò un *revirement* rispetto alla soluzione precedentemente accolta, alla luce di una più rigorosa visione del concetto di riserva di legge.

A seguito di un'eccezione di legittimità volta a rilevare che la possibilità attribuita al giudice per le indagini preliminari di disporre coattivamente, nel corso di un incidente probatorio, il prelievo ematico, pur a fronte del rifiuto da parte dell'interessato ad acconsentire a tale accertamento, sembrava porsi in contrasto con il principio di inviolabilità personale, stante la mancanza di un'indicazione tassativa dei casi e dei modi con cui procedere a detto prelievo, la Consulta, con la pronuncia n. 238/1996 (che ha rappresentato, a giudizio di una parte della dottrina, una vera «*rivoluzione copernicana*», delineando «*un ben diverso equilibrio nei rapporti autorità – libertà*»¹⁶⁰), dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 224, comma 2, c.p.p., nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, potesse disporre l'adozione di misure incidenti sulla libertà personale dell'indagato, dell'imputato o di terzi, in assenza di alcuna effettiva tipizzazione legislativa dei "casi" e dei "modi" idonei a consentire una simile attività¹⁶¹.

La Corte costituzionale sottolineò come il prelievo ematico, al pari delle altre misure ricollegabili all'espletamento di una perizia coattiva, comporti indubbiamente una limitazione dei diritti dell'individuo che «*non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona, pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione*».

La pronuncia n. 238/1996 rilevò che la necessità, imposta dal principio della riserva assoluta di legge, di una rigorosa tipizzazione delle ipotesi in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa non risultava rispettata nel caso della perizia coattiva, in quanto il rinvio alla legge non può tradursi in un semplice rimando all'autonomia decisionale del giudice nel valutare se e come procedere all'adozione di una misura che comporta una limitazione della libertà, occorrendo invece una previsione normativa idonea ad ancorare tale decisione a criteri obiettivi e predeterminati.

¹⁵⁹ Corte cost. 24 marzo 1986, n. 54, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 387.

¹⁶⁰ R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1094.

¹⁶¹ Corte cost. 9 luglio 1996 n. 238, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 597, con nota di M. Giacca.

Venne conseguentemente censurata l'assoluta genericità dell'art. 224, comma 2, c.p.p. in ordine alle condizioni, ai presupposti ed ai limiti dell'eventuale provvedimento coercitivo volto a permettere l'espletamento della perizia.

A seguito della dichiarazione di illegittimità si verificò una situazione di *impasse*¹⁶², dovuta alla mancata comprensione, da parte del nostro legislatore, dell'assoluta urgenza di provvedere a colmare il vuoto normativo così delineatosi mediante una diversa impostazione atta a contemperare la necessità dell'accertamento giudiziale con le indicazioni provenienti dalla pronuncia n. 238/1996, e, più in generale, con il dettato dell'art. 13 Cost., onde coniugare il rispetto delle garanzie concernenti la libertà personale con la possibilità di avvalersi dei risultati delle analisi scientifiche effettuabili mediante le perizie.

Infatti, nonostante i pressanti moniti rivolti da larga parte della dottrina¹⁶³, diretti ad auspicare entro tempi assai brevi un intervento legislativo in tal senso¹⁶⁴, volto all'individuazione dei casi e delle modalità con le quali il giudice avrebbe potuto adottare delle misure limitative della libertà personale atte a giustificare l'assoggettamento all'analisi peritale, detto intervento in realtà per lungo tempo fu solo vagheggiato, essendo naufragati i vari disegni progettuali diretti a fornire una risposta esaustiva a questa problematica.

La gravità della situazione così determinatasi appariva del tutto evidente, anche per-

¹⁶² R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica*, cit., p. 762.

¹⁶³ V., in particolare, V. BARBATO-G. LAGO-V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 361 ss.; M. BARNI, *Il prelievo ematico: un atto peritale possibile ma non senza regole*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 1197 ss.; G. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3221 ss.; P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 495 ss.; EAD., *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, cit., p. 315 ss.; G. FRIGO, *La Consulta "salva" la libertà personale: il legislatore intervenga subito senza ambiguità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, p. 65 ss.; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 602 ss.; R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, cit., p. 1093 ss.; ID., *Prelievi ematici coattivi nei procedimenti per violenza sessuale dopo la sentenza n. 238/1996*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1523 ss.; P. MAZZACUVA-G. PAPPALARDO, *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 485 ss.; S. MONTANARO, *Per le esigenze della polizia scientifica occorrono norme al passo con le nuove tecnologie*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, p. 69 ss.; V. NAPOLEONI, *I prelievi ematici coattivi dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 238/1996. Prospettive di intervento normativo*, in *Doc. giust.*, 1996, p. 2069; A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2150 ss.; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenze probatorie di accertamento di reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, *ivi*, 1996, p. 2151 ss.; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3570 ss.; D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 173 ss.; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, p. 67 ss.; D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1022 ss.

¹⁶⁴ V., al riguardo, P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale*, cit., p. 497; EAD., *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3452 ss.; P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Torino, 2000, p. 503; D. SCHELLINO, *Sub art. 224*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, cit., Terzo aggiornamento, Torino, 1998, p. 123.

ché, non avendo la Corte costituzionale ristretto la portata della sua pronuncia ai soli prelievi di natura invasiva, erano state ricomprese nel divieto tutte le perizie coattive, e conseguentemente le limitazioni alla fruibilità dell'apporto tecnico-scientifico riguardavano anche le ipotesi in cui la compressione della libertà personale appariva quasi inavvertibile, quali quelle concernenti i prelievi non invasivi¹⁶⁵ o caratterizzati comunque da un contenuto "intrusivo" della sfera corporale del tutto insignificante¹⁶⁶.

Ogni dato ottenuto a seguito di una perizia effettuata coattivamente, in assenza del consenso al riguardo da parte dell'interessato, risultava dunque inutilizzabile¹⁶⁷.

L'autorità giudiziaria italiana, a differenza di quanto avveniva in altri Paesi, ove era stato possibile risolvere le problematiche afferenti ai prelievi coattivi senza dover negare la tutela dei diritti di libertà dell'individuo¹⁶⁸, era pertanto impossibilitata, in

¹⁶⁵ Sulla distinzione tra i prelievi "invasivi" e quelli "non invasivi", v. le considerazioni di G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 7. V. BARBATO-G. LAGO-V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, cit., p. 363, osservano che dal punto di vista medico il prelievo invasivo «è un'operazione che comporta il superamento del limite fisico dell'individuo» ed «incide sulla integrità fisica del soggetto per asportare materiale biologico»; invece il prelievo non invasivo «consiste nel raccogliere materiale necessario per le ricerche e le analisi senza superare la barriera fisica che divide l'individuo dall'esterno», e dunque senza compromettere in alcun modo l'integrità fisica. Al riguardo peraltro G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, p. 86, sottolinea «la difficoltà di delineare un univoco concetto di invasività, essendo molto labile il discrimen fra accertamenti invasivi ed accertamenti non invasivi».

¹⁶⁶ A. SANTOSUOSSO-G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 400.

¹⁶⁷ Cass., sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert, in *Giur. it.*, 2003, c. 534; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, Archesso, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 668; Cass., sez. VI, 2 giugno 1997, Mazzola ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1330. Secondo R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico*, cit., p. 762, in tal caso si era di fronte ad una sorta di prova «incostituzionale»; a sua volta, P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 616, sottolineava quanto fosse «singolare la situazione determinata da un inammissibile ordine di eseguire un prelievo coattivo: la conseguente inutilizzabilità del relativo mezzo di prova, infatti, si connette alla violazione di un divieto non previsto dalla legge ma, piuttosto, contenuto nel dispositivo di una pronuncia di illegittimità costituzionale».

¹⁶⁸ Negli USA in caso di prelievo coattivo di sangue occorre rispettare le stesse garanzie concernenti gli atti di perquisizione e sequestro (*search and seizure*), e vanno conseguentemente osservati i dettami del IV Emendamento. Il prelievo pertanto va autorizzato sulla base di un *warrant* emesso dal magistrato, che deve essere fondato sul presupposto della sussistenza di una *probable cause*, e cioè di una serie di ragionevoli sospetti di reità nei confronti di un determinato soggetto. Su questa tematica si rinvia a T. MACLIN, *Is Obtaining an Arrestee's DNA a Valid Special Needs Search Under the Fourth Amendment? What Should (and will) the Supreme Court Do?*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2005, p. 102 ss. La Germania, in virtù della legge 12 agosto 2005, ha reso possibile il prelievo coattivo di campioni organici da soggetti sospettati della commissione di un reato, subordinando peraltro detto prelievo all'autorizzazione da parte del giudice. In Spagna, la previsione inserita nel secondo paragrafo dell'art. 363, legge 25 novembre 2003, n. 15, ammette il prelievo di campioni organici dei sospettati, qualora essi prestino consenso al riguardo; in caso di dissenso, per l'adozione "coattiva" di un prelievo occorre un provvedimento motivato di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, che può essere emesso solo se il prelievo risulta indispensabile. Con riferimento all'Inghilterra, le sezioni 9 e 10 del *Criminal Justice Act* consentono alla polizia giudiziaria di effettuare il prelievo di campioni, con tecniche non invasive, anche senza il consenso degli interessati, laddove vi siano ragionevoli sospetti in ordine alla commissione di un reato e si ritenga che detti

caso di mancato consenso al prelievo, ad avvalersi dei risultati derivanti da metodiche di accertamento dotate di un altissimo tasso di affidabilità¹⁶⁹. Ad esempio, non erano esperibili le analisi volte alla determinazione dei polimorfismi del DNA, non potendosi prelevare coattivamente il materiale biologico necessario per l'individuazione del profilo genetico dell'indagato, onde permettere un successivo raffronto con quello ricavato dai campioni rinvenuti sulla scena del delitto¹⁷⁰. Infatti, in base alla pronuncia n. 238/1996 doveva negarsi la possibilità di ricorrere a qualsivoglia tipo di coercizione per ottenere il materiale organico necessario ai fini dell'espletamento della perizia¹⁷¹. Il mancato consenso da parte dell'interessato assumeva pertanto una valenza assolutamente preclusiva, anche nelle ipotesi in cui il prelievo non comportava alcun pericolo per la salute del periziando e non risultava invasivo, concernendo ad esempio delle sostanze, quali la forfora, destinate comunque ad abbandonare naturalmente la sfera corporale del soggetto.

Solo in un caso era possibile prescindere dal consenso dell'interessato. Alla luce di un orientamento ormai consolidato, era stato infatti rilevato che si esula dal divieto dei prelievi coattivi qualora per l'espletamento di una perizia ci si avvalga di materiale organico originariamente acquisito per finalità estranee all'ambito del processo penale, potendosi conseguentemente utilizzare a fini di prova un campione di sangue prelevato ad un soggetto nel corso degli accertamenti sanitari effettuati ai sensi dell'ordinamento penitenziario¹⁷², e dunque per scopi non riconducibili all'effettuazione della perizia.

Analoga considerazione viene del resto tuttora ripetuta con riferimento ai prelievi ematici effettuati per le terapie di pronto soccorso, privi di ogni attinenza, almeno nel momento in cui sono posti in essere, con le finalità di accertamento delle responsabilità penali dei soggetti sottoposti a tali prelievi¹⁷³.

In relazione a tutte le restanti ipotesi, onde attenuare le conseguenze derivanti dalla pronuncia della Consulta, una parte della giurisprudenza aveva sostenuto che il rifiuto del consenso al prelievo poteva comunque essere liberamente valutato dal giudice in sede di decisione¹⁷⁴. Peraltro, la dottrina appariva profondamente divisa al ri-

campioni possano essere utili a dimostrare la colpevolezza o l'innocenza del sospettato. Per quanto concerne le soluzioni adottate dai principali Stati europei per regolamentare la disciplina dei prelievi coattivi v., inoltre, l'analisi di C. FANUELE, *L'acquisizione dei campioni biologici: sistemi europei a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1007 ss.

¹⁶⁹ Cfr. V. BARBATO-G. LAGO-V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi*, cit., p. 362; P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 614 ss.

¹⁷⁰ Cfr. P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3454, nota 12: «il settore più penalizzato dagli effetti della sentenza della Consulta è stato quello della biologia forense e, più particolarmente, quello della genetica forense».

¹⁷¹ Cass., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, in *Dir. giust.*, 2003, n. 34, p. 98 ss.; Cass., sez. I, 22 giugno 1999, Fata Livia, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3101; Cass., sez. VI, 2 giugno 1997, Mazzola ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1330; Cass., sez. III, 4 aprile 1997, Tasselli, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2413.

¹⁷² Cass., sez. VI, 28 aprile 2005, Pugliese, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2553.

¹⁷³ Cass., Sez. IV, 16 maggio 2012, P.N., in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1082; Cass., sez. IV, 15 febbraio 2006, G.L.T., *ivi*, 2006, p. 983.

¹⁷⁴ Cass., sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 612; Cass., sez. I, 20 settembre 2002, Peddio, *ivi*, 2004, p. 4166, con nota di M. Bordieri; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, Archeso, cit., p. 668; Cass., sez. VI, 12 giugno 1997, Mazzola ed altri, cit., p. 1330.

guardo¹⁷⁵, e comunque tale impostazione non permetteva certo di risolvere il nodo centrale della questione.

Onde rendere meno drammatiche le conseguenze derivanti dal vuoto normativo determinatosi in materia, pur ribadendosi il divieto del prelievo coattivo di reperti organici, diretto a rendere possibile l'espletamento di un accertamento peritale, si era osservato che risultava invece ammissibile l'adozione di provvedimenti volti a disporre la perquisizione ed il sequestro di determinati oggetti, allo scopo di raccogliere le cosiddette tracce biologiche, quali capelli, sangue, cute, saliva e sperma, onde poter poi «espletare la comparazione tra le tracce relative al profilo genetico raccolte in sede di perquisizione con quelle ematiche rinvenute sul luogo di perpetrazione del delitto»¹⁷⁶.

Era stato sostenuto che ciò non comportava alcuna intrusione corporale vietata, essendo in tal caso in presenza di legittimi provvedimenti di perquisizione e di sequestro; infatti la nozione di "cosa pertinente al reato" non può essere ristretta alle *res* utilizzate per commettere il reato o che rappresentano il prezzo, il prodotto od il profitto di detto reato, e dunque risultano legate ad esso da un rapporto strumentale o consequenziale, ma va «estesa anche a quelle che sono indispensabili sia alla verifica di tutte le modalità di preparazione ed esecuzione del reato, sia alla conservazione delle sue tracce o all'identificazione del colpevole»¹⁷⁷.

D'altra parte, poiché si afferma che l'acquisizione non coattiva di materiale biologico ai fini dell'indagine genetica deve ritenersi legittima anche se avvenga all'insaputa dell'indagato¹⁷⁸ o se comunque non siano comunicate all'interessato, consenziente, le specifiche finalità del prelievo¹⁷⁹, la polizia giudiziaria in passato aveva spesso posto in essere dei veri e propri *escamotages* per pervenire al reperimento di detto materiale, proveniente dai soggetti sospettati della commissione di un reato¹⁸⁰, tanto che si era ormai parlato dell'instaurazione di una «prassi degli organi inquirenti volta a raccogliere di nascosto il materiale biologico necessario per gli accertamenti scientifici ... Si

¹⁷⁵ Per un'ampia analisi dei diversi orientamenti, v. M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo di DNA*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4168 ss.

¹⁷⁶ Cass., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3368, con osservazioni di C. Fanuele; Cass., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1812, con nota di B. Galgani.

¹⁷⁷ Cass., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, cit., p. 3369. Per una valutazione critica di detta impostazione v., in dottrina, B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccesso di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1819 ss.

¹⁷⁸ Cass., sez. IV, 12 febbraio 2009, Di Paola, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2795; Cass., sez. I, 23 ottobre 2008, T.G., in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 32; Cass., sez. II, 10 ottobre 2007, Mallia, cit., p. 3368; Cass., sez. I, 11 marzo 2003, Esposito, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2949; ed in *Dir. giust.*, 2003, n. 34, p. 98, con riferimento ad un accertamento irripetibile effettuato su un campione di saliva dell'indagato raccolto da una tazza ove questi aveva bevuto del caffè offertogli dalla polizia giudiziaria. In senso critico nei confronti di detto orientamento giurisprudenziale v., in dottrina, M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La prova penale*, cit., vol. II, cit., p. 86-87.

¹⁷⁹ Cass., sez. I, 23 ottobre 2008, Tripodi, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4348, con nota di I. Boiano. Circa le perplessità della dottrina in ordine alla legittimità dei prelievi effettuati senza rendere edotto l'interessato delle finalità alle quali essi risultano preordinati v., tra gli altri, C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 49.

¹⁸⁰ Cfr. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, p. 19.

pensi alle tracce di saliva sul bordo della tazzina di caffè sorbito al bar, al mozzicone di sigaretta gettato a terra dal pedinato, ai capelli rimasti nella spazzola dell'indagato o alle formazioni pilifere rinvenute nei suoi indumenti»¹⁸¹.

Solo dopo oltre nove anni dalla pronuncia n. 238/1996 venne operato dal legislatore, in virtù dell'art. 10, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in legge 31 luglio 2005, n. 155¹⁸², un primo intervento normativo, seppur estremamente parziale e circoscritto¹⁸³ (ed oltretutto non privo di imprecisioni nel suo dettato¹⁸⁴), diretto a colmare almeno in parte le lacune originate dall'intervento della Corte costituzionale¹⁸⁵. Esso non aveva certo la pretesa di risolvere compiutamente questa delicatissima problematica,

¹⁸¹ Cfr. P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, cit., p. 616. Esattamente negli stessi termini, v. M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occultati e prelievo del DNA*, cit., p. 82.

¹⁸² Per un'analisi di detta normativa v., tra gli altri, R. BRICCHETTI, *Prelievi del DNA senza consenso*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, p. 67; M. CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il decreto antiterrorismo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2507 ss.; A. DALIA, *Il prelievo coattivo di materiale biologico per l'identificazione dell'indagato e per l'acquisizione di elementi probatori*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A. Dalia, Milano, 2006, p. 261 ss.; F. DE LEO, *Terrorismo: le «scappatoie» per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida dir.*, 2005, n. 37, p. 11 ss.; L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1212 ss.; B. GALGANI-C. LUCCHINI, *Sub art. 10 d.l. 2 luglio 2005, n. 144*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 503 ss.; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in R. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 329 ss.; A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 316 ss.; A. SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni di libertate*, in E. ROSI-S. SCOPELLITI (a cura di), *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, Milano, 2006, p. 101 ss.

