

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da ADOLFO SCALFATI

[www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it)

Anno III, N. 3 - 2013

## COMITATO DI DIREZIONE

*Ennio Amodio*

*Giuseppe Di Chiara*

*Paolo Ferrua*

*Giulio Garuti*

*Luigi Kalb*

*Sergio Lorusso*

*Mariano Menna*

*Gustavo Pansini*

*Francesco Peroni*

La libertà dell'indagato nel cappio  
della cultura inquisitoria

*Inquisitorial legacy and Right to freedom*

L'identificazione della voce  
quale investigazione atipica

*Identification of voice made by the police*

Le intercettazioni al Presidente della Repubblica  
devono essere distrutte

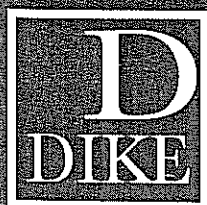
*The protection of the confidentiality of Presidential  
communications*

Nuove contestazioni a dibattimento  
e giudizio abbreviato

*New charges and "summary trial"*

Il regime delle "contestazioni a catena"

*The regulation of "contestazioni a catena"  
in the criminal justice system*



Giuridica Editrice

NOVELLA GALANTINI

*Professore ordinario di Procedura penale – Università di Milano Statale***Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi***Taking of evidence before the pre-trial judge  
and limitations of the rights of the defense*

Con questa pronuncia, il Gip ha rigettato la richiesta del difensore di procedere a perizia di "lunga durata" ritenendo di non possedere elementi sufficienti per valutare l'effettiva necessità di anticipare l'acquisizione della prova tecnica. L'Autore, nell'analizzare la disciplina sull'incidente probatorio, ne evidenzia i limiti in relazione alle preclusioni alla conoscenza degli atti poste alla difesa dell'indagato e i condizionamenti derivanti dalle scelte del pubblico ministero.

*The pre-trial judge denied the application of the defense to acquire expert evidence under Art. 392.2 c.p.p. He ruled that there is no basis for assessing the need to take evidence during the preliminary investigation. The Author, first reviews the code provisions regarding the subject; then points out that the lack of full discovery device undermines the right of the defense counsel to obtain the remedy sought.*

## LE PECULIARITÀ DEL CASO DI SPECIE

Che l'incidente probatorio sia uno strumento pressoché impraticabile e anche non appetibile per la difesa dell'indagato, appare insito nella sua struttura e disciplina. A darne conferma è il caso di specie che, pure nella sua singolarità, costituisce forse il punto di emersione delle difficoltà, in primo luogo, di accesso difensivo a quella cosiddetta "oasi giurisdizionale" che gli artt. 392 e ss. c.p.p. disciplinano<sup>1</sup>.

Si trattava della richiesta di perizia suscettibile di determinare una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.), presentata dai difensori di persona indagata per bancarotta. La richiesta si fondava sulla certificata iscrizione ex art. 335 c.p.p., anticipata dalla stampa che riferiva della pendenza del procedimento. A supporto della istanza veniva prodotta una consulenza tecnica.

La criticità della vicenda si è subito focalizzata nella mancanza di conoscenza di quanto era stato compiuto in indagini fino a quel momento, pur essendo stato riferito dai giornali che una consulenza tecnica del pubblico ministero era stata eseguita. Alla richiesta della difesa di disporre la perizia è

seguito il rigetto del Gip che di fatto non ha effettuato una valutazione di fondatezza della domanda a fronte della totale assenza di informazioni sul procedimento. In questo caso a mancare erano i presupposti minimi per un provvedimento, così che, nel vuoto delle condizioni valutative, si è optato per un diniego che racchiude in sostanza un *non liquet*. Il pubblico ministero si era infatti limitato a trasmettere con le sue deduzioni il fascicolo contenente soltanto la richiesta dei difensori, presentata prima al suo ufficio, e i documenti da questi allegati, avendo «ritenuto di non depositare alcun atto tra quelli compiuti nel corso delle indagini».

Non è dunque stato sufficiente quanto allegato dalla difesa che, avuta conoscenza dalla stampa dell'indagine per bancarotta a carico dell'imprenditore assistito, aveva provveduto a depositare una consulenza tecnica sulla posizione debitoria dell'indagato e gli articoli di stampa da cui si desumeva il percorso investigativo. Non è bastata neppure la certificazione ex art. 335 c.p.p. della avvenuta iscrizione per il reato di cui all'art. 216 l. fall. Il provvedimento di rigetto afferma infatti che si tratta di elementi inidonei a fondare la apertura del procedimento incidentale, ritenendo la «intempestività della richiesta», basata su «una mera congettura», e stabilendo che la «mancata formalizzazione dell'accusa (nemmeno in forma larvata o generica quale quella ricavabile dagli artt.

