

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

OMESSA DISCLOSURE DEGLI ATTI DI INDAGINE E PERIZIA COMPLESSA NELL'INCIDENTE PROBATORIO PER LA CADUTA DEL PONTE MORANDI

di Luca Barontini

Il caso di incidente probatorio per perizia complessa non impone al pubblico ministero alcun obbligo di disclosure degli atti di indagine. L'indagato, pertanto, è costretto ad affrontare "al buio" l'accertamento peritale. Le eccezioni processuali e le questioni di legittimità costituzionale avanzate da alcune difese nel corso dell'incidente probatorio per accertare le cause del crollo del Ponte Morandi costituiscono uno spunto di riflessione sull'attualità dell'istituto disciplinato dall'art. 392, comma 2, c.p.p. In particolare, dopo aver dato conto dei differenti regimi di disclosure e dei poteri del perito nel corso dell'accertamento, ci si chiede se non vi siano soluzioni alternative all'assunzione della prova nel corso delle indagini preliminari, che offrano comunque tutela al principio di concentrazione del dibattimento.

SOMMARIO: 1. Il patrimonio conoscitivo delle parti nell'incidente probatorio per perizia complessa: il *casus belli*. – 2. I differenti regimi di disclosure – 3. Il principio di concentrazione del dibattimento: uno sconosciuto *idolum theatri*.

1. Il patrimonio conoscitivo delle parti nell'incidente probatorio per perizia complessa: il *casus belli*.

La presente riflessione sul controverso istituto dell'incidente probatorio per perizia complessa¹ trae spunto da alcune spinose questioni affrontate dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Genova nell'ambito della parentesi istruttoria aperta nel corso delle indagini relative al crollo del Ponte Morandi.

La complessa vicenda processuale ha riportato in auge la tematica della sproporzione tra i patrimoni conoscitivi della parti processuali in caso di incidente probatorio per perizia complessa: il pubblico ministero, che, *ça va sans dire*, è l'unico legittimato a conoscere il contenuto delle indagini, gode di una indubbia posizione di

¹ In tema di incidente probatorio, si segnalano diverse opere monografiche: G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006; G. ESPOSITO, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Napoli, 1989; P. DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000; C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001; L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, 2017.

vantaggio nell'interlocuzione con i periti; la difesa, per contro, è costretta a "subire" l'incidente probatorio, non avendo diritto ad alcuna ostensione degli atti investigativi.

È noto che, nei mesi immediatamente successivi al crollo del Ponte Morandi, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova ha richiesto al giudice per le indagini preliminari di espletare due differenti incidenti probatori, entrambi a contenuto peritale: il primo, ai sensi dell'art. 392, comma 1, lett. f), c.p.p. al fine di reperire i manufatti soggetti a modificazione non evitabile reperibili tra le macerie del ponte crollato; il secondo, ai sensi dell'art. 392, comma 2, c.p.p. al fine di individuare le cause del crollo.

Nel corso di un'udienza *ex* 401 c.p.p., incardinata nel "filone" dell'incidente probatorio per accertare le cause del crollo, i difensori rilevavano come la pubblica accusa non avesse depositato alcun atto di indagine. Gli indagati, quindi, erano obbligati ad affrontare "al buio" l'accertamento peritale. Veniva, pertanto, lamentata una netta disparità dei poteri tra le parti processuali, dovuta al fatto che, stante il segreto istruttorio, la base conoscitiva del pubblico ministero appariva imparagonabile rispetto a quella degli indagati.

A ben vedere, infatti, è lecito domandarsi se sia giustificato il sacrificio dei diritti difensivi per assumere di una prova non suscettibile di dispersione, quale è la perizia complessa, e quindi potenzialmente ripetibile, in una fase in cui l'ignoranza sugli atti di indagine ponga gli indagati in una posizione peggiore rispetto al dibattimento. La domanda appare tanto più pregnante laddove si consideri che una posticipazione dell'accertamento peritale sino alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari avrebbe garantito, ad un tempo, i diritti difensivi e la tutela della *ratio* che sorregge l'incidente probatorio disposto ai sensi dell'art. 392, comma 2, c.p.p.