¹⁸³ Sull'incompletezza e settorialità di questo sforzo riformatore, v. C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale, Premessa*, Padova, 2009, p. XV; P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 416; EAD., *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3453; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 329 ss.; P. MOSCARINI, *Le prove penali non dichiarative fra tutela dei diritti umani e difesa sociale*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Parte Quinta, *Il diritto delle prove*, coordinato da D. Siracusano, Napoli, 2006, pp. 711 e 712; S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3565.

¹⁸⁴ In particolare, P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3455, lamentava, sia con riferimento al disposto dell'art. 349, comma 2-bis, c.p.p. che in relazione alla previsione dell'art. 354, comma 3, c.p.p. «la mancata individuazione legislativa dei soggetti in grado di assicurare una corretta repertazione e conservazione delle tracce organiche prelevate (o raccolte); in merito è auspicabile il ricorso all'art. 348, comma 4, c.p.p. che consente alla polizia giudiziaria di servirsi di persone idonee, ma è evidente la necessità di una disciplina più dettagliata rispetto ad attività che richiedono un'elevata specializzazione degli operatori».

¹⁸⁵ V., per una sottolineatura degli effetti positivi comunque ricollegabili a detta normativa (nota anche, dal nome del Ministro dell'epoca, come decreto Pisanu contro il terrorismo internazionale), A. FLORI, *Sulle tracce del colpevole*, in *Pol. moderna*, 2005, n. 10, pp. 14 e 15. Sul punto v., altresì, A. DALIA, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 261 ss.; L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, cit., p. 1212 ss.; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 29 ss.; A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, cit., p. 316 ss.

pur rappresentando quantomeno un segnale – peraltro comunque tardivo – di consapevolezza dell'importanza di un intervento al riguardo. Fu infatti inserito, nell'ambito dell'art. 349 c.p.p. (*Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone*), il comma 2-*bis*, in base al quale, laddove gli accertamenti svolti dalla polizia giudiziaria per pervenire all'identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini comportino il prelievo di capelli o di saliva, e manchi il consenso dell'interessato, l'autorità di polizia «*procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero*»¹⁸⁶. Inoltre il predetto art. 10, comma 4-*ter*, d.l. n. 144/2005 aveva aggiunto all'art. 354, comma 3, c.p.p. una previsione (successivamente soppressa dall'art. 27, legge 30 giugno 2009, n. 85) in base alla quale, se gli accertamenti urgenti compiuti dagli ufficiali di polizia giudiziaria in sede di sopralluogo avessero comportato il prelievo di materiale biologico, avrebbero dovuto osservarsi le disposizioni di cui all'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p.

Una parte della dottrina aveva comunque rilevato che detta normativa, introdotta per ovviare alle conseguenze derivanti dalla pronuncia di illegittimità costituzionale n. 238/1996, risultava a sua volta esposta a dubbi di legittimità, concernenti il mancato rispetto del principio della riserva di legge, imposto dall'art. 13 Cost. con riferimento ai provvedimenti limitativi della libertà personale. Tali dubbi concernevano sia le nuove previsioni relative al prelievo coattivo di materiale biologico di cui all'art. 354, comma 3, c.p.p.¹⁸⁷, sia l'interpolazione che aveva condotto all'inserimento dell'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p. (va ricordato che questa norma risulta tuttora vigente, non essendo stata coinvolta dall'intervento modificativo operato dalla legge n. 85/2009¹⁸⁸). Infatti in virtù

¹⁸⁶ Come osservato da G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., p. 8, per rispettare la previsione dell'art. 13 Cost., il provvedimento autorizzativo emesso dal pubblico ministero deve rivestire la forma del decreto motivato. Occorre inoltre «*reputare direttamente applicabile nelle suddette ipotesi l'art. 111, comma 7, Cost., consentendo di impugnare in Cassazione il predetto decreto del pubblico ministero*».

¹⁸⁷ Commentando detta previsione L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, cit., p. 1218, così osservava: «*non risulta rispettata non solo la riserva di giurisdizione (manca l'atto motivato dell'autorità giudiziaria o la convalida giurisdizionale), ma nemmeno quella di legge, difettando ancora una specifica previsione legislativa sia dei "casi" e dei "modi" del prelievo, sia delle "eccezionali" ragioni di "necessità ed urgenza" che impongono l'intervento della polizia giudiziaria invece dell'autorità giudiziaria*». In senso contrario v., invece, A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, cit., p. 321, secondo cui tali previsioni dovevano essere ritenute «*compatibili con l'art. 13 commi 2 e 3 Cost. in quanto appare rispettata sia la duplice garanzia della riserva di legge e della riserva all'autorità giudiziaria (nella specie il pubblico ministero), sia il principio di tassatività che il requisito di necessità e di urgenza*».

¹⁸⁸ In senso critico nei confronti della mancata soppressione dell'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p. da parte della legge n. 85/2009, v. C. GABRIELLI, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 69: «*stupisce ... che un legislatore rispettoso della riserva di giurisdizione quando si tratti di regolamentare prelievi a fini investigativi o probatori non abbia coerentemente rivisitato anche l'articolo 349, comma 2-*bis*, del codice di procedura penale, consentendo alla polizia giudiziaria di continuare a gestire l'apprensione forzata rivolta a fini identificativi. Un'omissione non catalogabile come un innocuo difetto di coordinamento. In realtà, infatti, lasciar sopravvivere una disposizione che è in contrasto con l'iter delineato dall'articolo 13, terzo comma, della Costituzione – e, di riflesso, visi-*

del richiamo, operato dal comma 2-bis, agli «accertamenti indicati dal comma 2» deve ritenersi che «ove occorra» la polizia giudiziaria possa effettuare «altri accertamenti» tali da comportare «il prelievo di capelli e saliva»; si è osservato che dei riferimenti così generici non sembrano rispettare la riserva fissata dall'art. 13, comma 2, Cost., volta a fare preciso riferimento ai «casi e modi previsti dalla legge»¹⁸⁹.

La delicata tematica concernente i prelievi coattivi, che «si colloca al crocevia di sottili equilibri fra esigenze investigative e tutela di diritti fondamentali»¹⁹⁰, ha comunque finalmente trovato una compiuta disciplina ad opera della legge n. 85/2009, volta a porre termine alla situazione determinatasi a seguito della sent. n. 238/1996, delineando una nuova regolamentazione del prelievo coattivo a fini processuali, rispettosa dell'esigenza, fissata dall'art. 13, comma 2, Cost., della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

Anche nel nostro Paese si è così finalmente potuto fruire nelle aule giudiziarie, in maniera assai più ampia rispetto al passato, degli apporti ricavabili da alcune fondamentali acquisizioni scientifiche. Sotto questo aspetto, va in particolare sottolineata la valenza che può assumere, anche in ambito processuale, l'analisi dei polimorfismi del DNA¹⁹¹, basata sulla constatazione in base alla quale tutte le cellule di un determina-

bilmente "eccentrica" rispetto alle linee portanti della novella che a questa si ispirano – significa innescare nel sistema una "mina vagante"».

¹⁸⁹ R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., p. 335 ss.; analogamente, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 18; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., p. 59.

¹⁹⁰ Cfr. C. GABRIELLI, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, cit., p. 67; sul punto v. altresì F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in L. MARAFIOTI-L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, p. 250 ss.; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 ss.

¹⁹¹ Come osservato da A. GIULIANO, *Dieci e tutte diverse. Studio sui dermatoglifi umani*, Torino, 2004, p. 159: «La struttura molecolare del DNA (acido desossiribonucleico) consiste in una doppia elica. Lo scheletro portante di ciascun filamento dell'elica è composto da un polimero costante del tipo zucchero – fosfato – zucchero – fosfato. Unita a ciascuno zucchero vi è una struttura ad anello, contenente azoto, detta base. Nel DNA sono presenti quattro tipi di basi: adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). Le basi sono disposte quasi orizzontalmente verso l'interno della doppia elica, che è tenuta assieme da legami chimici deboli a idrogeno che si possono formare esclusivamente tra A e T e tra C e G (coppie di basi complementari). Stante l'appaiamento obbligato tra basi complementari, le due catene della doppia elica risultano esse stesse complementari, così che l'una contiene tutte le informazioni necessarie per fungere da stampo per la sintesi dell'altra e viceversa. Questo meccanismo di replicazione del DNA si verifica ogni qual volta una cellula si divide per dar vita a due cellule figlie, a lei del tutto identiche quanto a patrimonio genetico». Sull'analisi del DNA e sulle sue applicazioni in ambito processuale v., tra gli altri, F. BIBIER, *Science and Technology of Forensic DNA Profiling: Current Use and Future Direction*, in *DNA and the Criminal Justice System: the Technology of Justice*, a cura di D. Lazer, Cambridge, 2004, p. 23 ss.; L. BUSCEMI-A. TAGLIABRACCI, *Nuovi orizzonti per il genetista forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1311 ss.; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 21 ss.; P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 405; A. FIORI, *L'identificazione genetica: il DNA*, in AA.VV., *L'investigazione scientifica e criminologica nel processo penale*, Padova, 1989, p. 63 ss.; B. GALGANI, *Un test di elevata "scientificità" e un inedito banco di prova per la "civiltà" del processo*, in M. CHIAVARIO (a cura di),

to individuo contengono nel proprio nucleo il medesimo patrimonio genetico (genoma), sotto forma di DNA (*Deoxyribo Nucleic Acid*), e cioè di Acido Desossiribonucleico, che veicola conseguentemente il “profilo genetico”, in quanto detto polimero codifica le informazioni genetiche concernenti ogni essere vivente¹⁹².

Si può correttamente sostenere che, fatta salva l'ipotesi dei gemelli monozigoti (differenziabili fra loro solo in virtù delle diverse impronte digitali) «non possono esistere due persone ... che posseggano lo stesso corredo di DNA»¹⁹³.

L'analisi del DNA, sviluppatasi a seguito della scoperta della *Polymerase Chain Reaction*, e cioè della reazione a catena della polimerasi, volta a permettere la riproduzione in vitro di un numero elevato di copie della sequenza del DNA anche sulla base di una singola cellula¹⁹⁴, ha indubbiamente rappresentato «un evento di portata rivoluzionaria per le scienze forensi»¹⁹⁵, in quanto essa permette di pervenire a risultati dotati di un altissimo grado di affidabilità.

Mediante un profilo genetico identificato con l'analisi di tredici punti ipervariabili del DNA e la determinazione genetica del sesso «si ottiene un potere discriminativo pari o superiore al 99,9999999999%, ovvero si determina che, biostaticamente, un solo indi-

Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto, Torino, 2006, p. 41 ss.; M. MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare e assolvere: il test del DNA e l'esperienza statunitense*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1555 ss.; U. RICCI, *DNA e crimine. Dalla traccia biologica all'identificazione genetica*, Roma, 2000; U. RICCI-C. PREVIDERÈ-P. FATTORINI-F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006; A. SPINELLA-G. SOLLA, *L'identificazione personale nell'investigazione scientifica: DNA e impronte*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 428 ss.; P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, a cura di P. Tonini-P. Felicioni-A. Scarcella, *Dir. pen. proc.*, Gli speciali, 2009, p. 3 ss.; W. WALL, *Genetics and DNA, Technology: Legal Aspects*, Cavendish, 2004. Per un raffronto tra le problematiche connesse alla dattiloscopia e quelle derivanti dal test del DNA v. A.C. BERNASCONI, *Beyond Fingerprinting: indicting DNA Threatens Criminal Defendants' Constitutional and Statutory Rights*, in *Am. U. L. Rev.*, 2002, n. 50, p. 1007 ss.

¹⁹² Tra l'altro, come sottolineato da G. GENNARI, *La istituzione della banca dati nazionale del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, cit., p. 49, nota 16 «il DNA spicca per la sua immodificabilità».

¹⁹³ R. DOMENICI, *Prova del DNA*, cit., p. 374.

¹⁹⁴ Cfr. C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 27.

¹⁹⁵ R. DOMENICI, *Prova del DNA*, cit., p. 375. Secondo P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, cit., p. 3450, nota 1 «Le indagini fondate sull'accertamento del DNA costituiscono probabilmente la prova scientifica che negli ultimi decenni ha avuto la più ampia applicazione nelle aule di giustizia». Sul punto v. altresì A. FIORI, *L'identificazione genetica: il DNA*, cit., p. 59 ss.; P. GAROFANO, *Genetica identificativa e biobanche: aspetti tecnici e problematiche connesse*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 44 ss.; G. PAPPALARDO, *Il contributo della immunogenetica forense alla attuazione del nuovo c.p.p.*, in F. DE FAZIO-G. BEDUSCHI (a cura di), *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, p. 243 ss.; A. PICCININI, *Nuove potenzialità del test del DNA per le indagini criminalistiche*, in *Foro ambr.*, 1999, p. 239 ss.; L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazione della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in D. DE LEO-S. TURRINA-M. ORRICO (a cura di), *Lo stato dell'arte in genetica forense*, Milano, 2003, p. 111 ss.; nonché in *Dir. inform.*, 2003, p. 689 ss.

viduo su mille miliardi possa possedere quel determinato profilo genetico»¹⁹⁶; oltretutto, l'analisi del DNA è effettuabile anche in presenza di campioni biologici particolarmente degradati, che renderebbero impossibile il ricorso ad altre metodologie di analisi¹⁹⁷.

Non può essere giudicata enfatica l'affermazione secondo cui questa metodica rappresenta «*the greatest breakthrough in forensic science since fingerprinting*»¹⁹⁸, permettendo di risolvere casi che altrimenti, molto verosimilmente, sarebbero destinati a rimanere insoluti¹⁹⁹, essendo in tal modo possibile comparare il profilo genetico dei soggetti sospettati con le tracce biologiche rinvenute sul luogo del delitto o sul corpo della vittima, onde pervenire all'identificazione biologica basata sui dati genetici²⁰⁰.

Mentre fino a pochi anni fa l'accertamento dell'«impronta digitale genetica», tratta dai materiali biologici repertati, era fattibile solo qualora si fosse potuto disporre di una quantità non trascurabile di DNA²⁰¹, successivamente, grazie a nuove e più evolute forme di analisi²⁰², questa limitazione è venuta meno, essendo ormai sufficiente anche una traccia biologica del tutto esigua, purché provvista di cellule nucleate (rap-

¹⁹⁶ A. SPINELLA-G. SOLLA, *L'identificazione personale nell'investigazione scientifica: DNA e impronte*, cit., p. 430; per ulteriori osservazioni in tal senso v. ID., *La prova scientifica nel processo penale*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 400.

¹⁹⁷ Come rilevato da C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 21 «*il DNA può «sfidare» le condizioni ambientali che distruggono le proteine e, quindi, rende possibile ottenere numerose informazioni anche da campioni di sangue degradati e rovinati*».

¹⁹⁸ L. TOWNLEY-R. EDE, *Forensic Practise in Criminal Cases*, London, 2004, p. 8.

¹⁹⁹ V. sul punto, con riferimento ad una specifica vicenda giudiziaria, G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 502 ss.

²⁰⁰ V. BARBATO-F. CORRADI-G. LAGO, *L'identificazione personale tramite DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 215 ss.; P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, cit., pp. 406-407; U. RICCI-C. PREVIDERÈ-P. FATTORINI-F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, cit., p. 285 ss.

²⁰¹ V., per una serie di rilievi i cui presupposti risultano ormai in buona parte superati, M. STALTERI, *Genetica e processo: la prova del «DNA fingerprint»*. *Problemi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 204 ss.

²⁰² Come osservato da A. SPINELLA-G. SOLLA, *L'identificazione personale nell'investigazione scientifica: DNA e impronte*, cit., pp. 430-431 «*l'ultima frontiera della scienza forense in campo biologico-molecolare è l'utilizzo del DNA di tipo «SNPS» (Single Nucleotide Polymorphisms), costituito da numerose regioni del DNA il cui polimorfismo che determina la variabilità interindividuale risiede nella sostituzione di un singolo nucleotide con un altro (es. una molecola di adenina sostituita da una di citosina) ... L'analisi dei sistemi SNPS affiancherà o, con molta probabilità, sostituirà quella tradizionale dei sistemi DNA di tipo STRS (Short Tandem Repeats)*». Per quanto concerne la costante evoluzione delle metodologie di analisi del DNA v. inoltre C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 26, nota 102: «*per lungo tempo, le indagini medico-legali si sono basate sullo studio dei polimorfismi c.d. convenzionali, ossia sulle variazioni nella sequenza del DNA di geni strutturali, attraverso il metodo sierologico e quello elettroforetico ... Tuttavia, l'uso di questi polimorfismi risentiva di due forti limiti: richiedeva la disponibilità di una certa quantità di materiale ematico e quest'ultimo doveva trovarsi in buone condizioni per poter essere utilizzato. Inoltre, non sempre era possibile estrarre il DNA da tracce biologiche diverse da quelle ematiche. Queste restrizioni sono venute meno con l'applicazione di nuovi polimorfismi (definiti «non convenzionali»), i quali hanno come principale vantaggio il fatto di riguardare anche il DNA non codificante, ossia quello non costituito da geni; il che è molto significativo se si tiene presente che solo il 5% del DNA umano è formato da sequenze codificanti*».

presentata ad esempio da sangue, saliva, sperma, cerume, urina, bulbi piliferi, pelle, unghie, denti, o resti ossei), per determinare con un altissimo livello di precisione l'impronta genetica di un determinato soggetto²⁰³.

L'accertamento, grazie a tali progressi, può pertanto essere basato, ad esempio, sulle sole macchie di sudore lasciate su un indumento o sui microresidui di saliva depositati su un bicchiere²⁰⁴.

Negli Stati Uniti il test del DNA, effettuato su richiesta di individui già condannati, ha permesso la liberazione di numerose vittime di errori giudiziari, tra cui vi erano alcuni soggetti che, a seguito di una pronuncia di *death penalty*, già si trovavano detenuti, per effetto della condanna alla pena capitale, nei cosiddetti *death rows*²⁰⁵. Al contempo, sull'opposto versante, è stato possibile formulare degli *indictments* e dei *warrants* avendo come soli dati identificativi i profili genetici degli indagati²⁰⁶.