<sup>1</sup> A "isole contenziose o giurisdizionali" si riferiva già Cordeiro, *Diatribes sul processo accusatorio, Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 224.

321 e ss. c.p.p. o 272 e ss. c.p.p. o da una informazione di garanzia, per non parlare di una formale imputazione), rende di fatto impossibile la formulazione dei quesiti da affidare al perito». Da qui l'evidenza della totale inutilità della consulenza tecnica frutto dell'indagine difensiva preventiva, alla quale il Gip non attribuisce rilievo là dove afferma che «non è possibile stabilire se l'eventuale perizia comporterebbe una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni basandosi soltanto su una consulenza tecnica della difesa».

Alle argomentazioni in fatto seguono i richiami alle norme e alla giurisprudenza sulla inesistenza di «alcun obbligo», nei casi ordinari, «per il pubblico ministero di depositare gli atti di indagine compiuti», essendo «rimessa alla (sua) piena discrezionalità» di «valutare ..l'eventualità di procedere o meno a discovery anticipata degli atti». In sostanza, l'esigenza della difesa di conoscere il fascicolo deve «essere bilanciata con l'altrettanto importante esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini».

#### L'INCIDENZA DELLA DISCOVERY INCOMPLETA O TARDIVA SUI DIRITTI DELLA DIFESA

La richiesta ha dunque svelato le preclusioni all'accesso difensivo all'incidente probatorio, riflesse manifestamente nella perizia, in questo caso, di "lunga durata", nonché il ruolo condizionante del pubblico ministero.

Si tratta di una, tra le altre, delle manifestazioni della estraneità dell'incidente probatorio alle logiche della difesa, le cui cause sono da rinvenirsi negli obiettivi e nelle regole procedurali individuati per questo strumento, creato per favorire una minore rigidità dello sbarramento tra le fasi e nel contempo per garantire, quanto meno in astratto, un equo esito di prova alle operazioni ricostruttive dei fatti dettate dalla non rinviabilità. Già secondo la *ratio* originaria l'istituto si calava sostanzialmente nella fisiologia delle indagini preliminari, a tutelarne i passaggi più scoperti sul piano dell'efficacia futura. I mezzi di prova "in pericolo" venivano protetti nel loro divenire, ma pur sempre nella finalità di testare e fissare esiti investigativi fragili al passare del tempo<sup>2</sup>.

Le modifiche intervenute successivamente, attuative di un ampliamento dell'operatività dell'istituto anche a casi solo presuntivamente non rinviabili, hanno coltivato la finalità primaria di tutela delle risultanze investigative, senza peraltro generare una maggiore permeabilità all'accesso e ai fini della

<sup>2</sup> Per una approfondita ricostruzione della genesi dell'istituto, Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002, 546 ss.

difesa. Rimuovendo i requisiti originari della non rinviabilità per l'esame dell'indagato sul fatto altrui (art. 392 comma 1 lett. c) c.p.p.) o dell'imputato in procedimento connesso (art. 392 comma 1 lett. d) c.p.p.)<sup>3</sup>, si è rafforzato il sistema di "messa in sicurezza" di quanto fruibile dall'organo inquirente.

Né si può dire il contrario con riguardo agli inserimenti effettuati dalla legislazione speciale in materia di violenza e abusi sessuali, avviata a metà degli anni novanta e coltivata fino ad oggi, attraverso gli ulteriori e recenti interventi<sup>4</sup>. Con l'apertura alla acquisizione anticipata delle dichiarazioni testimoniali del minore o della persona offesa maggiorenne sulla scorta di una non rinviabilità solo presupposta (art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p.), si è giunti tra l'altro ad una costruzione disorganica, prossima ad un cortocircuito applicativo<sup>5</sup>, che ha comunque come effetto primario il salvataggio delle "prove" di accusa. Il susseguirsi delle integrazioni alle norme di base, nel delineare tra l'altro confusamente il rapporto tra la utilizzabilità del contributo probatorio del minore e del maggiorenne offeso dal reato (art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p.)<sup>6</sup>, ha peraltro fatto emergere che la finalità di proteggere il dichiarante dall'impatto dibattimentale non rappresenta lo scopo primario delle modifiche normative, visti i contenuti dell'art. 190 *bis*, comma 1, c.p.p. La disposizione, applicabile ai particolari casi speciali menzionati (art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p.), non stabilisce infatti una preclusione assoluta all'esame dibattimentale, non escludendone la ripetizione per fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni o qualora parti o giudice la ritengano necessaria per specifiche esigenze<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sulle modifiche apportate all'art. 392 c.p.p. dalla l. n. 267 del 1997, Scella, *Commento all'art. 4 l. 7.8.1997 n. 267, Legisl. pen.*, 1998, 331 ss.; Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 160.