La non percorribilità di tale soluzione imporrebbe, comunque, una valutazione circa la compatibilità di un siffatto assetto normativo con gli articoli 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui il combinato disposto di tali norme non prevede che, con la richiesta di incidente probatorio per perizia complessa, debba comunque essere garantita una piena *disclosure*. Ai sensi dell'art. 401, comma 5, c.p.p., del resto, per l'assunzione della prova si devono osservare le forme stabilite per il dibattimento. Si tratta di una indicazione perentoria, senza alcuna riserva di compatibilità. Peraltro, come si avrà modo di precisare, la Consulta², ancor prima della costituzionalizzazione del giusto processo, aveva già stabilito che l'obbligo di depositare le precedenti dichiarazioni in caso di assunzione di una prova dichiarativa dovesse considerarsi implicito nel disposto di cui all'art. 401, comma 5, c.p.p. Il fatto che la perizia esuli dalle prove dichiarative non potrebbe giustificare un trattamento diverso.

Sotto un altro profilo, poi, le difese, proprio in conseguenza di tale sbilanciamento conoscitivo, paventavano un rischio di aggiramento delle regole di formazione della prova. Come noto, infatti, l'art. 228, comma 1, c.p.p. prevede la possibilità che il perito sia autorizzato dal giudice «a prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalle parti dei quali la legge prevede l'acquisizione al

² Il riferimento è a Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74, in *Cass. pen.*, 1991, p. 413.

fascicolo per il dibattimento». La giurisprudenza, nell'interpretare tale norma, ritiene che gli atti consultabili dal perito non siano solo quelli che materialmente si trovano nel fascicolo del dibattimento ma anche quelli che, astrattamente, potrebbero rientrarvi³.

Orbene, una siffatta interpretazione suscita non poche perplessità sotto il profilo della compatibilità con talune disposizioni della Carta. *In primis*, con l'art. 24 Cost., per violazione del diritto di difesa, per l'assurda situazione che si potrebbe creare laddove il perito, accedendo, ad esempio, alle sommarie informazioni testimoniali, dovesse porre a base dell'elaborato atti sui quali l'indagato non ha avuto la possibilità di interloquire e, a maggior ragione, laddove tali documenti a contenuto dichiarativo dovessero trovare smentita in sede dibattimentale. *In secundis*, con l'art. 3 Cost., in quanto tale situazione genererebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli indagati che "subiscono" un accertamento peritale in sede di incidente probatorio e gli imputati che, invece, partecipando alla perizia in dibattimento, oltre a godere di una piena *disclosure* degli atti, assisterebbero anche all'assunzione delle altre prove. Infine, la possibilità che il perito possa accedere a prove a contenuto dichiarativo si porrebbe in contrasto con l'art. 111 Cost., ledendo indirettamente il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Il giudice genovese non ha aderito alle prospettazioni difensive e ha emesso un provvedimento, che, a nostro avviso, pur equilibrato ed in linea con una giurisprudenza assolutamente consolidata, supera solo in parte le questioni portate alla sua attenzione.

Quasi a voler introdurre una sorta di implicita premessa, veniva sottolineata la natura neutra della perizia, né contro né a favore dell'imputato. Solo recentemente la giurisprudenza ha dato segnali di voler rimettere in discussione tale assunto⁴; la

³ *Ex multis*, Cass., sez. V, 14 aprile 2015, 28698 in *DeJure*.