A livello europeo, il Consiglio d'Europa da tempo ha mostrato una particolare attenzione verso il "dato genetico", dapprima con la Raccomandazione n. R. (97) 5, adottata il 13 febbraio 1997, e poco dopo ad opera della Risoluzione del 9 giugno

²⁰³ Cfr. A. GIULIANO, *Dieci e tutte diverse. Studio sui dermatoglifi umani*, cit., p. 160: «l'introduzione di una tecnica che consente la replicazione in laboratorio delle molecole di DNA (reazione di polimerizzazione a catena, o PCR, acronimo di Polymerase Chain Reaction) ha consentito di superare i principali limiti intrinseci di metodologie pur valide quali gli RFLP ed il DNA fingerprinting. Esse infatti richiedono una quantità relativamente elevata di DNA di partenza, non sempre disponibile quando si abbia a che fare con minute tracce biologiche; inoltre sono scarsamente affidabili se il DNA da studiare è in qualche modo degradato»; sul punto v. altresì V. DI LEMBO, *Tecniche e metodiche di identificazione del DNA: rilievi giurisprudenziali e medico-legali*, in *Foro ambr.*, 2005, p. 104 ss.

²⁰⁴ Cfr. A. SANTOSUOSSO-G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 395. Per ulteriori rilievi al riguardo v. A. SPINELLA, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 400: «Oggi è sufficiente analizzare un capello con bulbo intatto, un mozzicone di sigaretta, una macchia di sangue dalle dimensioni minori al millimetro quadrato, tracce di saliva depositate sul bordo di un bicchiere o di una tazzina da caffè, le cellule epiteliali di sfaldamento depositate all'interno di un cappello, sul colletto di una camicia o anche sull'impugnatura di un'arma, per identificare il profilo genetico di un individuo tanto discriminante da permettere di distinguerlo da tutta la popolazione mondiale».

²⁰⁵ Cfr. M. MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare ed assolvere*, cit., p. 1555 ss.; H.C. SCHMITT, *Post Conviction Remedies Involving the Use of the DNA Evidence to Exonerate Wrongfully Convicted Prisoners: Various Approaches Under Federal and State Law*, in *University of Missouri at Kansas City L. Rev.*, 2002, n. 70, p. 1001 ss.; E. TERROSI VAGNOLI, *L'identificazione genetica (DNA profiling) nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Giust. pen.*, 1995, I, c. 86 ss. Appaiono estremamente significative al riguardo le indicazioni contenute nel volume di E. CONNORS-T. LUNDREGAN-N. MILLER-T. MCEWEN, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence after Trial*, Washington, D.C., 1996.

²⁰⁶ Nel 1999 il procuratore distrettuale di Milwaukee formulò un'imputazione a carico di un soggetto, indagato per i reati di violenza sessuale e di sequestro di persona, identificato unicamente mediante il suo profilo genetico, e definito più precisamente come: «uomo sconosciuto, con profilo genetico corrispondente al seguente: D1S7, D2S44, D5S110, D10S28 e D17S79». Si conìò al riguardo l'espressione: "John Doe *Indictments*", (essendo John Doe un nome estremamente diffuso, corrispondente al nostro Mario Rossi), che viene ancor oggi utilizzata per indicare l'imputazione formulata nei confronti di un soggetto di cui non si conoscono le esatte generalità, ma del quale è noto il profilo genetico. Per ulteriori approfondimenti v. R. BARBERINI, *Un imputato senza identità (ma con un profilo desossiribonucleico)*, in *Quest. giust.*, 2001, n. 1, p. 145 ss.; M. MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare ed assolvere*, cit., p. 1558.

1997, n. 97/C, successivamente ribadita dalla Risoluzione 2001/C 187/01, con cui gli Stati membri sono stati invitati ad istituire delle banche dati nazionali (così come avevano fatto gli USA, ove esistono due *databases* a livello federale: il NIDIS – *National DNA Index System* – gestito direttamente dall’FBI, ed il CODIS – *Combined DNA index System* –²⁰⁷), onde rendere possibile a livello internazionale lo scambio dei dati ottenuti mediante l’analisi del DNA²⁰⁸; in tal senso si è nuovamente espresso il Consiglio dell’Unione europea con la decisione del 2008 n. 2208/615/GAI.

Il trattato di Prüm, concluso il 27 maggio 2005 ed entrato in vigore il 1° novembre 2006, stipulato tra la Repubblica austriaca, il Regno del Belgio, la Repubblica francese, la Repubblica federale di Germania, il Granducato del Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi ed il Regno di Spagna²⁰⁹ – ed al quale successivamente l’Italia ha prestato adesione con la legge 30 giugno 2009, n. 85²¹⁰ –, relativo alla collaborazione tra gli Stati membri dell’Unione europea nella lotta contro il terrorismo, l’immigrazione clandestina e la criminalità transfrontaliera, prevede del resto agli artt. 2-7 la ricerca e lo scambio delle informazioni presenti nelle banche – dati dei vari Paesi aderenti al Trattato, onde verificare l’eventuale presenza di profili genetici compatibili con quelli ricavati dalle tracce biologiche rinvenute sulla scena del crimine²¹¹.

In generale, può dunque affermarsi che a livello transnazionale l’attenzione volta all’analisi dei profili del DNA, al fine di uno scambio delle informazioni in tal modo ottenibili, è stata costante e particolarmente significativa²¹².

²⁰⁷ Cfr. P.E. TRACY-V. MORGAN, *Criminology: Big Brother and His Science Kit: DNA Databases for 21 st Century Crime Control*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2000, n. 90, p. 635 ss.

²⁰⁸ Sul punto v. C. FANUELE, *Un archivio centrale per i profili del DNA nella prospettiva di un “diritto comune” europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 385 ss.

²⁰⁹ In ordine a questo Trattato, v. E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, Padova, 2009, p. 9 ss.; nonché, F. GANDINI, *Il Trattato di Prüm articolo per articolo. Ecco le nuove frontiere per la sicurezza*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 37, p. 56 ss.

²¹⁰ Per un’analisi generale in ordine a detta legge v., tra gli altri, C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, cit., p. 254 ss.; M. CASTELLANETA, *Uno scambio di informazioni tra gli Stati per rafforzare la lotta al crimine organizzato*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 63 ss.; M. CORASANITI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell’attuazione del trattato di Prüm*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 437 ss.; C. FANUELE, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 117 ss.; EAD., *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 254 ss.; P. FELLICIONI, *L’Italia aderisce al trattato di Prüm: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, cit., p. 6 ss.; G. GENNARI, *La istituzione della banca dati nazionale del DNA ad uso forense*, cit., p. 50 ss.; G. LAGO, *Banche dati DNA: raccomandazioni internazionali, studio comparato con la Legge 85/2009*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 141 ss.; L. MARAFIOTI-L. LUPARIA, *Banca dati del DNA e accertamento penale. Commento alla legge di ratifica del trattato di Prüm, istitutiva del database genetico nazionale e recante modifiche al codice di procedura penale (l. 30 giugno 2009, n. 85)*, Milano, 2010.

²¹¹ Cfr. R. BELFIORE, *La prova del DNA a fondamento di un mandato d’arresto europeo: via libera alla consegna*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1449.

²¹² R. BELFIORE, *Gli strumenti di scambio dei profili DNA nell’Unione Europea, nella fase investigativa*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4049 ss.

Con riferimento al nostro Paese, va ricordato che solo recentemente l'Italia, in virtù della già citata legge n. 85/2009, si è dotata di una banca dati nazionale del DNA²¹³, istituita, ai sensi dell'art. 5, comma 1 della predetta normativa, presso il dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno, e finalizzata, *ex art.* 7, legge n. 85/2009, alla raccolta dei profili del DNA ed al loro raffronto a fini di identificazione.

Il legislatore italiano, onde rafforzare la tutela contro il rischio di eventuali intrusioni, ha voluto ubicare la banca dati in una sede diversa rispetto al relativo laboratorio centrale, collocato, in base al comma 2 del citato art. 5, presso il dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia.

Compito di detto laboratorio, secondo la previsione dell'art. 8, legge n. 85/2009, è la tipizzazione del profilo del DNA e la conservazione dei rispettivi campioni biologici²¹⁴.

La legge n. 85/2009 ha altresì voluto fornire una serie di "definizioni" in materia, ovviando così ad una lacuna che in precedenza era stata giustamente censurata²¹⁵. L'art. 6 della legge in esame, definibile quale "norma-glossario"²¹⁶, dispone infatti che debba essere indicato come DNA l'«*acido desossiribonucleico, depositario della informazione genetica, sotto forma di una sequenza lineare di nucleotidi, portatore dell'informazione ereditaria*». Tale articolo inoltre precisa che per "profilo del DNA" va intesa la «*sequenza alfa numerica ricavata dal DNA e caratterizzante ogni singolo individuo*»; il "campione biologico" è rappresentato dalla «*quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA*», mentre il "reperto biologico" risulta formato dal «*materiale biologico acquisito sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato*».

Onde garantire quanto più possibile il diritto alla *privacy*²¹⁷, comprimendone il relativo ambito solo entro le coordinate di una cogente necessità ai fini delle indagini²¹⁸, e

²¹³ Per una sottolineatura critica di detto ritardo, v. G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense*, cit., p. 44; nonché G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la banca dati nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, cit., p. 104. Peraltro, P. GAROFANO, *Le attività tecniche: dal prelievo alla banca dati del DNA*, in *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, cit., p. 79 osserva come in tal modo il nostro Paese abbia potuto usufruire delle esperienze maturate dalle nazioni che per prime provvidero all'istituzione di banche – dati del DNA.

²¹⁴ Cfr. G. GENNARI, *La istituzione della banca dati nazionale del DNA ad uso forense*, cit., p. 60: «*la creazione di un diaframma netto tra la attività della banca dati e l'accesso al materiale "grezzo" è destinata ad impedire sul nascere ogni possibile tentazione di contaminazione e connessione*».

²¹⁵ Cfr. P. FELICIONI, *Il prelievo di materiale biologico tra consenso e coazione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3453.

²¹⁶ C. GABRIELLI, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, cit., p. 67.

²¹⁷ Sull'avvenuta "costituzionalizzazione" del diritto alla *privacy*, per effetto della "clausola di rinvio" contenuta nell'art. 117, comma 1, Cost., operante dunque anche in relazione al disposto dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. C. FANUELE, *Conservazione di dati genetici e privacy*, cit., p. 117; EAD., *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 76 ss.

²¹⁸ V. al riguardo le riflessioni di P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, cit., p. 3 ss., ove si osserva peraltro, criticamente (*ivi*, p. 4) che «*la tutela della riservatezza imponeva di proteggere il campione biologico – potenziale fonte di numerose e delicate informazioni – piuttosto che il profilo genetico, caratterizzato da finalità identificative. Ed invece la legge, almeno per quanto concerne la Banca dati nazionale ed il Laboratorio centrale, prevede una tutela comune per il profilo genetico (che adempie soltanto ad una finalità di identificazione) e per il*

per ridurre la sfera di individui dai quali è possibile raccogliere il profilo del DNA, l'art. 9 della legge dispone che ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale siano sottoposti al prelievo di campioni biologici (e più precisamente al prelievo di campioni di mucosa del cavo orale²¹⁹, soltanto i soggetti ai quali sia stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari; quelli arrestati in flagranza di reato o sottoposti alla misura del fermo; quelli detenuti o internati in base ad una sentenza irrevocabile concernente un delitto non colposo; i soggetti nei cui confronti sia stata disposta una misura alternativa alla detenzione a seguito di una sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; nonché, infine, i soggetti ai quali risulti applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva. Inoltre il prelievo può essere effettuato esclusivamente se si procede per delitti, non colposi, per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza, e dunque unicamente con riferimento alle ipotesi in cui la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni²²⁰.

Nel caso di arresto in flagranza di reato o di fermo il prelievo può essere effettuato solo dopo l'avvenuta convalida da parte del giudice.

Il campione, una volta prelevato, deve essere immediatamente inviato al laboratorio centrale per la tipizzazione del profilo²²¹ e la successiva trasmissione alla banca dati del DNA²²².

Il successivo art. 10, legge n. 85/2009 prevede che qualora, nel corso del procedimento, vengano tipizzati, a cura dei laboratori a ciò appositamente attrezzati, i profili del DNA dai reperti biologici, per mezzo di accertamento tecnico, consulenza o perizia, l'autorità giudiziaria procedente debba in ogni caso disporre la loro trasmis-

*campione biologico (dal quale si possono trarre in ogni momento le più ampie informazioni su dati sensibili dell'interessato). In particolare, vi sono le medesime restrizioni all'accesso e al trattamento dei dati, mentre soltanto per il campione biologico è assicurata la c.d. tracciabilità (registrazione di ogni operazione)». In ordine alla necessità di un attento contemperamento tra l'esigenza di catalogazione dei dati genetici e la tutela della privacy v. anche C. FANUELE, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., p. 118.*

²¹⁹ Secondo P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit., p. 12 «la previsione della mucosa del cavo orale quale unico materiale biologico che può essere prelevato, suscita perplessità dato che la tecnica di asportazione di un tessuto epiteliale è senza dubbio più "incisiva" del prelievo di un liquido come la saliva».

²²⁰ Nonostante detta limitazione una parte della dottrina ritiene eccessivamente ampio l'ambito di operatività di questa forma di prelievo: v. in tal senso, tra gli altri, E. OLIVIERI, *La legge sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa*, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 241.

²²¹ Al riguardo occorre precisare come sia assai diversa la «capacità informativa del campione biologico rispetto al profilo del DNA»: cfr., in tal senso, P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, cit., p. 8; G. GENNARI, *La istituzione della banca dati nazionale del DNA ad uso forense*, cit., p. 60; G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici*, cit., p. 128; P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche*, cit., p. 4.

²²² G. GENNARI, *La istituzione della banca dati nazionale del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., p. 59, rileva conseguentemente che «in tal senso il laboratorio è il principale polmone di alimentazione della banca dati».

sione alla banca dati nazionale del DNA «per la raccolta e i confronti»²²³.

Onde evitare un utilizzo indebito dei dati così raccolti, che si potrebbe tradurre in una lesione al diritto alla riservatezza, non giustificata da alcuna finalità investigativa, l'art. 11, comma 3, legge n. 85/2009 stabilisce che le analisi vengano operate con esclusivo riferimento «alle sequenze del DNA che non consentono la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato»²²⁴.

Per quanto più specificamente concerne l'oggetto della nostra tematica, l'art. 24, della legge n. 85/2009 ha operato l'inserimento all'interno del codice di procedura penale dell'art. 224-bis, volto a prevedere l'ipotesi in cui per l'effettuazione della perizia sia «necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale»²²⁵ su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA²²⁶ o accertamenti medici²²⁷ e la persona da sottoporre all'esame del

²²³ Circa l'eccessiva ampiezza di tale previsione, ed il conseguente mancato rispetto del principio di "proporzionalità", v. P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale a un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 888.

²²⁴ Peraltro, P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, cit., p. 884, osserva che sotto questo aspetto appare ancora più rigida la Decisione del Consiglio dell'Unione Europea 2008/616/GAI, laddove prevede di tipizzare soltanto «i profili non codificanti del DNA», e cioè i segmenti che non forniscono alcuna proprietà funzionale di un organismo.

²²⁵ Va osservato che mentre l'art. 224-bis c.p.p. fa riferimento al prelievo di mucosa del cavo orale, l'art. 349, comma 2-bis, c.p.p., menziona il prelievo di saliva; non è agevole comprendere se il legislatore, all'art. 224-bis, intendesse davvero «alludere a qualcosa di diverso» rispetto all'indicazione contenuta nell'art. 349, comma 2-bis: v. al riguardo C. GABRIELLI, «Accertamenti medici» dai confini troppo incerti, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 71. Ulteriori dubbi riguardano l'interrogativo se l'indicazione contenuta nell'art. 224-bis c.p.p., volta a fare riferimento al prelievo di capelli, di peli o di mucosa orale, dia vita ad un elenco tassativo o meramente esemplificativo. Il ricorso alla dizione «quali il» sembrerebbe far pensare ad una semplice esemplificazione; peraltro alla luce di un'interpretazione "costituzionalmente orientata" dovrebbe invece ritenersi che questa indicazione assuma i connotati della tassatività: v., in tal senso, P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 19. Bisogna comunque riconoscere che, nel fare riferimento ai possibili oggetti del prelievo biologico, il legislatore appare assai impreciso; ad esempio l'art. 9, legge n. 85/2009, concernente il prelievo, al fine dell'inserimento del profilo del DNA, nella relativa banca dati nazionale, di campioni biologici da soggetti ai quali sia stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari, menziona unicamente la possibilità del prelievo di campioni di mucosa del cavo orale; l'art. 224-bis c.p.p. prevede invece il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale, mentre l'art. 349, comma 2-bis, c.p.p., relativo agli accertamenti svolti per pervenire all'identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, utilizza una dizione ancora diversa, facendo riferimento al prelievo di capelli e saliva.

²²⁶ V. sul punto, C. BRUSCO, *DNA e valutazione della prova scientifica alla luce di un recente intervento legislativo*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, cit., p. 256.

²²⁷ Per una serie di rilievi critici in ordine all'eccessiva genericità del riferimento agli "accertamenti medici", e dunque ad un concetto «del tutto indeterminato, nel quid (quale accertamento) e, conseguentemente, nel quomodo», v. C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali"*, cit., p. 998; P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., p. 19; EAD., *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 225; C. GABRIELLI, «Accertamenti medici» dai confini troppo incerti, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 71; E. OLIVIERI, *La legge*

perito non abbia prestato il proprio consenso al riguardo. Il legislatore in tal caso ha disposto che, qualora si proceda per un delitto non colposo sanzionato con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, il giudice, anche d'ufficio, possa imporre coattivamente l'esecuzione della perizia, con ordinanza motivata, «*se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti*»²²⁸.

Il prelievo coattivo si configura dunque come una *extrema ratio*; il riferimento all'"assoluta indispensabilità" rende infatti evidente come non debba farsi ricorso al prelievo coattivo laddove già si diponga di reperti biologici dell'individuo o il profilo genetico da comparare risulti descritto in cartelle cliniche o in documentazioni mediche redatte a fini diagnostici²²⁹.

Al fine di evitare che l'effettuazione della perizia si traduca in una violazione di diritti costituzionalmente garantiti, ed allo scopo di rispettare l'esigenza di una chiara indicazione dei "casi" e dei "modi" concernenti la limitazione della libertà personale in cui si traduce l'espletamento coattivo di un prelievo, necessario per l'effettuazione della perizia, è stato previsto che non possano essere disposte operazioni «*che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità*», stabilendosi al contempo che le operazioni peritali debbano eseguirsi «*nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto*» e che a parità di risultato vadano prescelte le tecniche meno invasive.

In base alla norma in esame la "coercizione" da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti della persona da sottoporre all'esame peritale può essere operata non solo qualora l'interessato non compaia senza addurre un legittimo impedimento, legittimando in tal modo l'adozione di un provvedimento di accompagnamento coattivo nei suoi confronti, ma anche nell'ipotesi in cui il soggetto, pur comparendo, rifiuti di prestare il proprio consenso agli accertamenti.