<sup>4</sup> Sulla normativa di cui alla l. n. 66 del 1996, alla l. n. 269 del 1998, alla l. n. 228 del 2003 e n. 38 del 2006, Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, 2006. Ulteriori modifiche alla normativa penale e processuale sono state portate dalla l. n. 38 del 2009 e dalla l. n. 85 del 2009. Infine, sulla l. n. 172 del 2012, che in attuazione della Convenzione di Lanzarote, ha recentemente integrato la normativa con altre fattispecie, Capitta, *La legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge di ordinamento penitenziario*, *Dir. pen. contemp.*, 2012, 7.

<sup>5</sup> Sulle incoerenze della normativa v., volendo, Galantini, *Commento all'art. 392 c.p.p.*, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 911 (aggiornamento di C. Mori).

<sup>6</sup> Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 971; Cassibba, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, Mazza - Vigano (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 318.ii

<sup>7</sup> Per una analisi della disposizione, Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, 161. V., inoltre, Dinacci, *Il*



**È INAMMISSIBILE L'INCIDENTE PROBATORIO DIRETTO AD OTTENERE UNA PERIZIA DI LUNGA DURATA**

Che la dimensione dell'incidente probatorio sia anche in questo caso a misura dell'accusa, emerge nonostante la previsione della completa *discovery* degli atti di indagine (art. 393 comma 2 *bis* c.p.p., art. 398 comma 3 *bis* c.p.p.). La praticabilità e l'appetibilità dello strumento per la difesa dell'indagato non ne sono avvalorate anche solo pensando al fatto che la conoscenza degli atti può avvenire, se pure con molti *distinguo* in dottrina<sup>8</sup>, soltanto in relazione alla richiesta del pubblico ministero e a seguito del provvedimento di accoglimento<sup>9</sup>. Da qui la conclusione per cui una iniziativa della difesa debba ritenersi scarsamente ipotizzabile.

Quanto alla appetibilità del procedimento incidentale, la conoscenza non immediata ovvero tardiva degli atti può solo favorire una partecipazione più consapevole alla assunzione della prova, ma non determinante ai fini del risultato che, nella prospettiva della utilizzabilità finale, pur segnata dalle forme dibattimentali, subisce le scelte originarie dell'accusa. Il supporto investigativo è infatti la imprescindibile base delle acquisizioni incidentali, la cui anamnesi non è sufficientemente delineata dai verbali di sommarie informazioni, essendo la genesi lasciata alle opzioni dell'inquirente, talvolta imprevedibili come nei casi più delicati previsti dalla disciplina speciale<sup>10</sup>. Le eventuali contestazioni in ordine alle dichiarazioni difformi precedenti si prospettano illusorie negli esiti in un contesto condizionato dalle selezioni probatorie del pubblico ministero, soprattutto quando non vi siano stati prima degli spazi di intervento per la difesa.

Se il contraddittorio è formalmente garantito, manca tuttavia la previsione di un diritto alla controprova che non può essere individuato né nelle deduzioni contrapposte alla richiesta (art. 396 c.p.p.), né nella eventuale estensione dell'incidente (art. 402 c.p.p.), configurabile per altri profili, né nel rinvio normativo alle forme dibattimentali. Si tratta di una opzione legislativa sicuramente consapevole, in quanto mirata a non duplicare una fase istruttoria squisitamente dibattimentale, ma che si misura-

va originariamente sulla eccezionalità dell'istituto e che ora, con i casi di deroga alla non rinviabilità, va ad offuscare i diritti difensivi. Senza per questo voler accreditare la tesi di uno spostamento alla fase preliminare del procedimento probatorio, non si può non pensare all'inevitabile riflesso dibattimentale delle acquisizioni incidentali, se pure a fronte delle garanzie di oralità e contraddittorio.

Ancor minore percorribilità e utilità presenta l'incidente probatorio nei casi per così dire ordinari in cui le forme dibattimentali rivestono minimo significato in un contesto a tasso partecipativo pressoché nullo. La *discovery* completa dei casi speciali si assottiglia fino a divenire ostensione delle sole dichiarazioni delle persone che devono essere sentite (art. 398, comma 3, c.p.p.). A seguito della pronuncia costituzionale dei primi anni novanta<sup>11</sup>, il legislatore ha aperto alla conoscenza della difesa un fotogramma investigativo che, protetto inoltre temporalmente fino ai due giorni precedenti l'udienza camerale (art. 398, comma 3, c.p.p.), non offre la base necessaria neppure a un compiuto contraddittorio formale. Senza considerare poi che il deposito del solo verbale del dichiarante non è sufficiente a garantire un fattivo intervento della difesa nel caso in cui si proceda ad esempio a ricognizione<sup>12</sup>.