⁴ Il riferimento è a Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, in *Dir. pen. proc.*, 2019 p. 822. Nel caso di specie, in tema di rinnovazione in appello per ribaltare una sentenza assolutoria, il giudice della nomofilachia ha affermato che anche le dichiarazioni del perito rientrano tra le prove dichiarative e, in quanto tali, soggette agli insegnamenti offerti dalle sezioni unite Dasgupta (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, 3203) e Patalano (Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2666). A tal fine, l'alto consesso ha rimesso, almeno in parte, in discussione il corollario della neutralità della perizia, atteso che «nessuna prova e di per sé neutra (perché altrimenti sarebbe irrilevante) ma lo è solo nel momento in cui ne viene chiesta l'ammissione non potendosi in quella fase conoscersene l'esito, nel mentre diventa a favore o contro, che volta che sia espletata». L'equivoco, quindi, nasce dalla «sovrapposizione di diverse problematiche, ossia, da una parte, l'idea che alcuni fenomeni possano essere indagati e trovare una risposta "certa" rivolgendosi al parere di un esperto e, dall'altra, che costui, in quanto "terzo" (artt. 222 e 223 c.p.p.) – sia perché nominato dal giudice, sia perché, avendo anche assunto l'obbligo morale e giuridico di adempiere al suo ufficio "senza altro scopo che quello di far conoscere la verità" – non possa che rispondere in modo "neutro" al quesito demandatogli». Nel caso di specie, mal si conciliava l'assunto della neutralità della perizia con la necessità di ripetere l'esame del perito, da ritenersi, al fine di ribaltare l'esito assolutorio, prova dichiarativa e decisiva. Per un commento alla sentenza, M. GIANGRECO, *La perizia come prova dichiarativa e la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello ex art. 603 comma 3 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 92. Specificatamente, sul tema della (superata) neutralità della perizia, L. NULLO, *Le Sezioni unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone*, in *Arch. pen.*, 1.8.2019, p. 12. La giurisprudenza precedente, per contro, non aveva mai dato segnali di cedimento in tal senso. Sul punto, Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 39746, in *Cass. pen.*, 2018, p. 500, per cui «[L]a mancata effettuazione di un accertamento peritale (nella specie sulla capacità a testimoniare di un minore vittima di

dottrina, per contro, non ha mai accolto questa impostazione, criticando – a ragione – detto univoco orientamento che «ha stravolto la finalità originaria del codice, perché ha tramutato quello che è un dovere del giudice ai sensi dell’art. 220 c.p.p. in un limite per le parti»⁵. A ogni modo, a tale asserzione nell’ambito di un incidente probatorio è possibile tentare di attribuire un’interpretazione desumibile dal contesto. Sul punto si osserva che, trattandosi di perizia che richiede necessariamente un impulso di parte, la neutralità ben difficilmente può essere intesa nell’accezione in forza della quale le parti non avrebbero diritto a tale mezzo di prova dato che lo stesso può anche essere ammesso d’ufficio⁶. Nella fase delle indagini preliminari, infatti, non v’è alternativa alla perizia disposta su istanza di parte, *id est* richiesta di incidente probatorio⁷. Ed allora, l’accezione a cui si può presumere che il giudicante abbia inteso fare riferimento altra non può essere che quella per cui «alla perizia sottende un riconoscimento di oggettività ed imparzialità del sapere scientifico»⁸.

Con riguardo alla doglianza relativa al mancato deposito degli atti di indagine, l’ordinanza assume che il quesito da sottoporre ai periti, non essendoci, appunto, atti depositati, dovrà essere articolato su quanto conosciuto e ragionevolmente ipotizzabile, potendosi, al più, tenere in debita considerazione i suggerimenti delle parti. Non vi sarebbe alcuna sperequazione tra pubblica accusa e difesa in quanto non ad esse, bensì ai periti competente il reperimento della documentazione funzionale ad adempiere al compito di natura tecnica affidatogli, sicché non avrebbe alcun rilievo il patrimonio conoscitivo delle parti.

La loro parità in sede di incidente probatorio, quindi, non deve essere parametrata sul rispettivo patrimonio conoscitivo, bensì sul contraddittorio tra i periti e i consulenti tecnici in sede di accertamento specialistico e tra le parti processuali in sede di esame dell’esperto nominato dal giudice.

Con riguardo all’altra doglianza rappresentata dalle difese in riferimento a un uso distorto dei poteri di cui all’art. 228 c.p.p., l’ordinanza osserva, in primo luogo, che il fatto che non vi sia materiale probatorio in atti dovrebbe escludere la possibilità che il perito possa chiedere di essere autorizzato a prenderne visione.

Si registra, in buona sostanza, un’adesione ad un orientamento assolutamente consolidato della giurisprudenza di legittimità in tema di poteri del perito⁹. Il riferimento

violenza sessuale) non può costituire motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., in quanto la perizia non può farsi rientrare nel concetto di prova decisiva, trattandosi di un mezzo di prova “neutro”, sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove l’articolo citato, attraverso il richiamo all’art. 495, comma 2, c.p.p., si riferisce esclusivamente alle prove a discarico che abbiano carattere di decisività»; cfr. commento di L. FORTE, *Il ruolo della perizia nel processo penale tra neutralità della prova e prova decisiva: una difficile collocazione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2269; in senso conforme, *ex multis*, Cass., sez. IV, 30 settembre 2016, n. 44323, in *Guid. dir.*, 2016, n. 47, p. 82.