Peraltro l'uso di mezzi di coercizione fisica risulta consentito «*per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento*».

In base all'art. 224-bis, comma 7, c.p.p. «*l'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato*».

A sua volta l'art. 359-bis, comma 3, c.p.p., concernente l'esecuzione del prelievo coattivo richiesta dal pubblico ministero, stabilisce, con un'impostazione ancora più rigida, che le previsioni di cui all'art. 224-bis, commi 2, 4 e 5 «*si applicano a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite. Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191*»²³⁰.

sul prelievo di materiale biologico e la funzione della difesa, in Prelievo del DNA e banca dati nazionale, cit., p. 247.

²²⁸ In ordine alla necessità di un'interpretazione rigorosa di detta formula, volta ad evitare un indebito ricorso allo strumento della perizia coattiva, v. L. LUPARIA, *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, in L. MARAFIOTI-L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 348.

²²⁹ C. GABRIELLI, «*Accertamenti medici*» dai confini troppo incerti, cit., p. 73.

²³⁰ C. GABRIELLI, *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, cit., p. 70, osserva peraltro, criticamente, che «*il comma conclusivo del nuovo articolo 359-bis è un concentrato di ridondanze, assenze poco spiegabili e piccoli infortuni: se il "raddoppio" di sanzioni appare in sé discutibile (sono previste*

Per quanto concerne l'individuazione del soggetto competente ad autorizzare il prelievo coattivo occorre dar conto del disposto dell'art. 359-*bis* c.p.p.²³¹, introdotto dall'art. 25, legge n. 85/2009, e che ricalca, almeno sotto certi aspetti, il meccanismo delineato dall'art. 267 c.p.p., in tema di intercettazioni²³². Ai sensi del predetto art. 359-*bis*, fatto salvo il contenuto dell'art. 349, comma 2-*bis*, qualora debbano essere eseguite le operazioni di cui all'art. 224-*bis* e non vi sia il consenso della persona interessata (va ricordato che in base all'art. 72-*bis* norme att. c.p.p., introdotto dall'art. 29, legge n. 85/2009, nei casi delineati dagli artt. 224-*bis* c.p.p. e 359-*bis* c.p.p. se la persona da sottoporre a prelievo di campioni biologici o ad accertamenti medici è minore, incapace o interdetta la prestazione del consenso spetta al genitore o al tutore), il pubblico ministero è tenuto a farne richiesta al giudice per le indagini preliminari, affinché questi autorizzi dette operazioni. Nei casi di urgenza, e cioè se vi è un fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero può disporre autonomamente lo svolgimento delle operazioni con un proprio decreto motivato, che deve essere convalidato dal giudice per le indagini preliminari nelle successive quarantotto ore.

Onde evitare che il materiale prelevato per l'espletamento della perizia possa essere utilizzato per finalità estranee all'accertamento concernente il processo nel cui ambito è stata disposta la perizia l'art. 72-*quater* norme att. c.p.p., parimenti introdotto dall'art. 29, legge n. 85/2009, impone che all'esito della perizia su campioni biologici il giudice debba ordinare l'immediata distruzione dei campioni prelevati²³³, fatta salva l'ipotesi in

sia la nullità delle operazioni, sia l'inutilizzabilità delle informazioni acquisite, quando probabilmente quest'ultima sarebbe stata sufficiente), di certo non vi era alcun bisogno di ribadire, pleonasticamente, che "si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191". Sorprende, al contrario, trovare ricompresi, fra le norme dettate in tema di perizia che l'articolo 359-bis del codice di procedura penale richiama a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità degli esiti, i soli commi 2, 4 e 5 dell'articolo 224-bis del codice di procedura penale e non il suo comma 7, che prevede l'obbligatoria presenza del difensore dell'interessato alle operazioni di prelievo». In senso parimenti critico, v. C. CONTI, I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva, cit., p. 1003, che, dopo aver sottolineato come desti perplessità il duplice riferimento da parte del legislatore alle sanzioni della nullità e dell'inutilizzabilità, osserva come il problema più grave sia rappresentato «dalla marcata discrasia esistente tra le scelte sanzionatorie degli art. 359-bis e 224-bis c.p.p. a fronte di ipotesi identiche. Emerge ictu oculi la prima stonatura tra l'art. 224-bis, comma 2 c.p.p., che sanziona con la nullità l'ordinanza priva dei contenuti previsti dalla legge, e l'art. 359-bis, comma 3 c.p.p., che commina l'inutilizzabilità in relazione alla medesima ipotesi. In un panorama codicistico già poliedrico e complesso con riferimento al pur delicato tema delle invalidità, sarebbe stata preferibile una maggior attenzione del legislatore alla coerenza sistematica quanto meno all'interno della specifica materia regolata».

²³¹ Per un'analisi del contenuto di detta norma v., tra gli altri, C. FANUELE, *L'acquisizione dei campioni biologici: sistemi europei a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1010.

²³² Cfr. P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., p. 21.

²³³ Una parte della dottrina rileva peraltro criticamente che l'art. 72-*quater* norme att. c.p.p. disciplina in modo espresso solo la distruzione del campione biologico, tacendo circa la sorte del relativo profilo del DNA: v., in tal senso, A. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in L. MARAFIOTI-L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 121; F. CASASOLE, *La conservazione dei campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 445; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali"*, cit., p. 1004; C. FANUELE, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e pecu-*

cui ritenga detta conservazione assolutamente indispensabile; la norma in oggetto prevede inoltre che dopo la definizione del procedimento con decreto di archiviazione o dopo l'intervenuta pronuncia di una sentenza non più soggetta ad impugnazione la cancelleria proceda senza ritardo alla distruzione dei campioni biologici.

L'ordinanza volta ad ammettere la perizia coattiva deve contenere, a pena di nullità, le generalità della persona da sottoporre all'esame e gli altri elementi identificativi, l'indicazione del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto, «*l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti*», nonché quella del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per il compimento della perizia.

Sempre a pena di nullità, occorre inoltre dare avviso all'interessato del suo diritto di farsi assistere da un difensore o da una persona di sua fiducia, informandolo che in caso di mancata comparizione non dovuta ad un legittimo impedimento potrà essere disposto l'accompagnamento coattivo.

Il provvedimento va notificato all'interessato, all'imputato e al suo difensore, nonché alla persona offesa, almeno tre giorni prima della data fissata per l'espletamento delle operazioni peritali.

Il fatto che la norma indichi, accanto all'imputato, l'"interessato", evidenzia chiaramente come il prelievo possa riguardare anche soggetti "terzi", che non hanno la veste di indagati od imputati²⁵⁴.

Una parte della dottrina ha censurato la possibilità di pervenire in tal modo ad un vero e proprio *screening* di massa, coinvolgente cioè un numero elevatissimo di individui²⁵⁵, si potrebbe tuttavia obiettare che in un'ottica di raffronto fra i contrapposti interessi in gioco il sacrificio così imposto agli interessati, peraltro di entità assai ridotta²⁵⁶, risulta ampiamente controbilanciato dai risultati potenzialmente ricavabili facendo ricorso a detto prelievo²⁵⁷.

11. *Il conferimento dell'incarico peritale*

Il giudice, ai sensi dell'art. 224, comma 1, c.p.p., dopo aver disposto la perizia con

liarità italiane, *ivi*, 2011, p. 122; S. QUATTROCOLO, *I risvolti delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in L. MARAFIOTI-L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 334 ss.

²⁵⁴ A. SANTOSUOSSO-G. GENNARI, *Il prelievo ematico coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 305 ss.

²⁵⁵ C. GABRIELLI, *Interventi sui minori senza modalità specifiche*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 74. Per talune perplessità in ordine allo *screening* di massa, qualora effettuato in assenza di consenso da parte degli interessati v. anche V. SELLAROLI, *Analisi del DNA e processo: in quale senso è una novità?*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 78 ss.

²⁵⁶ Cfr. G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 47: «*il prelievo di materiale biologico avviene routinariamente con un tamponne salivare la cui capacità intrusiva è veramente minima*».

²⁵⁷ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, cit., p. 221; EAD., *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm*, cit., p. 18.

ordinanza motivata, contenente la nomina del perito e una sommaria enunciazione dell'oggetto delle indagini, deve provvedere alla citazione dell'esperto per il conferimento dell'incarico. È possibile avvalersi al riguardo dei poteri di coercizione personale; infatti, in base all'art. 133 c.p.p., qualora il perito, pur essendo stato regolarmente citato, ometta di comparire al giorno e all'ora fissata, senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può ordinarne l'accompagnamento coattivo.

Una volta ottenuta la presenza dell'esperto, occorre procedere all'accertamento delle generalità e verificare, in conformità all'art. 226, comma 1, c.p.p., se risulti configurabile una delle situazioni di incapacità o incompatibilità di cui all'art. 222 c.p.p., tali da escludere, a pena di nullità, la possibilità di prestazione dell'incarico peritale, o se comunque sussistano motivi di astensione o cause che giustificerebbero la ricusazione, ai sensi del successivo art. 223 c.p.p.

Qualora il giudice abbia avuto conferma dal perito dell'insussistenza delle ipotesi sovramenzionate, lo deve avvertire in ordine agli obblighi ed alle responsabilità previste dalla legge penale, invitandolo quindi a rendere la dichiarazione *ex art. 226, comma 1, c.p.p.*, la cui formula vincola l'esperto ad adempiere al proprio ufficio «*senza altro scopo che quello di far conoscere la verità*».

In relazione a questa dichiarazione di impegno, volta a sostituire il "giuramento", che era invece imposto dal codice previgente fino alla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 316, comma 2, c.p.p. del 1930, ad opera della pronuncia n. 117/1979²³⁸, possono essere formulati numerosi rilievi.

Va segnalato come essa appaia caratterizzata da uno dei rarissimi riferimenti alla nozione di "verità" da parte dell'attuale codice²³⁹, che è stato estremamente parco nell'utilizzo di questo termine e, cercando di evitare i rischi derivanti dalla polemica ricollegabile all'interrogativo di quali siano le finalità istituzionali del processo, non ha più menzionato espressamente la «*ricerca della verità*» come scopo delle attività probatorie²⁴⁰.

La formula prevista dall'art. 226 è ispirata, con tutta evidenza, ad una nozione corrispondentista, e «*radicalmente non epistemica*» di verità²⁴¹. Non è questa la sede per approfondire la tematica dei rapporti tra "verità" e processo²⁴² (caratterizzata spesso da vistose incomprensioni di fondo, tra cui, ad esempio, l'erronea contrapposizione tra "verità formale" e "verità materiale"²⁴³); si deve invece sottolineare che la dichiarazione di impegno, incentrata sulla nozione di "verità", è stata considerata

²³⁸ Corte cost. 10 ottobre 1979, n. 117, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 816.

²³⁹ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 22, nota 46.

²⁴⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Prova e lessico processuale: sospetto, indizio, prova; tema, fonte, oggetto di prova; ammissione, assunzione*, in *La prova penale, Quad. C.S.M.*, 1997, n. 98, p. 325. A sua volta, F.M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2029, così osserva: «*non è senza significato che i codificatori, per pudore o per diffidenza, rifuggano dall'usare l'impegnativo termine "verità" a favore della più asettica espressione "accertamento del fatto"*».

²⁴¹ V., al riguardo, P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., pp. 347 e 348.

²⁴² Cfr., sul punto, P. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., p. 347 ss.; nonché, volendo, P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, 2010, p. 4 ss.

²⁴³ P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea*, cit., p. 7 ss.

stonata e non compatibile con un parere di natura tecnica²⁴⁴. Essa appare connaturata ad una visione positivista secondo la quale il perito sarebbe il depositario della «“verità” scientifica, sulla quale non si può e non si deve avere dubbi»²⁴⁵, e rischia di provocare delle pericolose confusioni, inducendo a ritenere che dal responso peritale possa scaturire direttamente la “verità”²⁴⁶, e dunque la “risposta” a tutti gli interrogativi del processo.

Una simile conclusione sarebbe indice di una grave incomprensione e condurrebbe ad un’inaccettabile deresponsabilizzazione del giudice. Può apparire persino banale il rilievo secondo cui il perito non può mai sostituirsi al magistrato nella formulazione del giudizio circa la responsabilità penale del prevenuto, essendo questa una funzione spettante solo all’autorità giudiziaria.

È forse parimenti scontata l’osservazione in base alla quale non di rado, sia pur inconsapevolmente, l’opinione pubblica sembra propensa a credere che la risoluzione di determinate vicende giudiziarie possa discendere, in maniera automatica, dagli esiti di una perizia.

Occorre invece chiarire che, anche nei processi caratterizzati da una maggiore complessità negli accertamenti, la prova scientifica non va considerata come una sorta di rimedio taumaturgico, dagli esiti prodigiosi, in quanto ciò significherebbe banalizzare le complesse interazioni ed i collegamenti che devono essere operati fra le diverse risultanze probatorie, non dovendosi mai dimenticare che il supporto tecnico fornito dal perito o dal consulente va comunque necessariamente inserito e valutato nel variegato contesto di tutti i dati acquisiti nel corso del processo.

La prova scientifica non può dunque essere ritenuta una “prova legale risolutiva”, dotata di una valenza incontrovertibile, che renderebbe superfluo il ricorso ad ogni altro mezzo di prova²⁴⁷.

Ritornando al dettato dell’art. 226 c.p.p., nell’ipotesi, peraltro meramente teorica, in cui l’esperto designato dal giudice si rifiutasse di prestare la formula d’impegno il giudice dovrebbe necessariamente procedere alla sua sostituzione.

Laddove la dichiarazione d’impegno non sia invece prestata a causa di una semplice dimenticanza, ed il perito proceda poi all’espletamento del suo incarico, parrebbe ravvisabile una mera irregolarità, stante l’assenza di una previsione normativa volta a delineare delle specifiche conseguenze sanzionatorie al riguardo²⁴⁸; detta conclusione è peraltro contestata da chi ritiene che la sussistenza di una nullità sia ricavabile dal combinato disposto dell’art. 501, comma 1, c.p.p., che opera un rinvio alle disposizioni in tema di testimonianza, e dell’art. 497, comma 3, c.p.p., che sancisce la nulli-

²⁴⁴ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 341.

²⁴⁵ F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 220.

²⁴⁶ Cfr. S. CODIGNOTTO-G. SARTORI, *La testimonianza dei minori: problemi metodologici nella valutazione peritale*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l’acquisizione della prova scientifica*, cit., p. 245.

²⁴⁷ Per ulteriori considerazioni al riguardo v., volendo, P. RIVELLO, *Il processo e la scienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1715 ss.

²⁴⁸ Cfr., in tal senso, N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 51, nota 160.

tà in conseguenza dell'omessa dichiarazione della formula di impegno²⁴⁹.

Per quanto concerne la formulazione dei quesiti che devono essere posti al perito, e che ne circoscrivono pertanto l'ambito di attività²⁵⁰, il legislatore si è voluto giustamente discostare dall'insoddisfacente soluzione accolta dal codice previgente, operando conseguentemente in chiave di discontinuità rispetto all'art. 316 c.p.p. 1930. Detta norma non prevedeva che la redazione da parte del giudice dei quesiti peritali fosse preceduta da un'audizione delle parti e dello stesso perito; non di rado pertanto i quesiti venivano formulati in maniera del tutto approssimativa, e ciò poteva compromettere dall'origine l'esito dell'intera procedura, falsando i presupposti dell'indagine peritale. Solo in via di prassi l'autorità giudiziaria era progressivamente giunta ad interpellare preventivamente il perito, onde ottenere delle opportune indicazioni al riguardo.

L'attuale art. 226, comma 2, c.p.p. dispone invece espressamente che il giudice debba formulare i quesiti solo dopo aver sentito «*il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti*»; in tal modo egli è posto in grado di porre all'esperto «*le "domande giuste"*»²⁵¹, in quanto le osservazioni, i contributi e le proposte (peraltro non vincolanti) di tutti i soggetti interessati ad un proficuo risultato peritale permettono di «*trasferire al giudice, nel momento in cui pone il quesito, un patrimonio di conoscenze che ancora non ha o che ha solo parzialmente*»²⁵².

In omaggio alle esigenze di economia processuale e al fine di evitare la necessità dell'affidamento di un nuovo incarico peritale deve ritenersi ammissibile la formulazione, da parte del giudice, di ulteriori quesiti nel corso della perizia, volti ad integrare quelli già precedentemente proposti; a sostegno di detta tesi è stato rilevato che all'esame del perito si applicano, nei limiti della compatibilità, le disposizioni sull'esame dei testimoni, tra cui rientra la norma in base alla quale chi ha chiesto l'esame può formulare nuove domande; da ciò deriva «*la possibilità di proporre, per analogia, "quesiti nuovi" in corso di perizia*»²⁵³.

12. L'incapacità e l'incompatibilità del perito

La particolare delicatezza dell'incarico peritale non solo impone un vaglio rigoroso nell'individuazione dei soggetti dotati delle competenze professionali necessarie, ma esige altresì di escludere dalla possibilità di nomina alcune categorie di individui, che appaiono a priori inadatti, a causa delle loro condizioni personali, a svolgere

²⁴⁹ Cfr. M. MUSSO, Sub art. 226, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, cit., p. 607.

²⁵⁰ V., al riguardo, R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 903.

²⁵¹ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. II, Napoli, 2007, p. 1375.

²⁵² G. CONSOLO, voce *Perito ed interprete (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1990, p. 4.

²⁵³ Per tale conclusione, v. Cass., sez. I, 23 gennaio 1995, Reale ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, p. 711. In ordine alla possibilità di formulazione al perito di "quesiti nuovi" nel corso di perizia v., in dottrina, M. MUSSO, Sub art. 226, cit., p. 609.

l'attività di perito, o che versano in situazioni atte a configurare un rischio di condizionamento, e dunque a determinare una incompatibilità.

L'art. 222, comma 1, lett. *a*) prende in considerazione le condizioni fisiopsichiche, prevedendo, a pena di nullità, che non debba essere nominato perito il minorenni, l'interdetto, l'inabilitato e chi è affetto da infermità di mente. Lo stesso comma, alle lett. *b*) e *c*), ricomprende poi nella sfera delle incapacità anche le ipotesi legate al venir meno del prestigio e della considerazione sociale, a causa di supposti comportamenti negativi posti in essere dall'interessato; viene conseguentemente escluso dalla possibilità di prestare l'ufficio di perito il soggetto interdetto anche temporaneamente dai pubblici uffici, nonché chi sia interdetto o sospeso dall'esercizio di una professione o di un'arte, o sia sottoposto a misure di sicurezza personali o a misure di prevenzione.