Salva la praticabilità di indagini difensive fruibili incidentalmente a fini cautelari<sup>13</sup>, è l'apertura dell'udienza preliminare<sup>14</sup> a poter favorire un meno diffidente approccio della difesa all'incidente probatorio, misurato su un supporto conoscitivo non settoriale slegato dai vincoli temporali prima menzionati e non condizionato dagli stretti obiettivi del

*contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 199.

<sup>8</sup> Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, cit., 559.

<sup>9</sup> Bargis, *Commento all'art. 13 l. 15 febbraio 1996 n. 66, Leg. sl. pen.*, 1996, 498. Sul punto, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 874.

<sup>10</sup> Per la opportunità di avere previsto la presenza di "un esperto in psicologia o in psichiatria infantile" nel corso della assunzione di informazioni da persone minori da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (artt. 362, comma 1 *bis*, e 351, comma 1, *ter* c.p.p., nel testo inserito dalla l. 1 ottobre 2012 n. 172), Capitta, *La legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge di ordinamento penitenziario*, cit., 7.

<sup>11</sup> C. cost., 11 febbraio 1991, n. 74 che, in relazione alla questione di legittimità dell'art. 401 comma 5 c.p.p., ha interpretato la disposizione nel senso che, "quanto meno nelle ipotesi di assunzione anticipata della prova per le ragioni indicate nell'art. 392, primo comma, lettera b", siano messe a disposizione della persona sottoposta alle indagini le precedenti dichiarazioni del testimone prima dell'udienza di assunzione della prova.

<sup>12</sup> Sul punto, Sau, *sub art. 392*, Giarda e Spangher (acura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 4858.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 6 giugno 2008 n. 34565, in *CED Cass.*, 240742, secondo cui "in tema di riesame delle misure cautelari reali, è consentito al tribunale valutare le conclusioni dell'atto istruttorio eventualmente espletato in sede di incidente probatorio, specie se contrastanti con le altre acquisizioni, al fine di verificare se permanga o meno il "fumus" del reato contestato". V., inoltre, Cass., sez. IV, 19 aprile 2012, n. 15063, *inedita*. Circa la legittima valutazione in sede cautelare delle risultanze investigative in relazione alla attendibilità delle "prove in senso proprio" acquisite ex art. 392 c.p.p., Cass., sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 10680, in *CED Cass.*, 243074.

<sup>14</sup> Sulla ammissibilità dell'incidente probatorio in udienza preliminare, dopo la sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1994 n. 74, Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 319 e Maffeo, *L'udienza preliminare tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2008, 165.

pubblico ministero. La mancanza di una contrapposizione probatoria a quest'ultimo potrebbe d'altra parte essere compensata dalle integrazioni ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 c.p.p.).

*Discovery* incompleta o tardiva sono quindi i limiti di una disciplina funzionale alla precostituzione della prova, ma non consona ai diritti difensivi. Una richiesta dell'indagato non protetta da una conoscenza adeguata degli atti si profila tra l'altro rischiosa a fronte della interpretazione giurisprudenziale che esclude l'integrarsi di vizi quando il pubblico ministero, nell'assunzione incidentale di testimoni o comunque di dichiaranti, si avvalga di atti o documenti non depositati. La tutela della segretezza delle indagini consente di giustificare che si formi una prova sulla base di dati sconosciuti alla difesa, come era accaduto nel caso di uso di una agenda a fini di contestazione nel corso dell'esame di un coimputato<sup>15</sup>. Il che è stridente con il diritto al contraddittorio se pure nella dimensione ridotta dell'incidente, tanto più che è ammissibile la contestazione per così dire "atipica" di dati difformi risultanti da "ogni precedente acquisizione"<sup>16</sup> e praticabile al di fuori del perimetro delle specifiche disposizioni. È evidente che il meccanismo contestativo a largo raggio promosso dalla giurisprudenza costituzionale, pur senza porsi obiettivi diversi dal vaglio di attendibilità del dichiarante, non può che presupporre la conoscibilità del dato utilizzato per la contestazione da parte di chi può comunque subirne gli effetti. In contraddizione con i principi è quindi la giurispru-

denza che fa derivare, dalla previsione limitativa della *discovery* alle sole dichiarazioni del soggetto da esaminare, la insussistenza di un divieto per il pubblico ministero di utilizzare atti non rivelati alla difesa<sup>17</sup> o che individua per l'organo della accusa un sicuro potere discrezionale nella scelta degli atti da concedere alla conoscibilità<sup>18</sup>. Né, a giustificare gli assunti, può bastare il richiamo al contrappeso sanante del contraddittorio dibattimentale che può essere solo eventuale o, quando formalmente attuato alla stregua del privilegio verso l'oralità (art. 511, comma 2, c.p.p.), può non bastare a coprire il deficit di informazione originario. Un contraddittorio pregresso, se pure adeguato ai diritti difensivi secondo la giurisprudenza europea<sup>19</sup>, ma incompiuto alla luce della gestione unilaterale dei dati conoscitivi, può sancire la posizione subordinata della difesa.