⁵ Così, P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 366.

⁶ In tal senso, P. TONINI, *Dalla perizia*, cit. p. 365.

⁷ Sul punto, O. DOMINIONI, *L’esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 608.

⁸ Così, M. MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, in *Dir. pen. giust.*, 2015, p. 96. Sul punto, P. TONINI, *Dalla perizia*, cit. p. 364, dimostra come in «verità, la scelta del metodo scientifico non è mai, in sé, neutra».

⁹ *Ex multis*, Cass., sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, in *Cass. pen.*, 2004, p. 593; Cass., sez. III, 4 dicembre 2008, n.

è, in primo luogo, a un precedente concernente la definizione dei poteri del consulente tecnico del pubblico ministero che, in un procedimento definitosi nelle forme del rito abbreviato, vengono ritenuti dal giudice della nomofilachia assimilabili a quelli del perito¹⁰. In particolare, alla doglianza per cui l'esperto nominato da pubblico ministero, nel corso dell'accertamento, avrebbe attinto da atti non confluiti nel fascicolo per le indagini preliminari, la Corte replicava che il consulente (e quindi il perito) può accedere a tutti gli atti astrattamente acquisibili, anche in un momento successivo al conferimento dell'incarico. Un altro precedente giurisprudenziale riguarda una criticabile interpretazione dell'art. 228, comma 3, c.p.p. per cui tale disposizione deve essere intesa nel senso che il perito non solo ha la facoltà di richiedere informazioni alle parti private o ai terzi, ma gli è anche concesso di apprendere dette informazioni dagli atti contenuti nel fascicolo delle indagini, raccolte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria¹¹.

Ciò osservato, l'ordinanza tende ad escludere che il perito possa rivolgersi agli indagati, alle persone offese o a terzi, e, anche qualora ciò dovesse accadere, non ci si dovrebbe misurare con una prova dichiarativa in senso stretto, atteso che ai soggetti di cui all'art. 228, comma 3, c.p.p. verrebbe unicamente chiesto di esibire della documentazione. In ogni caso, qualora sorgesse l'esigenza di assumere documenti a contenuto dichiarativo, andrebbe instaurato il contraddittorio ai sensi dell'art. 228, comma 4, c.p.p.

2. I differenti regimi di *disclosure*.

Prima di tentare di addentrarci nei rilievi critici che il presente contributo necessariamente richiede, riteniamo doverosa una disamina del quadro normativo di riferimento.

L'incidente probatorio rappresenta una forma eccezionale di assunzione anticipata della prova in deroga al principio bifasico, sul quale si fonda l'intera struttura del codice del 1988, per cui la fase delle indagini – ove si ricercano le fonti di prova – deve rimanere distinta da quella dibattimentale – ove, più propriamente, si assume la prova¹².

809, in *DeJure*.

¹⁰ Cass., sez. V, 14 aprile 2015, n. 28698, in *DeJure*.

¹¹ Cass., sez. IV, 4 novembre 2009, n. 5060, in *DeJure*.

¹² Tra i numerosissimi contributi dottrinali sull'incidente probatorio, oltre ai lavori monografici precedentemente citati (v. nota 1), si possono segnalare: M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1328; G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 546; K. LA REGINA, *L'incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009, p. 551; E.N. LA ROCCA, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2011, p. 290; A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1600; B. NACAR, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1425; P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra presente e passato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1019; L. SURACI, *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1493; P.L. VIGNA, *Commento all'art. 392*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, ed. IV, Torino, 1990, p. 457.

Appare quasi superfluo osservare che nelle indagini preliminari l'indagato non ha alcun diritto di conoscere l'attività del pubblico ministero.

Ed allora, l'anticipazione della prova – salva l'evenienza in cui sia lo stesso indagato a chiederla¹³ – implica un'inevitabile disparità di trattamento tra la persona sottoposta a processo senza che sia necessario procedere nelle forme dell'incidente probatorio e quella che, invece, subisca l'accertamento nelle forme dell'art. 392 c.p.p.¹⁴: il primo, davanti al suo giudice, potrà vedere assunte tutte le prove già conoscendo l'intero contenuto delle indagini preliminari; il secondo, invece, se *ex post* si concretizza l'evenienza che, *ex ante*, aveva reso necessaria l'assunzione anticipata della prova, non solo subirà gli effetti di una retrocessione del principio di immediatezza a una procedura, almeno in parte, cartolare, ma correrà il rischio di affrontare l'accertamento probatorio "al buio", potendogli essere preclusa, in tutto o in parte, la conoscenza degli atti di indagine.