Il codice delinea inoltre le possibili incompatibilità, vietando la nomina a perito di chi abbia ricoperto o debba ricoprire dei ruoli potenzialmente atti a condizionare lo svolgimento delle funzioni alle quali sarebbe chiamato in tale veste²⁵⁴; al riguardo l'art. 222, comma 1, lett. *d*), c.p.p. esclude, a pena di nullità, la nomina a perito di chi non può essere assunto come testimone, o ha facoltà di astenersi dal testimoniare, o di chi è chiamato a prestare l'ufficio di testimone o di interprete. Sebbene detta norma ricollegli l'incompatibilità all'ipotesi in cui il soggetto non abbia ancora espletato dette funzioni, per analogia di *ratio* deve ritenersi che il divieto concerna anche chi abbia già deposto come testimone²⁵⁵ o abbia già prestato l'ufficio di interprete.

L'art. 222, comma 1, lett. *e*), c.p.p. estende l'incompatibilità a chi è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in un procedimento connesso²⁵⁶ (in base all'art. 67, comma 5, disp. att. trans. il giudice deve inoltre "evitare" di designare come perito chi svolga od abbia svolto l'attività di consulente di parte in procedimenti collegati, ai sensi dell'art. 371, comma 2, c.p.p.)²⁵⁷.

Non sempre le ipotesi di incompatibilità sono "reciproche"; per meglio dire, non sempre si verifica una simmetria biunivoca. Infatti, mentre il legislatore ha ritenuto incompatibile ad assumere la veste di perito chi è chiamato a prestare l'ufficio di testimone, con un'apparente contraddizione, o quantomeno con una soluzione caratterizzata da una mancanza di omogeneità, non ha inserito invece tra le incompatibilità

²⁵⁴ Corte. eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2007, *Sara Lind Eggertsdottir c. Islanda*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4808, m. 1360, ha affermato che la "parzialità" dell'esperto nominato dal giudice, dovuta al fatto che questi rivesta od abbia rivestito delle posizioni tali da porlo in situazione di incompatibilità, può indurre a far ritenere configurata la violazione dell'art. 6 Cedu, sebbene tale norma faccia espresso riferimento alla sola imparzialità del "tribunale".

²⁵⁵ F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 74; in giurisprudenza v., in tal senso, Trib. Massa, sez. dist. Carrara, ord. 11 gennaio 2000, Vannelli, in *Foro tosc.*, 2000, p. 181.

²⁵⁶ Secondo Cass., sez. I, 21 ottobre 2010, Abida, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3948, l'incompatibilità con l'ufficio di perito posta a carico di chi, nell'ambito dello stesso procedimento, sia stato nominato consulente tecnico opera solo qualora tale soggetto abbia poi effettivamente espletato l'incarico.

²⁵⁷ La giurisprudenza ha peraltro sostenuto che detta norma si traduce in una mera "raccomandazione", e non in un vero e proprio divieto, presidiato dalla sanzione della nullità, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi concernente la nomina a perito di chi abbia svolto l'attività di consulente di parte nello stesso procedimento o in un procedimento connesso; v., in tal senso, Cass., sez. I, 6 dicembre 1995, Emmanuolo, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 959.

con l'ufficio di testimone, di cui all'art. 197 c.p.p., la situazione inversa, configurabile qualora il soggetto che deve deporre come teste abbia svolto funzioni peritali nell'ambito dello stesso processo, in un momento in cui ancora non si delineava l'eventualità che egli potesse essere citato a testimoniare (giacché in caso contrario sarebbe ovviamente scattata l'incompatibilità *ex art. 222, lett. d), c.p.p.)*.

Nella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* onde spiegare tale apparente anomalia è stato rilevato che doveva «*considerarsi prevalente*» la funzione di testimone, e che proprio per tale motivo si è deciso di prevedere soltanto l'incompatibilità ad essere nominato perito od interprete da parte di chi debba deporre come testimone, e a non delinearne una analoga in relazione all'ipotesi inversa²⁵⁸.

Una mancanza di uniformità è stata lamentata dalla dottrina anche per quanto concerne le conseguenze sanzionatorie, osservandosi che l'art. 222 c.p.p. rappresenta uno degli esempi della casualità con cui il legislatore ricollega a determinate ipotesi le correlative forme di invalidità; si è rilevato che mentre l'art. 197 c.p.p. configura l'incompatibilità del testimone in chiave di divieto, determinando pertanto un'ipotesi di inutilizzabilità, il sovramenzionato art. 222 delinea invece a pena di nullità l'incompatibilità del perito²⁵⁹.

L'inosservanza della disciplina dettata dall'art. 222 configura infatti una nullità relativa, volta ad escludere la possibilità di svolgimento dell'incarico²⁶⁰. Detta sanzione rischia peraltro di apparire inadeguata; sembra incongruo subordinare alla sussistenza di un'eccezione di parte, ai sensi dell'art. 181, comma 1, c.p.p., l'emersione delle situazioni concernenti l'affidamento dell'incarico peritale a soggetti interdetti, inabilitati, infermi di mente, sospesi dall'esercizio della propria professione o sottoposti a misure di sicurezza personali. È stato giustamente censurato il fatto che in tal modo «*pur a fronte di perizia eseguita da un soggetto non tanto tecnicamente incapace, quanto potenzialmente inattendibile per assenza dei requisiti soggettivi richiesti o per ragioni contingenti collegate ad una sua particolare posizione nello stesso o in diverso procedimento*», il relativo parere specialistico può «*essere utilizzato a fini decisori dal giudice che ignori la causa di incompatibilità o incapacità*»²⁶¹.

13. L'astensione e la ricusazione del perito

In base all'art. 223, comma 1, c.p.p. il perito ha l'obbligo di dichiarare l'eventuale sussistenza di motivi di astensione.

Per quanto concerne la ricusazione, l'art. 223, comma 2, c.p.p. dispone che l'esperto possa essere ricusato dalle parti nelle ipotesi previste dall'art. 36 c.p.p., con esclusione di quella concernente la sussistenza di «*altre gravi ragioni di convenienza*», configurata dal predetto art. 36, comma 1, lett. *b)*. Il riferimento alle "parti" induce

²⁵⁸ *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 62.

²⁵⁹ G.P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 280.

²⁶⁰ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 262.

²⁶¹ Per tali affermazioni, cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 373 e 374.

ad escludere la possibilità di ricusazione ad opera della persona offesa dal reato²⁶².

L'art. 223, comma 3, impone che la dichiarazione di astensione, al pari della dichiarazione di ricusazione, sia presentata, a pena di inammissibilità, prima dell'esaurimento delle formalità di affidamento dell'incarico all'esperto e, qualora si tratti di ragioni sopravvenute o conosciute solo in seguito, prima che il perito abbia dato il proprio parere. In relazione a quest'ultima ipotesi la giurisprudenza, onde evitare che la formulazione della dichiarazione di ricusazione possa essere influenzata dagli esiti dell'esame orale del perito, ha sostenuto che essa non può essere posticipata al deposito della relazione peritale e deve comunque precedere l'esame orale del perito; una ricusazione effettuata solo dopo l'espletamento di detto esame viene pertanto considerata tardiva²⁶³.

Poiché, in base al successivo comma 5 dell'art. 223, in materia si osservano, nei limiti dell'applicabilità, le norme sulla ricusazione del giudice, va rispettato il disposto dell'art. 38, comma 4; conseguentemente la dichiarazione di ricusazione, qualora non sia fatta personalmente dall'interessato, può essere proposta a mezzo del difensore o di un procuratore speciale²⁶⁴.

In caso di concorso tra l'astensione e la ricusazione, conformemente al principio fissato dall'art. 39 c.p.p. prevale l'astensione. Sulla dichiarazione di astensione o di ricusazione decide il giudice che ha disposto la perizia.

Una parte della giurisprudenza sostiene che l'incompatibilità del perito, pur costituendo titolo per la sua ricusazione, non possa mai determinare anche la nullità degli atti dallo stesso compiuti²⁶⁵. Tuttavia, tenuto conto della disciplina delineata dall'art. 42 c.p.p. in tema di ricusazione del giudice, alla quale occorre richiamarsi in virtù della clausola di rinvio contenuta nel già citato comma 5 dell'art. 223, si dovrebbe ritenere che una volta accolta la dichiarazione di ricusazione non solo il perito non possa più compiere alcuna operazione, ma che, relativamente alla sorte delle attività peritali già esperite, spetti al giudice valutare se ed in quale parte esse conservino efficacia²⁶⁶.

In ogni caso l'art. 231, comma 5, prevede che il perito sostituito debba mettere immediatamente a disposizione dell'autorità giudiziaria la documentazione e i risultati delle operazioni peritali precedentemente compiute.

Sempre in virtù del rinvio alle norme concernenti la ricusazione del giudice, e più precisamente per effetto del combinato disposto degli artt. 41, comma 3, e 127, comma 7, c.p.p. l'ordinanza volta ad accogliere la ricusazione del perito risulta ricorribile per cassazione²⁶⁷; è parimenti impugnabile in cassazione, in base all'art. 41, comma 1, il provvedimento che dichiara l'inammissibilità della ricusazione.

²⁶² V., sul punto, Cass., sez. II, 1° luglio 2008, Bassini, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 729, con nota di C. Papagno.

²⁶³ Cass., sez. IV, 10 dicembre 2004, Volpe, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2228; Cass., sez. IV, 24 giugno 2003, Reda ed altri, *ivi*, 2005, p. 902.

²⁶⁴ R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 898.

²⁶⁵ Cass., sez. I, 13 luglio 2007, Nunnari, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3782.

²⁶⁶ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 378.

²⁶⁷ Cass., sez. IV, 29 aprile 2003, Folco, in *Cass. pen.*, 2005, p. 903.

14. *Lo svolgimento delle operazioni peritali*

Ai sensi dell'art. 228, comma 1, c.p.p. il perito, onde compiere le «operazioni necessarie per rispondere ai quesiti», può essere autorizzato a prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotte dalle parti, delle quali la legge prevede l'acquisizione al fascicolo dibattimentale. Secondo quanto stabilito dall'art. 76 disp. att. c.p.p., qualora il giudice ritenga necessario disporre la consegna al perito di documenti in originale o di altri oggetti, deve essere redatto un verbale della consegna, a cura del funzionario di cancelleria²⁶⁸.

L'impostazione normativa parrebbe evidenziare la volontà di delimitare entro limiti ben definiti il materiale ostensibile al perito, impedendo in tal modo la consegna a quest'ultimo dell'intera documentazione processuale, come invece avveniva in via di prassi sotto la vigenza del c.p.p. 1930.

La giurisprudenza peraltro, onde permettere all'esperto di avere una più completa comprensione dei fatti di causa utili all'espletamento del suo incarico, adotta generalmente delle impostazioni estremamente "elastiche", che si traducono talora in vere e proprie elusioni delle previsioni legislative al riguardo.

Da un lato, si afferma che il perito può prendere visione non soltanto degli atti già inseriti nel fascicolo per il dibattimento ma anche di quelli semplicemente "acquisibili" ad esso, e cioè che può esaminare gli atti dei quali non è esclusa, in astratto, la possibilità dell'inserimento in tale fascicolo durante il successivo corso del giudizio²⁶⁹.

Questa soluzione, quantomeno, si mantiene all'interno delle coordinate fissate dall'art. 228, comma 1; al contrario, appare caratterizzata da un netto contrasto col dettato normativo la tesi di chi sostiene che il perito può anche prendere visione, ad esempio, degli esposti e delle denunce, sicuramente non inseribili nel fascicolo dibattimentale. Al fine di giustificare una simile conclusione si rileva che il perito, in base all'art. 228, comma 3, c.p.p., può richiedere notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altri soggetti, ai fini dello svolgimento del proprio incarico, e si afferma che conseguentemente non sarebbe ravvisabile una violazione di legge nell'ipotesi in cui egli prendesse visione degli esposti o delle denunce, giacché in tal caso, anziché procedere all'esame diretto della persona offesa o di altri soggetti, si limiterebbe ad utilizzare una differente metodologia, consistente nel visionare «atti diversi da quelli inscrivibili nel fascicolo processuale ma comunque riferibili alle persone di cui è consentito l'esame»²⁷⁰.

Secondo detta impostazione il perito potrebbe dunque "anticipare" i risultati ottenibili con la richiesta di notizie, ex art. 228, comma 3, mediante la consultazione degli atti processuali contenenti le notizie che egli potrebbe richiedere all'imputato, alla persona offesa o ad altri soggetti²⁷¹.

²⁶⁸ Peraltro Cass., sez. II, 10 gennaio 2007, Rizzo, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2543, ha affermato che la mancata redazione, a cura del cancelliere, del verbale di consegna al perito della documentazione e la mancata allegazione di tale documentazione all'elaborato peritale non costituiscono causa di inutilizzabilità della perizia.

²⁶⁹ Cass., sez. I, 10 luglio 2002, Botticelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 593.

²⁷⁰ Cass., sez. VI, 17 ottobre 2000, Cordone, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 304, con nota di A. Vassallo.

²⁷¹ V., in tal senso, Cass., sez. II, 21 novembre 2003, Filomena, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1659. Per

È evidente peraltro come in tal caso appaia carente il presupposto richiesto dall'art. 228, comma 1, in quanto il perito viene ammesso a visionare degli atti non inseribili nel fascicolo per il dibattimento. La tesi sovraesposta di fatto "mischia" tra loro, in maniera impropria, i contenuti del comma 1 e del comma 3 dell'art. 228, autorizzando un *modus procedendi* non riconducibile in realtà a nessuna di queste due previsioni.

Le conseguenze derivanti da tale impostazione rischiano oltretutto di riverberarsi negativamente sull'intero *iter* procedimentale; infatti il perito potrebbe fare riferimento nella sua relazione a dati non compresi nel fascicolo per il dibattimento ed il giudice, «prendendo in considerazione la relazione peritale ai fini della decisione, finirebbe con l'utilizzare elementi da lui non conoscibili e, conseguentemente, con il violare il sistema del doppio fascicolo»²⁷².

L'art. 229, comma 1, c.p.p. dispone che il perito debba indicare il giorno, l'ora ed il luogo in cui inizierà le operazioni. In caso di omissione del relativo avviso al pubblico ministero, all'indagato o imputato o al suo difensore si configura una nullità di ordine generale a regime intermedio, che deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di primo grado²⁷³.

Qualora sia già stato nominato un consulente tecnico si ritiene sufficiente, al fine di rispettare il diritto di difesa, l'invio della comunicazione al difensore della parte, anche quando l'avviso non risulti inviato al consulente²⁷⁴.

Deve essere effettuata un'ulteriore comunicazione, a pena di nullità di tutte le successive operazioni, laddove intervenga una variazione rispetto alla data, all'ora ed al luogo originariamente indicati per l'inizio delle operazioni²⁷⁵. Ai sensi dell'art. 229, comma 2, c.p.p. il perito è inoltre tenuto ad informare le parti presenti dell'eventuale continuazione delle operazioni.

Qualora insorgano contrasti nel corso della perizia, è rimessa al giudice, in base all'art. 228, comma 4, la decisione volta a dirimere le questioni relative ai poteri del perito ed ai limiti del suo incarico; in caso di perizia dibattimentale l'art. 508, comma 2, c.p.p. prevede che debba essere designato al riguardo un componente del collegio²⁷⁶.

un'interpretazione giurisprudenziale volta ad ampliare il dettato dell'art. 228, comma 1, ultima parte, c.p.p. v. anche Cass., sez. I, 13 dicembre 1994, Mustaka, in *Giust. pen.*, 1996, III, c. 190.

²⁷² A. VASSALLO, *Un ampliamento dei poteri istruttori del perito*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 309.

²⁷³ Cass., sez. III, 12 giugno 2007, Abdel, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4766; Cass., sez. II, 9 marzo 2003, Quinci, *ivi*, 2004, p. 2487; Cass., sez. V, 9 maggio 1996, Di Maio, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 959; in dottrina, in tal senso, A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 134; nonché R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 52 ss.

²⁷⁴ Cass., sez. I, 14 maggio 2004, Grasso ed altri, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3050; Cass., sez. V, 16 ottobre 1998, Russo, *ivi*, 2000, p. 1751; Cass., sez. VI, 26 novembre 1996, Tornabene, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 590.

²⁷⁵ Cass., sez. I, 19 giugno 1998, Tomelleri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3201; Cass., sez. I, 1° marzo 1996, Balistrieri, *ivi*, 1997, p. 1451.

²⁷⁶ Come peraltro osservato da R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 909 «pare che la norma, lungi dal configurare una delega di funzioni, delinei una sorta di ripartizione interna di compiti, che consente ad uno dei componenti del collegio di svolgere limitate attribuzioni nell'interesse dell'organo: ciò comporta che nessun vizio potrebbe ravvisarsi laddove la decisione sulle "questioni relative ai poteri del perito e ai limiti dell'incarico", cui allude l'art. 228 comma 4 c.p.p., venisse adottata dall'intero collegio a prescindere da un formale provvedimento di revoca della designazione».

Ovviamente il giudice non dovrà mai dare delle indicazioni concernenti la metodologia utilizzabile per lo svolgimento della perizia, essendo detta materia di esclusiva competenza dell'esperto; del resto la sua presenza nel corso delle operazioni peritali non è espressamente richiesta, essendo legata a criteri di mera opportunità.

15. *L'autorizzazione concedibile al perito «a servirsi di ausiliari di sua fiducia»*

L'art. 228, comma 2, prevede che il perito possa chiedere al giudice di essere ammesso a servirsi di «ausiliari di sua fiducia per lo svolgimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti e valutazioni»; il perito pertanto non può mai procedere all'affidamento di detti compiti in assenza di una previa autorizzazione.

Per impostare correttamente l'analisi in materia occorre ricordare che l'incarico peritale ha natura strettamente personale e fiduciaria, e pertanto deve essere svolto dal soggetto all'uopo nominato dal giudice, e non da altri specialisti. Tuttavia non è necessario che il perito compia direttamente tutte le operazioni esecutive, finalizzate strumentalmente all'espletamento della perizia, che possono invece, alla luce di evidenti esigenze pratiche, essere delegate ad "ausiliari" (senza peraltro alcuna facoltà di sub-delega da parte di questi ultimi²⁷⁷). Gli esempi che possono essere fatti al riguardo sono molteplici²⁷⁸.