#### I LIMITI DIFENSIVI IN RELAZIONE ALLA PERIZIA INCIDENTALE

Come si è evidenziato nella premessa, i limiti alla iniziativa e alla partecipazione della difesa si manifestano in particolare in relazione alla perizia. Per quanto concerne la fattispecie "complessa" (art. 392, comma 2, c.p.p.), è emerso dal caso in oggetto come sia impossibile per la difesa, in assenza di conoscenza degli atti, la dimostrazione in concreto della durata "in eccesso" del mezzo di prova, anche qualora si tratti di accertamento tecnico che possa presumersi esteso temporalmente per via del suo oggetto, di natura ad esempio tributario-contabile<sup>20</sup>. Il dato che emerge è dunque la disparità tra accusa e difesa, essendo il pubblico ministero detentore delle necessarie informazioni da cui dedurre quanto tempo potrebbe essere necessario per le operazioni dei tecnici. L'assenza di una *discovery* piena e tempestiva sottomette la difesa alle scelte altrui, alle quali peraltro deve sottostare anche lo stesso giudice destinatario della richiesta, la cui decisione è condizionata a quan-

<sup>15</sup> Sez. VI, 26 settembre 2008, n. 40971, Camber, in *CED Cass.*, 241624 ha escluso la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in incidente probatorio nel corso dell'esame del pubblico ministero che non aveva provveduto al deposito dell'agenda utilizzata per le contestazioni. Per la insussistenza di nullità derivante dall'omesso deposito degli atti di indagine qualora si sia proceduto ad incidente probatorio ex art. 392, comma 1 bis, c.p.p., in relazione ad un reato diverso da quelli a sfondo sessuale, Sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *CED Cass.*, 240321.

<sup>16</sup> C. cost., 21 novembre 1994, n. 407 secondo cui «deve... ritenersi che non è affatto impedito al difensore dell'imputato, sia pure al solo scopo - che del resto in sede di controesame è quello per lui essenziale - di influire sulla valutazione dell'attendibilità del teste, di porre all'esaminando domande intese ad evidenziare un contrasto tra la deposizione dibattimentale e qualsiasi altra risultanza. «L'art. 500 disciplina le "contestazioni" nell'esame testimoniale con riferimento alle "dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero", attribuendo al giudice, in presenza di determinate condizioni, la possibilità di valutarle come prova dei fatti in esse affermati. Ma è evidente che la norma in esame - la quale mira essenzialmente ad individuare un meccanismo di recupero al fascicolo dibattimentale di determinati atti di indagine - non incide sull'ordinario esercizio del potere di domanda delle parti, potere che, come afferma anche la relazione al progetto preliminare, «deve esplicarsi in tutta la sua latitudine, utilizzando perciò ogni precedente acquisizione».

<sup>17</sup> Secondo Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, *CED Cass.*, 241226, l'obbligo del pubblico ministero di mettere a disposizione della difesa le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare, "riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o comunque giunte alla loro conoscenza».

<sup>18</sup> In questo senso si esprime il provvedimento qui commentato.

<sup>19</sup> In ordine al criterio adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per ritenere sufficiente e adeguato il contraddittorio "istruttorio", Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, 77.

<sup>20</sup> Sul punto, Sau, *sub art. 392*, cit., 4869.

**È INAMMISSIBILE L'INCIDENTE PROBATORIO DIRETTO AD OTTENERE UNA PERIZIA DI LUNGA DURATA**

to viene depositato dal pubblico ministero con le proprie deduzioni. Neppure nell'ambito di quella intercapedine aperta dall'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415 bis c.p.p.* sembra del resto praticabile l'opzione difensiva per la perizia incidentale, almeno secondo quanto ha stabilito la giurisprudenza costituzionale che ha negato l'ammissibilità della perizia di "lunga durata" in quella sede <sup>21</sup>.