In caso di perizia di lunga durata in sede di incidente probatorio, poi, si palesano altre criticità rappresentate dal fatto che gli atti di indagine, pur essendo celati all'indagato, potrebbero non esserlo per il perito, il quale, ai pur limitati fini dell'accertamento peritale, potrà accedere ad atti che solo in astratto potrebbero essere acquisibili al fascicolo del dibattimento.

In definitiva, il dato normativo di cui ci si appresta a dare conto è complesso ed articolato, prevedendo gradi variabili di *disclosure*, diversificati a seconda dei protagonisti e del presupposto fondante la richiesta, nella dichiarata intenzione del legislatore di trovare un bilanciamento quanto più equo possibile tra diritto di difesa e segretezza delle indagini¹⁵.

L'istituto dell'incidente probatorio ha trovato cittadinanza nel "nuovo" codice di procedura penale in base a una poliedrica accezione dell'«atto non rinviabile al dibattimento»¹⁶. Il legislatore ha così individuato diverse ipotesi per cui la prova deve essere assunta anticipatamente, al di fuori della sua sede naturale¹⁷.

¹³ In tale ipotesi, infatti, la richiesta potrebbe invero rilevarsi meramente strumentale ad accedere agli atti di indagine. Sul punto, A. MACCHIA, *L'incidente*, cit., p. 1601.

¹⁴ Sul punto, B. NACAR, *Incidente*, cit. p. 1434.

¹⁵ In tal senso, F. PORCU, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Tra indicazioni normative e profili attuativi*, Milano, 2019, p. 314.

¹⁶ Così, P.L. VIGNA, *Commento*, cit., p. 471. Sul punto, diffusamente, L. SURACI, *L'incidente*, cit. p. 22.

¹⁷ In *primis*, le *rationes* sottese alle lett. a) e b) dell'art. 392 c.p.p. sono da identificarsi nel probabile rischio che il trascorrere del tempo vanifichi la stessa possibilità di assumere la prova perché, attendendo il dibattimento, la relativa fonte dichiarativa potrebbe "dissolversi" per infermità o altro grave impedimento (sul punto, M. BARGIS, *L'incidente*, cit. p. 1331). Vi è poi la necessità di ovviare al rischio che la fonte dichiarativa possa essere oggetto di «azioni perturbatrici» che potrebbero inquinare la genuinità (P. RENON, *L'incidente*, cit. p. 70). Gli stessi presupposti sorreggono il caso del confronto (art. 392, lett. e)) tra persone che in altro procedimento o davanti al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti. Sino alla l. 7 agosto 1997, n. 267, le medesime condizioni erano poste alla base dell'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità altrui e dell'imputato in un procedimento connesso (art. 392, lett. c) e d)). Con l. 15 febbraio 1996, n. 66, il legislatore ha allargato i casi di incidente probatorio inserendo, nel corpo dell'art. 392, il comma 1 *bis*, per cui l'assunzione anticipata della prova risulta oggi «svincolata dai presupposti ordinari di non rinviabilità e d'inquinamento» (E.N. LA ROCCA, *Incidente*, cit., p. 297). Più conforme al canone della non rinviabilità appare il mezzo di prova che può essere assunto ai sensi dell'art.

Il caso di incidente probatorio previsto dall'art. 392, comma 2, c.p.p. è quello della c.d. perizia complessa per cui pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere l'espletamento del mezzo di prova di cui all'art. 220 c.p.p. nei casi in cui, se l'accertamento fosse disposto nel corso del dibattimento, ne determinerebbe una sospensione superiore a sessanta giorni. La tradizionale *ratio* che sorregge tale ipotesi diverge radicalmente dagli altri casi (ove – in ultima analisi – si offre un rimedio al dissolversi della fonte di prova) e mira a garantire il principio di concentrazione del dibattimento¹⁸.