Il problema che il giudice deve affrontare al fine di decidere se concedere l'autorizzazione di cui all'art. 228, comma 2, consiste nell'accertare se l'assistenza che verrebbe richiesta dal perito ai propri collaboratori riguarda davvero una mera operazione materiale, strumentale rispetto alla soluzione dei quesiti ai quali la perizia deve fornire risposta, in quanto diretta ad agevolare la raccolta dei dati necessari per la successiva attività peritale, o concerna invece un ambito di intervento connotato da aspetti tipicamente valutativi, tale dunque da escludere ogni possibilità di autorizzazione.

Non è tuttavia agevole «distinguere sempre in modo netto tra attività strettamente materiali e attività che implicano taluni coefficienti, anche non trascurabili, di valutazione»²⁷⁹.

In alcuni casi, peraltro, la soluzione non appare così difficoltosa; risulterebbe ad esempio evidente la mancanza dei presupposti per l'autorizzazione qualora il perito, dovendo accertare l'eventuale identità di diversi reperti, chiedesse di poter delegare questo compito ad un suo collaboratore e ritenesse di rispondere ai quesiti formulati riportando i risultati ottenuti da quest'ultimo, giacché in tal modo l'intera perizia ver-

²⁷⁷ Cfr. A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 118.

²⁷⁸ Per l'indicazione di una serie di ipotesi nelle quali appare pienamente ammissibile il ricorso da parte del perito al personale ausiliario, v. A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 119, il quale osserva che rientra sicuramente in detto ambito «il caso ... dell'attività ausiliaria del fotografo per rilievi fotografici o di un geometra per misurazioni planimetriche; o, in tema di perizia fonica, il prelievo da parte di collaboratori del perito di un campione di voci da utilizzare per la perizia stessa; o, ancora, l'opera del meccanico richiesto dal perito di procedere allo smontaggio del motore di un'autovettura da periziare in seguito ad un fatto colposo».

²⁷⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 237.

rebbe di fatto espletata dal “delegato” e non dall’esperto nominato dal giudice²⁸⁰.

Venendo ad un esempio in campo medico, mentre il sanitario al quale sia stato assegnato l’incarico peritale potrebbe avvalersi dell’opera del radiologo per l’effettuazione di una radiografia, purché la lastra venisse analizzata dal perito stesso, si esulerebbe invece dall’ambito della collaborazione consentita qualora il radiologo redigesse autonomamente il referto, e il perito si limitasse a confermarlo.

Deve ritenersi, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza, che il perito comunque, oltre a poter fruire della collaborazione da parte di uno o più ausiliari, laddove debbano essere svolte delle mere attività materiali, possa parimenti avvalersi, previa autorizzazione in tal senso, di un laboratorio specialistico al fine di farvi effettuare delle analisi, utilizzando i tecnici che ivi operano, purché i risultati così ottenuti siano poi autonomamente valutati dal perito stesso²⁸¹.

In caso di inosservanza dell’art. 228 c.p.p. è configurabile un’ipotesi di inutilizzabilità, stante la sussistenza di un divieto legislativo, sia pur implicito, volto ad impedire al perito di servirsi di ausiliari al di fuori dei casi previsti ed in assenza dell’autorizzazione giudiziale²⁸².

Non pare condivisibile l’opposta tesi, volta a rilevare che l’art. 228, comma 2, c.p.p. non contiene un esplicito divieto e che conseguentemente la sua inosservanza esula dalla disciplina dell’art. 191 c.p.p.²⁸³. In realtà, a prescindere dalla terminologia utilizzata dal legislatore, occorre verificare se, di fatto, la dizione normativa configuri o meno un divieto²⁸⁴; nel caso in esame la formula adottata evidenzia chiaramente come al perito sia vietato di servirsi di ausiliari per lo svolgimento di compiti che trascendano dallo svolgimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti e valutazioni.

Bisogna semmai distinguere i casi in cui detta autorizzazione non sia stata concessa in quanto mancavano i presupposti al riguardo (ove appare configurabile l’inu-

²⁸⁰ Cass., sez. I, 29 dicembre 1993, Cimai, cit., p. 3013.

²⁸¹ Così, Cass., sez. I, 23 giugno 2005, Petriccione, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2913; Cass., sez. III, 23 giugno 2000, Fumarola, cit., p. 2166; Cass., sez. III, 24 giugno 1991, Schettino, in *Cass. pen.*, 1993, p. 171.

²⁸² F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerita da un singolare caso di ‘inutilizzabilità sopravvenuta’ della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3030.

²⁸³ V. Cass., sez. I, 29 dicembre 1993, Cimai, cit., p. 3013: «La espressione usata dal legislatore nell’art. 191 c.p.p., per il quale non possono essere utilizzate le prove “acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge”, è molto chiara nel richiedere quale presupposto della sanzione della inutilizzabilità un esplicito divieto legislativo. La inosservanza di norme che in tal modo non siano sanzionate può dar luogo a quelle nullità, di ordine diverso, che sono disciplinate dagli artt. 177 – 186 c.p.p.». In sede di analisi della sentenza, F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria*, cit., p. 3018, ha definito «insostenibile» tale impostazione giurisprudenziale, così aggiungendo (ivi, p. 3026): «contrariamente a quanto affermato dalla suprema Corte, il semplice fatto che l’art. 228 comma 2 c.p.p. non preveda alcuna nullità è di per sé sufficiente ad escludere l’ipotesi di una nullità relativa».

²⁸⁴ F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 248, rileva che «sono divieti tanto le proibizioni esplicite (del tipo “è vietato”, “non è ammesso”, “non possono essere utilizzati”), quanto le norme che subordinano il compimento o l’uso di un atto a particolari forme, casi o presupposti, ponendo così un divieto implicito per tutti quelli non contemplati».

tilizzabilità della perizia eventualmente espletata), rispetto alle situazioni verificabili qualora il perito, omettendo di chiedere l'autorizzazione giudiziale, si avvalga dell'opera di ausiliari per l'effettuazione di attività che potrebbero peraltro legittimare una tale autorizzazione, riguardando compiti materiali non implicanti apprezzamenti e valutazioni. Secondo la giurisprudenza prevalente in questa seconda ipotesi dovrebbe escludersi la sussistenza di alcuna sanzione processuale; infatti non solo non sarebbe ipotizzabile un caso di inutilizzabilità, non essendo stato violato il divieto implicito di cui all'art. 228, comma 2, c.p.p., ma non potrebbe neppure ravvisarsi una nullità, stante il principio di tassatività fissato dall'art. 177 c.p.p.²⁸⁵.

Per affrontare correttamente questa tematica, occorre valutare se il divieto implicito contenuto nell'art. 228, comma 2, c.p.p. vada riferito solo al compimento di attività che esulino da quelle indicate o si estenda invece ad ogni ipotesi di utilizzo di personale ausiliario non preceduto da previa autorizzazione. Anche se una parte della dottrina ha condiviso questa seconda soluzione²⁸⁶, sembra che lo scopo perseguito dal legislatore sia quello di far sì che l'attività degli ausiliari del perito si limiti al compimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti e valutazioni; l'impostazione volta a ritenere operante la sanzione dell'inutilizzabilità anche qualora, pur in assenza della prescritta autorizzazione, si rimanga entro detto ambito, travalica dunque le finalità della norma.

16. *La richiesta di notizie «all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone» da parte del perito*

L'art. 228, comma 3, c.p.p. prevede che il perito possa richiedere notizie all'imputato, alla persona offesa «o ad altre persone», per lo svolgimento del proprio incarico²⁸⁷.

È importante chiarire che le domande così formulate sono meramente strumentali alla risoluzione dei quesiti peritali e che gli elementi conoscitivi in tal modo ottenuti rilevano solo «ai fini dell'accertamento peritale», permettendo al perito di avere una più completa informazione sui fatti che costituiranno oggetto della sua indagine; laddove si esulasse da detto ambito sarebbe configurabile un'ipotesi di inutilizzabilità²⁸⁸. Infatti i dati ricavati a seguito della richiesta di notizie ad opera del perito non possono assumere alcuna valenza probatoria al di fuori di questo specifico contesto; per essi è previsto «un limite di utilizzabilità di carattere "endoperitale", in quanto il loro apporto si circoscrive nell'ambito dell'accertamento peritico»²⁸⁹, pur non potendosi ne-

²⁸⁵ Cass., sez. IV, 14 dicembre 2004, Campeotto, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2228; anche Cass., sez. VI, 23 luglio 1992, Valensise, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 589, ha escluso la sussistenza di una specifica sanzione processuale, rilevando peraltro che in una simile ipotesi il giudice può ravvisare un caso di negligente svolgimento dell'incarico, e conseguentemente provvedere alla sostituzione del perito.

²⁸⁶ Cfr. F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria*, cit., p. 3030.

²⁸⁷ Per un'analisi di detta norma, v. D. POTETTI, *Art. 228 comma 3 del c.p.p.: il «perito istruttore»*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1547.

²⁸⁸ V., sul punto, S. MARTELLI, *La prova dichiarativa endoperitale: regime di utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2011, c. 422 ss.

²⁸⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 77.

gare il rischio che siano trasfusi nella relazione peritale, e finiscano così con l'influire, sia pur indirettamente, sulla valutazione giudiziale²⁹⁰.

L'art. 228, comma 3, configura un'ipotesi di inutilizzabilità speciale, conseguente ad un divieto inespresso ma chiaramente desumibile dal contesto normativo, diretto a vietare l'uso probatorio di tali notizie per fini diversi da quelli dell'accertamento peritale²⁹¹.

Proprio tenendo conto della limitata valenza dei dati conoscitivi ricavabili mediante tale meccanismo, e delle conseguenze, in chiave di inutilizzabilità probatoria, ricollegabili all'eventuale uso improprio delle notizie ottenute dal perito, appare inaccoglibile l'impostazione volta a ritenere necessaria, qualora il perito intenda richiedere dette notizie all'imputato, l'assistenza del suo difensore²⁹². Non si è infatti in presenza di un interrogatorio o di un esame, ma di un'attività meramente informativa, diretta a richiedere elementi utilizzabili unicamente a fini "interni", e cioè per la stesura della relazione peritale.

Solo entro questi limiti, avendo cioè ben presente la specifica finalità delle domande che possono essere formulate dal perito, può parlarsi di «perito istruttore»²⁹³, facendo riferimento ad una «indagine parallela» esperibile da tale soggetto²⁹⁴; in assenza di queste precisazioni, una simile terminologia rischia altrimenti di apparire fuorviante, giacché il perito non ha alcuna competenza, né legittimazione, per svolgere un'eventuale inchiesta parallela sui fatti di causa; egli può infatti rivolgere delle domande concernenti esclusivamente la tematica che costituisce oggetto dell'accertamento affidatogli.

Sotto questo aspetto, è stato giustamente precisato che non è ravvisabile una nulli-

²⁹⁰ R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 77, nel sottolineare che la finalità perseguita dall'art. 228, comma 3, è quella di evitare che le notizie in tal modo ottenute possano incidere sulla valutazione giudiziale, rileva peraltro che la previsione normativa adottata giustifica la sussistenza di forti dubbi circa l'effettiva possibilità di realizzare sempre detto obiettivo, precisando che la difficoltà pratica di contenere entro un ambito endoperitale l'utilizzabilità di questi elementi di conoscenza deriva dalla possibilità che il perito ne dia conto direttamente o indirettamente nella sua relazione, o che di essi resti comunque traccia nelle operazioni peritali, ed aggiungendo come non possa inoltre escludersi «che le notizie riservate finiscano per giungere a conoscenza del giudice per via diversa, in occasione dell'esame diretto dei periti e dei consulenti tecnici». A sua volta, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 269, ritiene «tutt'altro che remota la possibilità che, da un lato, le informazioni o le notizie raccolte dal perito siano trasfuse nella relazione peritale, dall'altro lato, anche qualora inutilizzabili direttamente in parte qua, incidano, in ogni caso, sull'inconscio decisivo del giudice»; in senso analogo A. VASSALLO, *Un ampliamento dei poteri istruttori del perito*, cit., p. 308, evidenzia come, nella prassi, tali notizie assumano «una sorta di efficacia probatoria indiretta».

²⁹¹ In giurisprudenza, con specifico riferimento all'inutilizzabilità probatoria in sede di giudizio abbreviato delle notizie assunte dal perito, v. Cass., sez. III, 10 febbraio 2010, Ispas, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2692.

²⁹² A favore di detta impostazione v. invece, in dottrina, R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 908; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 132.

²⁹³ D. POTETTI, *Art. 228 comma 3 del c.p.p.: il «perito istruttore»*, cit., p. 1544 ss.

²⁹⁴ D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, cit., p. 611; precedentemente, già A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 131, aveva utilizzato la dizione di «investigazioni parallele» da parte del perito.

tà qualora il perito non provveda a verbalizzare i colloqui avuti con l'indagato, con la persona offesa o con altri soggetti, nel corso delle operazioni peritali, in quanto, stante l'assenza di un obbligo al riguardo, l'esperto rimane libero di scegliere se conservare o meno traccia di tali dichiarazioni²⁹⁵.

17. La perizia disposta nelle fasi anteriori al dibattimento

L'art. 392, comma 1, lett. f), c.p.p. prevede che il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possano chiedere al giudice di procedere con incidente probatorio all'espletamento di una perizia, qualora la prova riguardi «una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile».

Questa ipotesi ha dunque quale presupposto una situazione caratterizzata dall'inevitabile deteriorabilità dell'oggetto dell'accertamento²⁹⁶, tale da rendere necessaria ed indifferibile, prima che si determini una sua modificazione irreversibile, la formazione anticipata della prova mediante il ricorso alla perizia.

Va precisato che la nozione di non rinviabilità, o indifferibilità, non è necessariamente coincidente – risultando basata su diversi presupposti – con quella di irripetibilità, o non reiterabilità, non essendo ravvisabile al riguardo una corrispondenza biunivoca²⁹⁷. Si ha indifferibilità, infatti, nelle ipotesi caratterizzate da una presumibile 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, mentre non si rientra propriamente nell'ambito dell'indifferibilità, ma in quello dell'irripetibilità, qualora sia lo stesso accertamento, magari di per sé rinviabile, a determinare una modificazione irreversibile dell'oggetto esaminato.

La perizia risulta indifferibile, e giustifica conseguentemente il ricorso all'incidente probatorio, non solo nelle ipotesi in cui il decorso del tempo determinerebbe l'impossibilità assoluta di ogni analisi al riguardo, ma anche laddove il differimento temporale potrebbe rendere meno attendibile, o totalmente inattendibile, l'esito di una perizia eventualmente esperita in un momento successivo, o potrebbe comunque pregiudicare in maniera significativa il risultato di tale accertamento²⁹⁸.

²⁹⁵ Cass., sez. III, 20 febbraio 2007, Mangoni, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1513; a sua volta, Cass., sez. I, 10 luglio 2002, Botticelli, cit., p. 593, ha escluso che la successiva distruzione da parte del perito della videoregistrazione del colloquio avuto con l'indagato determini la nullità della perizia.

²⁹⁶ Cfr. P.L. VIGNA, Sub art. 392, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. IV, Torino, 1990, p. 469; nonché, U. FERRANTE, *In margine ai rapporti tra l'art. 360 e l'art. 392.1 lett. f c.p.p.*, in *Giur. mer.*, 1995, II, p. 975 ss.

²⁹⁷ V., in tal senso, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 40 ss., la quale peraltro non nega che le due categorie dell'irripetibilità e dell'indifferibilità «possano presentare tratti comuni»; in tal senso v. anche G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., p. 113.

²⁹⁸ Cfr. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., pp. 165 e 166: «dal momento che l'art. 392 lett. f c.p.p. menziona generiche "modificazioni", non c'è ragione di ritenere rilevanti solo quelle che abbiano comportato la distruzione del reperto. La prova può, in concreto, risultare "impossibile" quando il suo oggetto, sebbene esista ancora, non consente che una verifica affetta

L'incidente probatorio volto all'effettuazione della perizia può essere disposto nel corso delle indagini preliminari e, a seguito della pronuncia Corte cost. n. 77/1994²⁹⁹, anche nell'udienza preliminare³⁰⁰.

La perizia può essere espletata anche in relazione ai procedimenti a carico di ignoti; in tal caso deve peraltro trovare applicazione l'art. 403, comma 1-*bis*, c.p.p., in base al quale le prove assunte con incidente probatorio non sono utilizzabili nel dibattimento nei confronti dell'imputato che venga raggiunto solo successivamente da indizi di colpevolezza, qualora il suo difensore non abbia partecipato alla loro assunzione, salvo che tali indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile.

Un'ulteriore ipotesi di perizia disposta in sede di incidente probatorio è prevista dall'art. 392, comma 2, che nella sua versione originaria, antecedentemente alla modifica apportata dall'art. 28, legge 30 giugno 2009, n. 85, appariva totalmente ispirata

*da radicale inattendibilità, tanto da renderla processualmente inutile: è il caso delle analisi su campioni di sostanza stupefacente deterioratisi in maniera tale da non permettere di stabilirne la quantità di principio attivo». Per ulteriori considerazioni al riguardo, v. K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, p. 585 ss.*

²⁹⁹ Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77, in *Giur. cost.*, 1994, p. 776, con nota di G. Dean; ed in *Cass. pen.*, 1994, p. 1788, con nota di A. Macchia. Detta pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui «non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere chiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare», rilevando, in sede motivazionale, come sotto il profilo sistematico l'interruzione, durante l'intero corso dell'udienza preliminare, della possibilità di acquisizione di prove non rinviabili risultasse contraddittoria rispetto alla «continuità che il legislatore ha assicurato all'attività di indagine prevedendo che essa possa proseguire anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio ... e dopo il decreto che dispone il giudizio ..., ben potendo darsi che per taluno degli elementi in tal modo acquisiti insorgano le situazioni di non differibilità della prova previste dall'art. 392». Per un'analisi di questa sentenza, v. A. CASELLI LAPESCHI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull'apertura della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 97 ss.; G. DEAN, *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 780 ss.; A. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, p. 214 ss.; A. GIARDA, *L'incidente probatorio oltre i confini delle indagini preliminari*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 554 ss.; A. MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1790 ss.; A. VIRGILIO, *Proponibilità dell'incidente probatorio nell'udienza preliminare: riflessioni*, in *Giust. pen.*, 1994, I, c. 129 ss.; M. VOGLIOTTI, *Prime, brevi considerazioni sui rapporti tra incidente probatorio e udienza preliminare*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 308 ss. Va ricordato come successivamente la Corte costituzionale, chiarendo alcuni dubbi interpretativi originati dalla pronuncia n. 77/1994, abbia precisato che l'incidente probatorio nel corso dell'udienza preliminare deve ritenersi ammesso anche qualora l'indifferibilità della prova emerga prima del deposito della richiesta di rinvio a giudizio, ma quando risulti ormai scaduto il termine per il compimento delle indagini preliminari: v. Corte cost., ord. 10 luglio 2002, n. 368, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3749; ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 499 ss., con nota di G. Lozzi.