A prescindere dal fatto di poter non condividere la scelta legislativa di anticipare la formazione della prova peritale, di per sé non urgente, in funzione del principio di concentrazione dibattimentale, per questa fattispecie si manifestano peraltro minori criticità rispetto all'altra, affiancata nella stessa disposizione, che ha ad oggetto la «esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 *bis*» (art. 392 comma 2 c.p.p.)<sup>22</sup>, alla quale è sottesa non tanto una non rinviabilità presunta, quanto una non rinviabilità intrinseca o sostanziale. Sotto questo profilo le preclusioni poste al diritto della difesa alla prova anticipata sono difficilmente comprensibili, considerando inoltre che l'accertamento riservato al pubblico ministero dall'art. 359 *bis* c.p.p., anche se non sottratto al controllo o alla convalida giudiziale, è pur sempre ricondotto alla categoria degli accertamenti tecnici ripetibili <sup>23</sup> in grado di fornire risultati fruibili in un successivo incidente probatorio, senza peraltro le garanzie che potrebbe offrire il meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p. Anche nel caso della perizia coattiva, come peraltro per la perizia non rinviabile dei casi "ordinari" (art. 392, comma 1, lett. f) c.p.p.), a scandire *l'am* e il *quando* è ancora il pubblico ministero, sorretto dal potere discrezionale di far conoscere o no gli atti compiuti. Manca in sostanza la base per l'esercizio di quello che può definirsi il diritto alla controprova scientifica <sup>24</sup>. L'utilizzazione dibattimentale dei risultati è poi in qualche modo influenzata dalle scelte investigative - cui sono stati subordinati tempi e modi di assunzione del mezzo di prova incidentale - sia che il perito venga o meno risentito in dibattimento o ne venga acquisita la sola

relazione <sup>25</sup>, anche se l'esame orale del perito, quanto meno in relazione sia alla perizia "lunga" che "coattiva", è tendenzialmente privilegiato dal codice già con la previsione della citazione d'ufficio del perito (art. 468 comma 5 c.p.p.). Il contraddittorio che può scaturire dall'esame o dal parere peritale si può rivelare imperfetto per la sua base conoscitiva originaria, potenzialmente circoscritta anche per il consulente nominato dalla difesa se, come è previsto in via generale, l'autorizzazione del giudice al perito a prendere visione "degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalle parti" riguarda solo quelli "dei quali la legge prevede l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento" (art. 228, comma 1, c.p.p.). In ogni caso, in assenza di una disposizione specificamente mirata all'incidente probatorio che consenta di mettere gli atti a disposizione del perito, compete nella prassi all'inquirente la relativa scelta e selezione. Si tratta di un epilogo che appare sorprendente soprattutto in relazione alla prova genetica, per la quale va verificato quale sia in concreto nella pratica il ruolo partecipativo del consulente tecnico della difesa nei diversi momenti che costruiscono il risultato probatorio <sup>26</sup> e quale incidenza può avere l'applicazione delle regole della prova atipica <sup>27</sup>.

Da qui il raccordo tra le premesse e i dubbi conclusivi in ordine a quanto la disciplina attuale possa ritenersi adeguata e resistere alle implicazioni derivanti dai principi costituzionali. Superato l'argomento della non dispersione della prova a tutto campo e ritrovata la logica di uno strumento refrattario a finalità che non siano quelle di una effettiva urgenza nell'acquisizione della prova, è la giurisprudenza costituzionale a indicare il possibile percorso evolutivo dell'incidente probatorio nel ritorno alle sue origini di mezzo di tutela del solo diritto alla prova non rinviabile <sup>28</sup>, il cui esercizio informato possa essere garantito equilibratamente.

<sup>21</sup> C. cost. 18 luglio 2002, n. 368; C. cost. 15 luglio 2003, n. 249. Per altra fattispecie di assunzione anticipata, successivamente all'avviso di conclusione delle indagini, la Corte si è espressa per la inammissibilità della questione di legittimità (C. cost. 8 maggio 2009, n. 146).

<sup>22</sup> In tema, Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, 191; Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 85 ss.; Casasole, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, Marafioti - Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, 2010, 243.

<sup>23</sup> Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., 232.

<sup>24</sup> Fanuele, *Dati genetici*, cit., 58.

<sup>25</sup> Sulla utilizzabilità dibattimentale della perizia eseguita in incidente probatorio, Cass., sez. I, 5 novembre 2008, n. 44847, in *CED Cass.*, 242192. Per la nullità conseguente al mancato esame del perito in dibattimento prima della lettura della relazione peritale, Cass., sez. VI, 26 settembre 2011, n. 38157, in *CED Cass.* n. 250781.

<sup>26</sup> Sulla questione dei poteri e delle facoltà del consulente della difesa, Focardi, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, Padova, 2003, p. 90 ss.

<sup>27</sup> Per precisi rilievi sul punto, Dominioni, *La prova scientifica*, Milano, 2005, p. 260 ss.