La norma di cui all'art. 392, comma 2, c.p.p. può ritenersi in rapporto di complementarietà con l'art. 508 c.p.p. per cui, se il giudice dispone perizia, l'esperto deve presentarsi e offrire immediatamente la risposta al quesito; se ciò non è possibile, il giudice pronuncia ordinanza con la quale sospende il dibattimento e fissa una nuova udienza entro e non oltre sessanta giorni. Qualora si ritenesse che la sospensione possa superare tale termine, valutazione che, chiaramente, deve essere sviluppata nella fase delle indagini preliminari, la soluzione offerta dal codice è quella – rimessa a iniziativa di parte – dell'assunzione anticipata della prova¹⁹.

A eccezione dell'ipotesi in cui l'incidente probatorio venga richiesto in sede di udienza preliminare, per cui il fascicolo delle indagini nella sua interezza è già nella disponibilità del giudice, *id est*, delle parti²⁰, a seconda del presupposto fondante la richiesta di incidente probatorio, il pubblico ministero è onerato da tre diversi regimi di deposito degli atti di indagine.

Qualora la prova non abbia contenuto dichiarativo, il pubblico ministero non ha alcun obbligo. L'unico labile disvelamento degli atti di indagine potrebbe forse dedursi dal disposto di cui all'art. 393 c.p.p. che, imponendo alla parte richiedente (poniamo il pubblico ministero) di indicare i fatti che costituiscono oggetto di prova e le circostanze che la rendono non rinviabile al dibattimento, ha lo scopo di permettere al giudice, «“ignaro” sul tema dell'indagine»²¹, di valutare la fondatezza della richiesta. Lo stesso art. 395 c.p.p., del resto, stabilisce che la richiesta sia depositata nella cancelleria del

392, lett. f) c.p.p., inerendo a un accertamento avente un oggetto suscettibile di modificazione non evitabile (S. SAU, *L'incidente*, cit., p.169).

¹⁸ Sul punto, A. MACCHIA, *L'incidente*, cit., p. 1601, rileva che «[S]i tratta, quindi, di una non rinviabilità funzionale, nel senso che il differimento della prova alle sede fisiologica verrebbe a costituire un sacrificio troppo altro per l'intera fase dibattimentale». Si veda, altresì, P.L. VIGNA, *Commento*, cit. p. 469; L. SURACI, *L'incidente*, cit. p. 111. L'assunzione anticipata della prova, inoltre, può, per certi versi, rivelarsi utile per le scelte difensive degli indagati; sul punto, G. BIONDI, *L'incidente*, cit. p. 62, osserva come «in taluni procedimenti penali, la necessità di assumere la perizia già in fase di indagini preliminari si avverte particolarmente anche per consentire alla parti stesse di assumere, con piena cognizione di causa, le proprie determinazioni». Nello stesso senso, P. DI GERONIMO, *L'incidente*, cit., p. 59, per cui per l'assunzione della prova nelle forme del dibattimento renderebbe «particolarmente vantaggioso» l'incidente probatorio, anche in relazione alla scelta di eventuali riti alternativi. Per un preciso inquadramento del principio di concentrazione, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 11 e ss.. Sullo stesso tema G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 461.

¹⁹ In tal senso, S. SAU, *L'incidente*, cit. p.186; C. MORSELLI, *L'incidente*, cit., p. 112.

²⁰ Sul punto, L. SURACI, *L'incidente*, cit. p. 215.

²¹ Così, testualmente, A. MACCHIA, *L'incidente*, cit., p. 1601.

giudice, unitamente a eventuali cose o documenti. Ciò osservato, è nella discrezionalità del pubblico ministero depositare tutti, alcuni o nessun atto di indagine.

Sino alla modifica dell'art. 398, comma 3, c.p.p. a opera della l. 7 agosto 1997, n. 267, una forma di *discovery* era stata prevista in via ermeneutica dalla Corte costituzionale²². Come si è ricordato, la Consulta, chiamata a vagliare la legittimità dell'art. 401, comma 5, c.p.p. per contrasto con l'art. 24 Cost. nella parte in cui non disponeva che il pubblico ministero, in caso di incidente probatorio finalizzato ad assumere la prova testimoniale, dovesse depositare le sommarie informazioni testimoniali già rese, aveva emesso una sentenza interpretativa di rigetto: dato che l'art. 401, comma 5, c.p.p. prevede che le prove dovessero essere assunte nelle forme del dibattimento, tale modalità implica che alla difesa debbano essere svelate le precedenti dichiarazioni rese dalla persona da esaminare. Ad ogni modo, con il citato intervento normativo²³, è stata introdotta una forma di *discovery* parziale, che grava sul rappresentante dell'accusa, in caso di assunzione di esame o testimonianza di persona già sentita²⁴. L'art. 398, comma 3, c.p.p. prevede, infatti, che sia dato avvertimento alle parti private «che nei due giorni precedenti l'udienza possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare».