³⁰⁰ Al fine di cercare di chiarire le ragioni che avevano suggerito al legislatore di escludere la possibilità di disporre la perizia in sede di udienza preliminare, anche nelle ipotesi di "supplemento probatorio" configurate dall'originario disposto dell'art. 422 c.p.p., R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 313, ha affermato che ciò era forse dovuto alla volontà di assicurare una particolare "agilità" a detta fase «*agilità che probabilmente si temeva di vedere compromessa dai tempi lunghi di una perizia*».

alla volontà di “snellire” le scadenze temporali del dibattimento³⁰¹. Infatti in base a tale disposizione il pubblico ministero e l’indagato possono chiedere l’espletamento con incidente probatorio di una perizia che «*se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni*», e dunque una sospensione eccedente il termine massimo concedibile, ai sensi dell’art. 508 c.p.p., per l’espletamento della perizia in fase dibattimentale³⁰².

Onde realizzare il principio della “concentrazione del dibattimento”, si è pertanto configurata questa modalità anticipata di assunzione della prova peritale, la cui rilevanza pratica appare evidente considerando come «*difficilmente una perizia possa concludersi entro un termine inferiore a sessanta giorni*»³⁰³.

Pur successivamente alla pronuncia n. 77/1994 della Corte costituzionale, questa ulteriore ipotesi di incidente probatorio sembrerebbe preclusa in relazione alla fase dell’udienza preliminare. Infatti i rilievi espressi da una parte della dottrina, volti ad evidenziare che le considerazioni sulle quali risultava basata tale pronuncia non risultavano estensibili all’ambito preso in esame dall’art. 392, comma 2, sono stati avallati dalla stessa Corte costituzionale, che, con una serie di ulteriori interventi, ha sottolineato come la dichiarazione di parziale illegittimità dell’art. 392 c.p.p. fosse incentrata sulla *ratio* diretta a scongiurare il rischio di dispersione delle prove, certamente insussistente con riferimento alla perizia disposta al solo fine di evitare un possibile allungamento dei tempi di celebrazione del dibattimento³⁰⁴.

³⁰¹ V., al riguardo, M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 348; P.L. VIGNA, *Art. 392*, cit., p. 469.

³⁰² Sul carattere ordinatorio di detto termine v., peraltro, M. MUSSO, *Sub art. 227*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, cit., p. 617.

³⁰³ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., p. 592.

³⁰⁴ Corte cost., ord. 10 luglio 2002 n. 368, cit. Con tale pronuncia di manifesta infondatezza la Consulta ha negato che possa essere assunta con incidente probatorio in sede di udienza preliminare una perizia che dovrebbe essere esperita ai sensi dell’art. 392, comma 2, c.p.p., in quanto, se disposta nel dibattimento, ne determinerebbe presumibilmente una sospensione superiore ai sessanta giorni. V. successivamente, per un ulteriore intervento in tal senso, Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 249, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1080, con nota di G. Di Chiara. Bisogna ricordare come, nell’analizzare la pronuncia n. 77/1994, alcuni commentatori avessero rilevato che, nonostante il suo generale riferimento a tutte le ipotesi delineate dall’art. 392 c.p.p., la sua *ratio decidendi* era comunque incentrata sulla necessità di evitare il rischio di dispersione della prova, derivante dall’indifferibilità di determinati accertamenti. Non appariva pertanto chiaro se dovessero o meno essere ricomprese nella sua portata anche le altre situazioni, e dunque se fosse possibile l’espletamento della perizia, mediante incidente probatorio nel corso dell’udienza preliminare, con riferimento al caso delineato dall’art. 392, comma 2, c.p.p., onde garantire la concentrazione del dibattimento, evitando così l’effettuazione in tale fase di una perizia la cui durata potesse risultare superiore ai sessanta giorni; v. sul punto, con un’impostazione volta a fornire una risposta negativa al quesito, A. CASELLI LAPE-SCHI, *L’incidente probatorio nell’udienza preliminare: un’opinione critica sull’“apertura” della Corte costituzionale*, cit., p. 110; G. DEAN, *Nuovi limiti cronologici dell’incidente probatorio*, cit., p. 786; G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., p. 220; A. MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., p. 1792. I dubbi in materia sono stati tuttavia chiariti, come abbiamo osservato, dal giudice delle leggi. In particolare, Corte cost., ord. 10 luglio 2002, n. 368, cit., p. 3749, ha affermato che la prova assumibile ai sensi dell’art. 392, comma 2, c «*non è tra quelle suscettibili di essere esposte al rischio di irrimediabile dispersione, mentre è esclusivamente in considerazione di tale rischio che questa Corte ha ravvisato l’esigenza di*

La previsione delineata dall'art. 392, comma 2, era stata fatta oggetto di taluni rilievi critici, tendenti ad osservare che in questo caso il prezzo pagato per realizzare la finalità di snellimento della fase dibattimentale è rappresentato da un conseguenziale allungamento della fase delle indagini preliminari. Si era inoltre aggiunto che in un modello a stampo accusatorio dovrebbe essere riservata al dibattimento l'effettuazione degli accertamenti peritali di maggiore complessità³⁰⁵, sottolineandosi che comunque l'esigenza di speditezza risulterebbe «*contraddetta dall'obbligo di reiterare la perizia in dibattimento, che si evince dal quinto comma dell'art. 468*»³⁰⁶.

Al riguardo vanno tuttavia svolte alcune riflessioni, che permettono di ridimensionare la portata di tali censure. Il fatto che il perito debba essere citato d'ufficio dal presidente, onde essere sentito nel corso del dibattimento, non implica che l'effettuazione della perizia in sede di incidente probatorio si riveli inutile e non permetta di ridurre i tempi di celebrazione del giudizio, giacché al dibattimento il perito poi espone oralmente la propria relazione e risponde alle domande formulategli dalle parti sulla base degli accertamenti previamente compiuti proprio nel corso dell'incidente probatorio.

A seguito dell'interpolazione operata dall'art. 28, legge n. 85/2009, l'art. 392,

«*garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova*», a sua volta espressione del diritto di difesa»; la Consulta, precisando il senso della propria precedente pronuncia n. 77/1994, ha affermato che «*consentire l'assunzione mediante incidente probatorio di prove non esposte al rischio di irrimediabile dispersione anche dopo la scadenza del termine per le indagini preliminari comporterebbe una profonda alterazione dei rapporti tra tale fase e il giudizio e una irragionevole dilatazione della durata delle indagini e, quindi, dei tempi del procedimento*». Il giudice delle leggi si era già espresso in questo senso con una pronuncia di manifesta inammissibilità: Corte cost., ord. 9 maggio 2001 n. 118, in *Giur. cost.*, 2001, p. 959, con nota di P. Renon. Anche in tale occasione il giudice delle leggi si era richiamato alla propria precedente decisione n. 77/1994, ricordando come detta pronuncia avesse sottolineato che la chiusura delle indagini preliminari non deve vanificare la necessità di assicurare eventuali prove indifferibili, che può insorgere per la prima volta anche successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio; erano state dunque le considerazioni attinenti alla concreta indifferibilità della prova, in relazione al pericolo della sua perdita irrimediabile, a giustificare la possibilità di una sua assunzione anticipata anche nella fase dell'udienza preliminare. Partendo da tali premesse l'ord. n. 118/2001 aveva rimarcato che «*proprio stando alla ratio della sent. n. 77 del 1994 ... sarebbe (invece) palesemente incongruo differire la vocatio in ius per l'assunzione di una prova per la quale non sia ravvisabile alcun pericolo nel ritardo*». L'analisi di tale ordinanza aveva indotto P. RENON, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 969 ad affermare acutamente che essa sembrava dare «*una sorta di "interpretazione autentica"*» della sent. n. 77/1994, e che «*l'adozione di tale impostazione esegetica potrebbe portare a ritenere che, nel corso dell'udienza preliminare, per procedere con incidente all'assunzione di una perizia sia necessaria la sussistenza delle condizioni di indifferibilità indicate nella lett. f) dell'art. 392 comma 1 c.p.p.*»; un'autorevole presa di posizione in tal senso proveniva poi da E. MARZADURI, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, in *Guida dir.*, 2002, n. 33, p. 81 ss. Si esprime invece a favore dell'opposta soluzione «estensiva» F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, pp. 329 e 330.; nonché F. VERGINE, *Incidente probatorio ed udienza preliminare tra autonomia ed interferenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1493 ss. Per un recente approfondimento di dette problematiche v., infine, G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., pp. 247 e 248.

³⁰⁵ V., in tal senso, D. BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 74 ss.; analogamente, T. MAZZUCCA, *L'incidente probatorio*, cit., c. 79.

³⁰⁶ D. BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo penale*, cit., c. 75.

comma 2, ultima parte prevede ora un ulteriore caso di possibile ricorso all'incidente probatorio, configurabile qualora l'effettuazione della perizia «comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224-bis».

Detta situazione presenta aspetti di convergenza assai limitati con quella delineata nella prima parte dell'art. 392, comma 2, in quanto il rischio di un possibile futuro allungamento dei tempi di celebrazione dibattimentale, connesso all'espletamento di detta tipologia di perizia, e la conseguente esigenza di concentrazione processuale appaiono in tal caso assai meno avvertibili.

Venendo alla concreta regolamentazione della perizia disposta in sede di incidente probatorio, va osservato che, ai sensi dell'art. 401, comma 5, nell'udienza, che si svolge in camera di consiglio, «le prove sono assunte con le forme stabilite per il dibattimento»; qualora a causa della complessità dei quesiti il perito non possa rispondere immediatamente, il giudice è tenuto a fissare la data di una nuova udienza, nella quale si dovrà procedere all'esame del perito.

Alla perizia disposta con incidente probatorio può partecipare la persona offesa dal reato mediante la nomina di un proprio consulente tecnico. Tale conclusione risulta confermata da una pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale³⁰⁷, emessa in relazione ad un'eccezione di legittimità dell'art. 401, con cui la Consulta ha sottolineato il «rapporto di complementarità» tra le garanzie riconosciute alla persona offesa nell'ambito delle indagini preliminari e quelle attribuite alla parte civile nella fase successiva all'instaurazione dell'azione penale.

Sempre per quanto concerne le ipotesi di perizie disposte nelle fasi antecedenti al dibattimento, va ricordato che per effetto della sostituzione operata dall'art. 22, legge 16 dicembre 1999, n. 479, è possibile per il giudice disporre la perizia *ex officio* anche qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 422, comma 1, c.p.p., e cioè laddove appaia evidente la decisività della prova ai fini della sentenza di non luogo a procedere³⁰⁸; infatti anche l'espletamento della perizia può rientrare in questo contesto³⁰⁹.

L'imputato, a sua volta, può subordinare l'istanza di richiesta di giudizio abbreviato, di cui all'art. 438, comma 5, all'espletamento di una perizia ritenuta decisiva³¹⁰.

La perizia può essere assunta anche in sede predibattimentale, ai sensi dell'art. 467³¹¹, laddove ricorra l'urgenza di assumere una prova non rinviabile e vi sia una richiesta di parte in tal senso.

³⁰⁷ Corte cost. 28 dicembre 1990, n. 559, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3188.

³⁰⁸ V., al riguardo, F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, cit., pp. 329-330.

³⁰⁹ Cfr., in tal senso, F. GALLUZZO, *La perizia disposta dal g.u.p. è utilizzabile ai fini della decisione: è ancora indispensabile l'udienza preliminare?*, in *Giust. pen.*, 2011, n. 6, c. 2291: «il tenore letterale dell'art. 422 c.p.p. non dovrebbe consentire alcun dubbio circa la mancanza di limiti all'attività istruttoria conducibile dal g.u.p.: la norma, del resto, fa espresso riferimento alla perizia».

³¹⁰ Cfr. G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 249.

³¹¹ V., sul punto, A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 154; per ulteriori considerazioni v., volendo, P.P. RIVELLO, *Gli atti preliminari al dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 323.

18. *La perizia dibattimentale*

Nel delineare la perizia dibattimentale occorre partire dall'analisi dell'art. 468 c.p.p., che disciplina la citazione dei periti (e dei consulenti tecnici), stabilendo al comma 1 che, così come previsto per i testimoni, qualora le parti intendano richiederne l'escussione esse sono tenute a depositare in cancelleria, a pena di inammissibilità, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento la lista contenente l'indicazione delle circostanze su cui dovrà vertere l'esame.

In base al successivo comma 2 il presidente del tribunale o della corte di assise, quando ne sia fatta richiesta, autorizza con decreto la citazione; egli può disporre l'effettuazione della citazione o per la data di inizio del dibattimento o per un'udienza successiva.

La norma sovramenzionata, pur disciplinando l'autorizzazione alla citazione sia dei testimoni che dei periti e dei consulenti tecnici (nonché degli imputati in procedimenti connessi, *ex art.* 210), impone l'esclusione delle sole «testimonianze» vietate dalla legge o manifestamente sovrabbondanti; sembrerebbe pertanto che il legislatore abbia operato una valutazione presuntiva di non manifesta sovrabbondanza con riferimento all'esame dei periti o dei consulenti tecnici.

L'art. 468, comma 5, prevede che il presidente disponga di ufficio la citazione del perito nominato nell'incidente probatorio, con riferimento alle ipotesi delineate dall'art. 392, comma 2, concernenti la perizia che potrebbe determinare una sospensione del dibattimento superiore ai sessanta giorni e quella che comporta l'esecuzione di accertamenti o prelievi coattivi, ai sensi dell'art. 224-*bis* c.p.p.

Conseguentemente, il mancato adempimento dell'onere, gravante sulla parte interessata, di indicare in lista il perito del quale si intenda chiedere la citazione per il dibattimento non dovrebbe determinare in tal caso alcun effetto ostativo³¹².

In base al dettato dell'art. 468, comma 5, che del delineare le ipotesi di citazione d'ufficio dell'esperto richiama l'art. 392, comma 2, ma non l'art. 392, comma 1, lett. *f*), il presidente non ha invece l'obbligo di citare il perito precedentemente nominato in occasione della perizia "urgente", e cioè della perizia riguardante «una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile».

Appare dunque corretto operare una bipartizione tra le ipotesi di perizia "nuova" e quelle concernenti la perizia già espletata nelle fasi antecedenti al dibattimento³¹³, e delineare poi, all'interno di questo secondo gruppo, un'ulteriore distinzione tra le perizie svolte con incidente probatorio *ex art.* 392, comma 2, in relazione alle quali è prevista la citazione d'ufficio del perito da parte del presidente, e quelle effettuate ai sensi dell'art. 392, comma 1, lett. *f*).

Qualora le parti intendano chiedere una perizia "nuova", citando a dibattimento un perito che non abbia ancora espletato la sua attività nelle fasi procedurali antecedenti, esse devono limitarsi a formulare una richiesta in tal senso, non potendo ovviamente indicare il nominativo dell'esperto, in quanto il potere di nomina è riservato all'autorità giudiziaria.

³¹² R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 347; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 144.

³¹³ A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 154.

La perizia dibattimentale può essere espletata anche durante il periodo di sospensione feriale dei termini, in virtù dell'art. 240-*bis* norme att. c.p.p.; in tal caso si procede ai sensi dell'art. 467 c.p.p., concernente gli atti urgenti da assumere nel corso degli atti preliminari al dibattimento.

Relativamente all'ordine da seguire nell'esame dei periti, va richiamata la disciplina generale, delineata dall'art. 496 c.p.p.³¹⁴, volta a frazionare l'escussione dibattimentale tra il "caso" della pubblica accusa e quello della difesa; l'esame del perito indicato dal pubblico ministero, rappresentando un segmento facente parte del "caso" della pubblica accusa, precederà dunque l'assunzione delle prove richieste dalla difesa dell'imputato, fatta salva l'ipotesi in cui le parti abbiano concordato un diverso ordine, *ex art.* 496, comma 2.

Non appaiono individuabili delle plausibili ragioni volte a ritenere che solo la perizia debba essere posizionata temporalmente in un momento diverso rispetto agli altri mezzi di prova³¹⁵.

L'art. 501, comma 1, sottopone, nei limiti della compatibilità, l'esame dei periti alla stessa disciplina prevista per i testimoni³¹⁶; questa disposizione è stata suggestivamente definita in dottrina come una norma "valvola"³¹⁷, in quanto impone di volta in volta di valutare se debbano essere operate delle "aperture" o delle "chiusure" in sede interpretativa, e cioè, fuor di metafora, se, a seconda dei casi, la posizione dei periti vada o meno assimilata a quella dei testi.

Pochi dubbi possono sussistere circa il fatto che l'esame del perito debba svolgersi secondo le cadenze dell'esame incrociato delineate dall'art. 498 c.p.p., volto a regolamentare le modalità dell'esame diretto, del controesame e dell'eventuale riesame.

Tra le prescrizioni, concernenti la testimonianza, inconciliabili con le connotazioni della perizia va invece sicuramente indicata quella relativa al divieto, espresso dall'art. 194, comma 3, c.p.p., di formulare degli apprezzamenti personali. Occorre infatti osservare che, al contrario, il perito ed il consulente sono espressamente chiamati, in virtù della loro funzione, ad esprimere pareri e valutazioni³¹⁸.

È invece controverso se debba parimenti escludersi, con riferimento all'esame del perito e del consulente tecnico, l'applicabilità del disposto dell'art. 499, comma 1, c.p.p., diretto ad imporre che l'esame si svolga mediante domande su fatti specifici.

³¹⁴ Cfr. R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 348; nonché, volendo, P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 474.

³¹⁵ Come osservato da A. MACCHIA, *Sub art. 508*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. V, Torino, 1991, p. 395 «*ove così non fosse, si dovrebbe pervenire alla paradossale conseguenza di ritenere che solo la perizia si collochi in una sede "extravagante" della istruttoria dibattimentale, in aperto contrasto con lo spirito e la stessa lettera del codice*».

³¹⁶ A. MACCHIA, *Sub art. 501*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. V, cit., p. 299, sottolinea al riguardo come l'attuale sistema codicistico abbia recepito dai modelli di tradizione anglosassone «*la configurazione dell'esame del teste come una sorta di archetipo sulla cui falsariga modellare la disciplina della escussione di tutti i mezzi di prova orale*».

³¹⁷ E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 171.

³¹⁸ V., al riguardo, A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 66; F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 209.