<sup>28</sup> C. cost. 15 luglio 2003, n. 249, cit., nella quale si sottolinea che "è esclusivamente in considerazione "(del) "...rischio di irrimediabile dispersione", "che la Corte ha ravvisato l'esigenza di garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova, a sua volta espressione del diritto di difesa".

## È inammissibile l'incidente probatorio diretto ad ottenere una perizia di lunga durata se il giudice non conosce il contenuto delle indagini

Tribunale di Latina, Ufficio G.i.p., ordinanza 17 ottobre 2012 – Est. De Robbio

*La richiesta di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ai sensi dell'art. 392 comma 2 c.p.p. presentata dal difensore va rigettata in assenza di conoscenza dell'oggetto delle indagini, avendo il pubblico ministero ritenuto di non depositare alcun atto.*

Il Giudice per le indagini preliminari;

letta la richiesta di perizia con le forme dell'incidente probatorio avanzata nell'interesse di xxx e la successiva richiesta di conoscere i nominativi degli altri indagati per integrare le notifiche;

rilevato che i difensori del richiedente hanno depositato in data 3.10.2012 la prova delle notifiche ai sensi dell'art. 395 c.p.p.;

lette le deduzioni depositate dal P.M.;

osserva quanto segue.

Il difensore ha allegato alla richiesta una consulenza tecnica copia di alcuni articoli di stampa che attesterebbero l'esistenza di un procedimento penale e il suo oggetto, motivando la richiesta di perizia sulla considerazione che sarebbero necessari accertamenti da parte di un organo terzo e sulla certezza che la perizia eventualmente disposta in dibattimento comporterebbe una sospensione superiore a sessanta giorni.

Il tempo di espletamento dell'atto è stato calcolato presuntivamente, prendendo a base il tempo di espletamento della consulenza tecnica desunto dalla lettura degli articoli di giornale allegati alla istanza.

Va infatti rilevato che il P.M., ricevuta in un primo momento la richiesta di incidente probatorio, ha provveduto a trasmetterla al Giudice scrivente corredandola con le sue deduzioni, senza allegare il fascicolo delle indagini preliminari.

Successivamente, come si è detto, il difensore dell'indagato ha richiesto al GIP i nominativi degli indagati, per integrare le notifiche; lo scrivente, non essendo in posses-

so del fascicolo, e non essendo in ogni caso competente a fornire le informazioni richieste, ha trasmesso la richiesta al P.M.

Dal momento che la richiesta della difesa comportava la volontà di questa espressa di integrare il contraddittorio, il GIP ha ritenuto di non poter decidere e di dover attendere la scadenza del termine assegnato alle eventuali altre parti per presentare le deduzioni, sicché ha restituito al P.M. il fascicolo da questi trasmesso con la richiesta di incidente probatorio e le deduzioni, in attesa della prova delle notifiche ai sensi degli artt. 395 e 396 c.p.p.

Ricevuta dal difensore la prova della notifica della richiesta a tutti gli indagati, il GIP scrivente ha provveduto in data 5 ottobre 2012 a richiedere il fascicolo per la decisione da assumere ai sensi dell'art. 398 c.p.p.; il P.M. ha trasmesso il 15 ottobre 2012 il fascicolo già inviato in precedenza, composto dalla richiesta della difesa con gli allegati e dalle sue deduzioni, scegliendo dunque di non trasmettere alcuno degli atti contenuti nel fascicolo per le indagini preliminari.

Tale decisione appare del tutto legittima.

La normativa sull'incidente probatorio non prevede infatti alcun obbligo per le parti di depositare tutti gli atti a loro disposizione per consentire l'espletamento dell'incidente probatorio richiesto, fatta eccezione per il particolare caso di incidente probatorio avente ad oggetto l'assunzione della testimonianza della persona offesa nei reati a tutela di soggetti c.d. "deboli" (maltrattamenti in famiglia, violenze sessuali, pedopornografia, *stalking* e altri).

Per questi soli reati, ricompresi nella elencazione dell'art. 392 c.1 bis c.p.p., l'art. 393 c. 2 bis c.p.p. prevede che «con la richiesta di incidente probatorio..... il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagine compiuti».

La Cassazione è intervenuta sul punto per precisare che l'unica interpretazione logica dell'inciso appena riportato porta a concludere che, per tutti gli altri casi di incidente probatorio (diversi da quelli previsti dall'art. 392 c. 1 bis c.p.p.), non sussiste alcun obbligo per il P.M. di depositare gli atti di indagine compiuti (Cass. Sez. VI n. 40971 del 26.9. 08; ma il principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte costituzionale già dai primi anni di vigenza del nuovo codice: cfr. C.Cost n. 74 del 1991).