È infine previsto un regime di *disclosure* totale per le ipotesi di incidente probatorio richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p. per cui l'art. 393, comma 2 *bis*, c.p.p. prevede espressamente che il pubblico ministero depositi tutti gli atti di indagine compiuti²⁵. Per il teste minore²⁶ o per quello vulnerabile già esaminato in incidente probatorio, vige, secondo il disposto di cui all'art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p., un divieto di riassunzione della testimonianza in dibattimento, salvo che l'esame verta su fatti o circostanze diverse da quelle già esposte ovvero se sia ritenuto necessario da specifiche esigenze.

Il differente trattamento tra la *disclosure* parziale e quella totale si giustifica con la circostanza che solo il teste vulnerabile deve essere definitivamente allontanato dal processo penale onde «evitare che l'esperienza dell'esame si trasform[i] per il soggetto in un trauma aggiuntivo»²⁷. Legittima tale asserzione tanto l'art. 190 *bis* c.p.p. che esclude la ripetibilità dell'esame per il teste vulnerabile quanto l'art. 511, comma 2, c.p.p. per il

²² Il riferimento è a Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 74, cit., p. 413.

²³ Sul punto, G. BIONDI, *L'incidente*, cit. p. 229.

²⁴ Parla di «forma attenuata di *discovery*», L. SURACI, *L'incidente*, cit. p. 201.

²⁵ L. SURACI, *L'incidente*, cit. p. 202.

²⁶ La norma è stata oggetto di recente modifica a opera dell'art. 14, l. 19 luglio 2019, n. 69, c.d. codice rosso, che ha riportato – almeno in parte – a sistema le norme di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. e quelle in tema di incidente probatorio, non distinguendo il teste minore da quello infra-sedicenne. Sul punto, L. ALGERI, *Il c.d. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1371.

²⁷ Così, testualmente, P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 88. Sullo stesso tema, L. ALGERI, *Il testimone vulnerabili tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 129; L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 854; S. ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 662. S. CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 951. Diffusamente, sulle *rationes* che giustificano l'incidente probatorio per cristallizzare la dichiarazione della vittima, F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, Milano, 2017, p. 261.

quale non pare si possa affermare un generico divieto di ripetizione dell'atto ritenuto non rinviabile che, *a posteriori*, non era tale²⁸.

Come anticipato in apertura del paragrafo, gli effetti dell'omessa *disclosure* investono l'indagato. Non altrettanto può dirsi per il perito, il quale, ai sensi dell'art. 228, comma 1, c.p.p., può essere autorizzato a prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalla parti dei quali la legge prevede l'acquisizione per il dibattimento. Atteso che, in astratto, qualsiasi atto è suscettibile di entrare nel fascicolo del dibattimento – anche a mezzo di concertazione tra le parti *ex art.* 493, comma 3, c.p.p. – si condivide un'interpretazione rigorosa della norma per cui al perito dovrebbe essere concessa la consultazione solo di ciò che in concreto si trova nel fascicolo e non anche di quanto, in astratto, potrebbe rientrarvi²⁹.

Sul punto, la giurisprudenza aderisce a un'interpretazione diametralmente opposta, ripresa, come abbiamo visto, dal giudice genovese, per cui, in buona sostanza, il perito può prendere cognizione sia degli atti già inseriti nel fascicolo sia di quelli per i quali vi è «la possibilità di inserimento in esso durante tutto il corso del giudizio, anche in un momento successivo al conferimento dell'incarico peritale, di ufficio, a richiesta di parte o a seguito di contestazioni»³⁰.

Una siffatta lettura della norma non può essere condivisa posto che «“mischia” tra loro, in maniera impropria, i contenuti del comma 1 e del comma 3 dell'art. 228, autorizzando un *modus operandi* non riconducibile a nessuna di queste due previsioni»³¹.