Sebbene una parte della dottrina abbia accolto la tesi dell'inapplicabilità³¹⁹, riteniamo che le parti debbano poter rivolgere delle domande ben precise anche sulle materie tecnico scientifiche volte ad esigere il contributo degli esperti³²⁰. Semmai in taluni casi si dovrebbe poi ammettere una narrazione "continuata", onde permettere agli esperti di fornire delle spiegazioni sufficientemente articolate³²¹.

Il legislatore non prevede che le domande da rivolgere ai periti possano essere formulate direttamente dai consulenti tecnici; pertanto, pur essendo molto spesso ispirate dalle indicazioni provenienti da questi ultimi, esse devono provenire formalmente dal difensore o dal pubblico ministero, come è stato ribadito a più riprese dalla giurisprudenza³²². Il codice infatti ha disposto, all'art. 230, comma 2, che i consulenti tecnici possano formulare al perito «osservazioni e riserve» nel corso delle operazioni peritali, ma non ha introdotto, con riferimento alla fase dibattimentale, un regime ispirato ad un diretto colloquio fra gli "esperti". Costoro pertanto non sono autorizzati a "dialogare" fra loro nel corso del dibattimento, in quanto le domande che i consulenti tecnici intendono rivolgere ai periti e ai consulenti tecnici della controparte devono necessariamente essere "veicolate" ad opera del difensore o del pubblico ministero, i quali in tal modo risultano costretti a tradurre in un linguaggio molto spesso scorretto dal punto di vista tecnico-scientifico le richieste di chiarimenti provenienti dai rispettivi consulenti³²³.

Occorre tuttavia riconoscere che una diversa impostazione, tale da consentire il "colloquio diretto" tra gli esperti e volta pertanto ad ammettere che i consulenti tecnici possano rivolgere personalmente delle domande al perito nel corso del suo esame, sarebbe a sua volta suscettibile di non minori rilievi critici, in quanto in tal modo verrebbe sottratto al difensore ed al pubblico ministero il potere di valutare, ai fini del perseguimento dei propri obiettivi di strategia giudiziaria, l'opportunità di approfondire o meno determinate questioni nel corso dell'escussione. Inoltre il dibattimento rischierebbe di trasformarsi in una sorta di "accademia" scientifica, caratterizzata dall'utilizzazione di un linguaggio del tutto incomprensibile al pubblico, alle parti ed al giudice, a causa del suo ostico tecnicismo; invece la formulazione delle domande ad opera del difensore e del pubblico ministero, pur potendo alterare la correttezza di alcune prospettazioni tecniche, permette di ricondurre le tematiche in oggetto entro un contesto maggiormente fruibile anche dai "non esperti".

³¹⁹ F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 262.

³²⁰ V., in tal senso, A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., pp. 307 e 308; analogamente, R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 918.

³²¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 340. Anche secondo A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., p. 308 «la formula normativa richiede un calibrato adattamento, dal momento che periti e consulenti, più che su "fatti determinati", saranno chiamati a rispondere sui diversi aspetti che hanno formato oggetto della rispettiva attività».

³²² Sull'impossibilità per i consulenti tecnici di operare direttamente una sorta di controesame dei periti o degli altri consulenti, v. Cass., sez. III, 9 giugno 2009, Raso, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3133; Cass., sez. I, 10 luglio 2002, Botticelli, cit., p. 593.

³²³ M. ROSSI, *L'estromissione del consulente: riflessioni sul ruolo dell'esperto della difesa fuori dei casi di perizia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4247, osserva che la soluzione accolta dal legislatore «è poco funzionale alle esigenze del contraddittorio, in quanto configura un inutile dialogo a tre» su questioni che solo l'esperto «è in grado di valutare nella loro reale portata».

Proseguendo nella disamina volta ad indicare quali disposizioni concernenti l'esame dei testimoni possano essere ritenute adattabili alla specificità della materia in esame, va osservato che è certamente inapplicabile all'esame dei periti e dei consulenti tecnici il divieto, previsto nei confronti dei testimoni dall'art. 499, comma 2, di formulare delle domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte; non sembra infatti aver molto senso parlare di "sincerità" in relazione ad un parere di carattere tecnico, scientifico od artistico³²⁴.

Risulta parimenti inoperante il divieto, ex art. 499, comma 3, posto a carico dell'esaminante diretto, di formulare delle domande che tendano a suggerire le risposte; con riferimento ad un parere tecnico ha poco significato esigere la "spontaneità" delle stesse; è comunque improbabile che chi formula la domanda possa in tal caso dare un "suggerimento" rispetto alle complesse tematiche costituenti oggetto della perizia, ove il livello di competenza dell'esaminato non è in alcun modo comparabile con quello dell'esaminante, sovrastandolo in maniera nettissima.

Anche la disciplina delle contestazioni assume una connotazione peculiare in relazione al contributo peritale e vede parzialmente depotenziata la sua valenza³²⁵.

Talune ulteriori differenziazioni rispetto al regime dell'escussione dei testi derivano poi dall'espresso dettato normativo. Mentre per i testimoni l'art. 499, comma 5, subordina ad un'autorizzazione del presidente la possibilità di consultazione di documenti dagli stessi redatti³²⁶, l'art. 501, comma 2, c.p.p. stabilisce invece che il perito abbia «in ogni caso» la facoltà di consultare «documenti, note scritte e pubblicazioni», che possono essere acquisite anche di ufficio, diventando in tal modo utilizzabili ai fini della decisione³²⁷.

D'altro canto, per i periti non vale il divieto, fissato nei confronti dei testi dall'art. 149 norme att. c.p.p., di comunicare con le parti prima di deporre, o di assistere agli altri esami testimoniali o di vedere o udire ciò che avviene nell'aula di udienza; l'art.

³²⁴ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 146; analogamente, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 342; nonché, A. MACCHIA, *Art. 501*, cit., p. 308. In senso contrario v. invece A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, cit., p. 67, che giudica operante il predetto divieto anche nel corso dell'esame dei periti.

³²⁵ A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., p. 310 ss.; analogamente, v. R. ADORNO, voce *Perizia (diritto processuale penale)*, cit., p. 919: «non pare armonizzarsi integralmente con l'esame del perito la disciplina delle contestazioni ex art. 500 c.p.p. ... invero, ... (essa) ha un senso rispetto alla posizione di chi è chiamato a fornire un contributo di tipo narrativo su quanto ha appreso in ordine a determinati fatti ... del tutto diversa è la situazione di chi ha coadiuvato il giudice in un accertamento di tipo specialistico, dal momento che in linea di massima non vi sono ragioni per ritenere l'opinione espressa precedentemente più genuina o affidabile rispetto a quella resa in dibattimento». Secondo N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 396, il meccanismo delle contestazioni, delineato dall'art. 500 c.p.p. «parrebbe doversi ritenere escluso a priori» con riferimento all'esame del perito.

³²⁶ Cass., Sez. Un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2892, ha rilevato che se il documento contiene una serie di dati numerici il teste può essere autorizzato alla completa lettura del documento stesso; laddove si sia invece in presenza di appunti relativi ad un determinato accadimento di carattere storico, il teste dovrà limitarsi a visionare il documento, al fine di rivivificare la memoria di tale episodio. In tal senso v. anche Cass., sez. I, 14 gennaio 2009, Carpino, *ivi*, 2009, p. 2435.

³²⁷ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 145.

228, comma 2, c.p.p. dispone infatti che essi possono essere autorizzati ad assistere all'esame delle parti ed all'assunzione delle prove. L'estensione di tale divieto ai periti sarebbe stata del tutto irrazionale; la stessa autorizzazione giudiziale al riguardo appare priva di effettivo significato, essendo incomprensibile il timore che il parere tecnico offerto in ambito peritale possa essere alterato dal fatto che l'esperto venga a conoscenza di quanto avviene nel corso del dibattimento³²⁸. Il legislatore pertanto avrebbe dovuto mostrarsi ancora più risoluto, e riconoscere *tout court* ai periti il diritto di assistere, senza necessità di preventive autorizzazioni, all'intero svolgimento dell'udienza.

Infine occorre ricordare che ai periti non va rivolto l'avvertimento, ad opera del presidente del collegio, concernente l'obbligo di «dire la verità», previsto invece per i testi dall'art. 497, comma 2, c.p.p.³²⁹, e che i periti, prima di essere esaminati, non devono rendere la dichiarazione imposta dal predetto art. 497, comma 2³³⁰, risultando essi già vincolati all'impegno, assunto al momento del conferimento dell'incarico, espresso in base alla formula di cui all'art. 226 c.p.p.

La perizia può essere disposta d'ufficio dal giudice in sede dibattimentale. In questo caso gli elementi di differenziazione rispetto all'assunzione degli altri mezzi di prova sono rappresentati dal fatto che tale possibilità non risulta subordinata alla sussistenza del presupposto dell'"assoluta necessità", previsto dall'art. 507 c.p.p.³³¹, e non è neppure sottoposta alla limitazione temporale configurata dalla norma sovraccitata, in base alla quale l'assunzione di nuovi mezzi di prova può essere consentita solo dopo che sia terminata l'acquisizione di tutte le prove precedentemente ammesse.

In tal modo è possibile evitare il compimento di attività processuali che rischierebbero di apparire del tutto inutili. Si faccia l'ipotesi in cui, pur potendosi presumere, ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.p., che, a causa di un'infermità mentale, l'imputato non sia in grado di partecipare coscientemente al processo, nessuna delle parti abbia domandato l'espletamento di una perizia al riguardo; non avrebbe senso ritenere che il giudice debba attendere l'assunzione delle altre prove prima di disporre l'effettuazione di un accertamento peritale relativo a questo aspetto³³².

Ai sensi dell'art. 508, comma 1, c.p.p. se l'autorità giudiziaria, di ufficio o su richiesta di parte, dispone una perizia il perito «è immediatamente citato a comparire e deve esporre il suo parere nello stesso dibattimento». Nell'eventualità in cui non sia possibile provvedere in tal modo, il giudice pronuncia ordinanza con la quale, se è necessario, sospende il dibattimento, fissando la data della nuova udienza nel termine massimo di sessanta giorni (peraltro meramente ordinatorio³³³), e designando un componente del collegio per l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 228 c.p.p.

La sospensione del dibattimento risulta inevitabile solo qualora siano già state

³²⁸ V., in tal senso, A. MACCHIA, *Sub art. 501*, cit., p. 301; nonché, volendo, P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., pp. 220-221.

³²⁹ Cfr. P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, cit., p. 474.

³³⁰ Cfr. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 145; P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, cit., p. 474.

³³¹ R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 348; G. VARRASO, *La prova tecnica*, cit., p. 251.

³³² V., al riguardo, P.P. RIVELLO, voce *Perito e perizia*, cit., p. 475.

³³³ V., in tal senso, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 350; A. GASPARINI, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, cit., p. 155.

esaurite tutte le varie attività di acquisizione probatoria, e cioè laddove l'espletamento della perizia si ponga all'esito di un'istruzione dibattimentale ormai quasi conclusa. Essa si rivela invece assolutamente superflua e in contrasto con le esigenze di accelerazione processuale se rimangono ancora da espletare degli altri incombeni³³⁴.

Secondo quanto previsto dall'art. 508, comma 3, c.p.p. «*nella nuova udienza il perito risponde ai quesiti ed è esaminato a norma dell'articolo 501*»³³⁵.

Nel rispetto del principio dell'oralità, in base all'art. 511, comma 3, la lettura della relazione peritale può essere disposta solo dopo l'esame del perito; essa è comunque indefettibile, in quanto il semplice inserimento nel fascicolo dibattimentale della relazione, in assenza di tale lettura (o del meccanismo surrogatorio rappresentato dall'indicazione degli atti, ai sensi dell'art. 511, comma 5), non permetterebbe di far ritenere "acquisita" la relazione peritale.

Qualora la perizia sia stata esperita nel corso dell'incidente probatorio e venga poi disposta d'ufficio dal presidente la citazione per il dibattimento, ai sensi dell'art. 468, comma 5, o tale citazione sia richiesta dalle parti, l'esperto deve essere nuovamente sentito nel corso dell'udienza dibattimentale.

Peraltro solo una parte della giurisprudenza ricollega al mancato esame dibattimentale del perito l'inutilizzabilità della relazione peritale, depositata nel corso dell'incidente probatorio ed inserita nel fascicolo per il dibattimento³³⁶. Numerose decisioni hanno invece ritenuto che il mancato esame orale, nel corso del dibattimento, prima della lettura della relazione scritta, del perito già escusso in sede di incidente probatorio non determini l'inutilizzabilità del contenuto di detta relazione ma, comportando comunque una violazione del contraddittorio, integri una nullità d'ordine generale a regime intermedio *ex art. 178, lett. b)* o *ex art. 178, lett. c)*, soggetta ai limiti di deducibilità configurati dagli artt. 180 e 182 c.p.p. ed alla sanatoria prevista dall'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p.³³⁷. Talora, alla luce di una tesi difficilmente

³³⁴ Nella *Relazione testo def. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, p. 192, viene sottolineato che potrebbe infatti «*verificarsi l'evenienza di una lunga istruttoria dibattimentale contemporaneamente alla quale il perito svolge i suoi accertamenti*». V., sul punto, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 350.

³³⁵ F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, cit., p. 239 afferma che tale formulazione, volta a differenziare la risposta ai quesiti dall'esame «*pare distinguere due momenti nella comunicazione tra perito e soggetti del processo. Anzitutto l'esperto, rivolgendosi essenzialmente al giudice, espone il proprio parere rispondendo ai quesiti postigli a norma dell'art. 226. Dopo tale esposizione, e quindi in un successivo momento, il perito si rivolge prevalentemente alle parti rispondendo alle loro domande nel corso dell'esame incrociato*».

³³⁶ Cass., sez. I, 6 febbraio 1997, Romano, in *Cass. pen.*, 1998, p. 515, con nota critica di R. Cantone. In tal senso v. anche Cass., sez. V, 10 novembre 1995, Sibilla, in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 176.

³³⁷ Cass., sez. I, 19 marzo 2004, D'Anna, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2624; analogamente Cass., sez. VI, 10 giugno 1998, Sparacino, *ivi*, 1999, p. 2949; Cass., sez. V, 10 novembre 1995, Sibilla, *ivi*, 1996, p. 3067; Cass., sez. I, 19 giugno 1995, Giordano, *ivi*, 1997, p. 99; nonché Cass., sez. VI, 8 marzo 1991, D'Acci, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 598, con nota contraria di A.V. Seghetti. A favore di detta soluzione v., in dottrina, R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 358; R. CANTONE, *Esame del perito e lettura della relazione scritta nella regola dettata dall'art. 511 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 525; E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, *ivi*, 2003, p. 4040; D. POTETTI, *Art. 228 comma 3 del c.p.p.: il «perito istruttore»*, cit., p. 1547. In senso critico, invece, nei confronti dell'affermazione diretta a ravvisare una nullità soggetta a sanatoria ai sensi dell'art. 183 c.p.p. v. O. DO-

condivisibile, è stato radicalmente negato che possa ritenersi configurabile alcuna conseguenza processuale, sia in termini di inutilizzabilità che di nullità, ravvisandosi la sussistenza di una mera irregolarità³³⁸. Si è infatti sostenuto, al fine di escludere l'inutilizzabilità degli atti in caso di lettura non preceduta dall'escussione orale del perito, che tale omissione non inciderebbe sulla legittimità dell'acquisizione delle prove, precisandosi che l'art. 191 c.p.p. fa riferimento, nel delineare il concetto di inutilizzabilità, al solo concetto di "acquisizione" e, quindi, ad un'attività che, logicamente e cronologicamente, si distingue, precedendola, dalla lettura o dall'indicazione degli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento (dimenticando peraltro che, in realtà, il processo acquisitivo in tal caso può dirsi perfezionato solo successivamente all'effettuazione della lettura³³⁹). È stato parimenti negato, stante la mancanza di una specifica previsione in tal senso, che l'omesso esame del perito possa costituire una causa di nullità, escludendosi la correttezza dell'eventuale inquadramento fra le nullità a carattere generale di cui all'art. 178 c.p.p.³⁴⁰. Anche questa conclusione appare peraltro censurabile, in quanto in tal modo non si tiene conto del fatto che «la mancanza di contraddittorio nel momento formativo del mezzo di prova si traduce, con tutta evidenza, in una nullità dell'atto ex art. 178 lett. c) c.p.p.»³⁴¹.

In realtà l'esame orale può essere omesso esclusivamente in presenza di alcune peculiari circostanze. Ad esempio esso appare superfluo laddove vi sia stata una rinuncia dei difensori e del pubblico ministero all'escussione dell'esperto, previamente citato³⁴², o nel caso in cui le parti, non chiedendo l'escussione del perito, già sentito nell'incidente probatorio, manifestano in tal modo, implicitamente, il consenso alla sola lettura della relazione peritale³⁴³.

MINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 262, nota 122, il quale osserva che in tal caso «ciò che si viola è un aspetto di tipicità tassativa del catalogo concernente il nesso funzionale tra la fonte formale e l'assunzione di un dato elemento probatorio»; nonché, A.V. SEGHETTI, *Perizia dibattimentale, presentazione di una relazione scritta ed esame del perito*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 599.

³³⁸ Cass., sez. V, 15 dicembre 1998, Anastasiades, cit., p. 204; Cass., sez. IV, 29 ottobre 1996, Sinisi, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1222, con commento di M. Scarabello; Cass., sez. I, 7 luglio 1994, Tabasso, cit., p. 54.

³³⁹ V., in tal senso, P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, vol. I, Torino, 1990, p. 87, ove si sottolinea che la lettura rappresenta «la tappa culminante del procedimento acquisitivo»; nonché P.P. RIVELLO, voce *Lecture consentite e vietate*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 406; ID., voce *Perito e perizia*, cit., p. 475.

³⁴⁰ Cass., sez. VI, 24 maggio 1996, Vicari, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2141, con nota critica di M. Taddeucci Sassolini. Sempre nel senso dell'esclusione della sussistenza di una causa di nullità nell'ipotesi in cui la lettura della relazione peritale non sia preceduta dall'esame del perito v. anche Cass., sez. II, 10 febbraio 1994, Marotta, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 717.

³⁴¹ Cfr. M. TADDEUCCI SASSOLINI, *Nemini datur se defendere: non occorre l'esame del perito per utilizzare la perizia assunta in altro procedimento*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 2144 e 2145.

³⁴² E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 181.

³⁴³ Cfr. R. CANTONE, *Esame del perito e lettura della relazione scritta nella regola dettata dall'art. 511 c.p.p.*, cit., p. 525: «il comma 3 dell'art. 511 va interpretato nel senso che non si può disporre lettura prima dell'esame, ma solo se questo è effettivamente introdotto ed ammesso»; analogamente, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 395 e nota 394.