È importante ai fini del caso in esame rilevare che la sentenza della Cassazione menzionata ha posto l'accento sulla necessità che la legittima esigenza della difesa di conoscere gli atti di indagine al fine di un completo espletamento dell'incidente probatorio debba essere bilanciata con l'altrettanto importante esigenza "di salvaguardare la segretezza delle indagini", ragion per cui non è possibile imporre al magistrato inquirente una *discovery* anticipata degli atti fino a quel momento compiuti.

L'eventuale compressione delle aspettative dell'imputato e dei suoi difensori è peraltro solo temporanea, poiché l'espletamento della difesa potrà, ancora ad avviso del giudice di legittimità, trovare piena tutela in sede dibattimentale.

Nella stessa ottica si giustifica l'unica eccezione prevista per la testimonianza della persona offesa prevista dall'art. 393 c. 2 bis c.p.p., "in quanto essa è correlata alla regola eccezionale della validità probatoria della testimonianza resa in incidente probatorio dal minore infrasedicenne non subordinata alla reiterazione dell'esame in sede dibattimentale, in forza dell'art. 190 bis c.1 bis c.p.p." (Cass. cit.).

La scelta dunque di quali atti mettere a disposizione del GIP per la decisione sulla ammissione dell'incidente probatorio (e della difesa per l'eventuale espletamento del medesimo qualora ammesso) è rimessa alla piena discrezionalità del P.M. che dovrà valutare - avendo esclusivo riguardo alle proprie esigenze di segretezza - la eventualità di procedere o meno alla *discovery* anticipata degli atti.

Nel caso di specie il P.M. ha ritenuto di non depositare alcun atto tra quelli compiuti nel corso delle indagini.

Tanto premesso, la decisione sulla ammissibilità della richiesta di incidente probatorio dovrà necessariamente essere basata sui soli atti prodotti dalla difesa, dunque sulla consulenza tecnica disposta ai sensi dell'art. 391 nonies c.p.p. (investigazione preventiva) e sulle copie degli articoli di giornale allegati.

Come si è rilevato in precedenza, i difensori di xxx non hanno partecipato ad alcun atto di indagine né hanno ancora avuto accesso al fascicolo delle indagini, neppure per estratto, sicché sono costretti dalla lettura dei giornali a desumere l'esistenza di un procedimento penale (poi confermata dalla certificazione ottenuta ai sensi dell'art. 335 c.p.p.); devono presumere l'oggetto dalla indicazione nella certificazione della iscrizione per i delitti di cui agli artt. 216 ss l.f., argomentando che "dovrebbe" trattarsi di fatti relativi al fallimento della yyyyy poiché il loro assistito non ha rivestito altre cariche in società fallite; presumono che vi sia stata una consulenza da parte di tecnici nominati dal P.M. per averne ancora una volta letto la notizia su un giornale locale; immaginano che gli esiti della consulenza tecnica del P.M. siano a loro volta sfavorevoli, tanto da preoccuparsi di effettuare a loro volta una consulenza della difesa e chiedono dunque la nomina di un perito, organo terzo, per un accertamento della verità scevro dai condizionamenti delle due consulenze di parte.

Come è agevole notare, la richiesta di perizia si basa non su una analisi degli atti, ma su una mera congettura di ciò che si presume stia avvenendo nel corso delle indagini per loro natura segrete, ciò che disvela la intemperatività della richiesta ed in definitiva la sua inammissibilità.

Attualmente, escludendo le notizie tratte dagli articoli di giornali (certamente non valutabili da questo Giudice per la verifica della ammissibilità della perizia, non trattandosi di atti di indagine né di notizie certe o verificabili), non pare possibile effettuare alcuna valutazione in merito alla necessità di una perizia per l'accertamento dei fatti, anche perché non vi alcuna certezza dell'oggetto dell'indagine.

A ciò va aggiunto altresì che la mancata formalizzazione dell'accusa (nemmeno in una forma larvata o generica quale quella ricavabile dagli art. 321 ss c.p.p. o 272 ss. c.p.p. o d una informazione di garanzia, per non parlare di una formale imputazione) rende di fatto impossibile la formulazione dei quesiti da affidare al perito, a meno di non affidarsi ancora una volta a congetture.

Ancor meno agevole sembra poi la verifica dell'ulteriore requisito richiesto dall'art. 392 c. 2 c.p.p.: non è possibile stabilire se l'eventuale perizia comporterebbe una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni basandosi soltanto su una consulenza tecnica della difesa, a sua volta redatta sulla base di una presunzione di ciò che potrebbe essere oggetto delle indagini e dunque del futuro *thema decidendum* in un eventuale dibattimento.

P.Q.M.

Rigetta la richiesta.