Si fatica, invero, a non sovrapporre tali ultimi atti alle informazioni che il perito, *motu proprio*, può chiedere all'indagato, alla persona offesa o a terzi³². Infatti, sebbene la norma specifichi che gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati ai soli fini dell'accertamento peritale con l'evidente scopo di non attentare alla verginità cognitiva del giudice del dibattimento, deve in concreto essere rilevato come, nella prassi, la sottile linea di demarcazione tra ciò che è funzionale all'attività dell'esperto e ciò che non è tale non offre rassicuranti garanzie sul fatto che il giudice del dibattimento, direttamente o indirettamente, non venga suggestionato da tali elementi³³. Ed invero,

²⁸ Sul punto, S. SAU, *L'incidente*, cit. p. 330.

²⁹ In tal senso, R. ADORNO, *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 904.

³⁰ Così, Cass., sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, in *Cass. pen.*, 2004, p. 593.

³¹ Queste le parole di P. RIVELLO, *La perizia*, in P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, p. 461. Anche per i riferimenti bibliografici, v. P. TONINI, *La prova penale*, Verona, 2000, p. 178, nt. 176. Sul punto, F. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, p. 75, rileva come la norma di cui all'art. 228, comma 1, c.p.p. «non risult[i] agevolmente applicabile se la perizia si svolge con incidente probatorio», dato che l'unico materiale visionabile è di fatto costituito dal corpo del reato o dalle cose pertinenti al reato; posto che non è ragionevole limitare la sfera conoscitiva del perito solo ad essi, dovranno ritenersi ostensibili anche le «cose» e i «documenti» depositati in sede di richiesta.

³² Sul punto, D. POTETTI, *Art. 228 comma 3 del c.p.p.: il «perito istruttore»*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1544, contrappone il perito «percipiente», abilitato anche alla raccolta di informazioni, al perito «deducente» abilitato alla sola valutazione di quanto è già stato acquisito. L'espressione «perito istruttore» viene condivisibilmente criticata da P. RIVELLO, *La perizia*, cit., p. 465, il quale rileva come «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».

³³ In tal senso, A. VASSALLO, *Un ampliamento dei poteri istruttori del perito*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 308.

fatichiamo ad accedere a un'idea dell'argomentare del giudice "a compartimenti stagni", per cui un dato elemento, si ponga, ad esempio, un'esternazione della persona offesa, può essere – a un tempo – apprezzato per valutare la conclusione a cui è pervenuto l'esperto e *tamquam non esset* sotto gli altri profili.

3. Il principio di concentrazione del dibattimento: uno sconosciuto *idolum theatri*.

Come anticipato, l'ordinanza che ha originato le presenti riflessioni non si discosta da consolidati approdi giurisprudenziali e, a nostro avviso, deve essere apprezzato il tentativo del giudice genovese di limitare il più possibile eventuali tendenze del perito nel senso di un ricorso indiscriminato all'assunzione di prove a contenuto dichiarativo. Ciò, a maggior ragione, laddove si consideri che il precedente al quale si riferisce il provvedimento³⁴ non pare porsi, in realtà, alcun problema in merito al contenuto dichiarativo o documentale dell'atto acquisibile dal perito.

Ciò non significa, tuttavia, che non si possano palesare talune perplessità che riteniamo di articolare in due ordini di considerazioni, suscettibili di astrarsi dal *casus belli* e vevoli per il complessivo rapporto normativo che lega l'incidente probatorio per perizia complessa, l'omessa *disclosure* agli indagati, i poteri del perito ed il principio di concentrazione del dibattimento.

In primo luogo, la contrapposizione tra documenti a contenuto dichiarativo e quelli a contenuto documentale se, a prima impressione, può apparire lampante, interrogandosi sul significato da attribuire al termine "dichiarativo" corre il rischio di essere arbitraria³⁵. Se infatti può essere pacificamente attribuita tale caratteristica ai verbali di cui all'art. 351 e 357, lett. a) e b), c.p.p. e parimenti non si dubita nella natura prettamente documentale di taluni atti quali, per esempio, un progetto del costruttore, minori certezze si hanno nel caso di documenti che, pur non consistendo in narrazioni di fatti, hanno comunque un contenuto *lato sensu* dichiarativo³⁶. Si pensi, ragionando su

Analogamente, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2009, p. 269.

³⁴ Cass., sez. IV, 4 novembre 2009, n. 5060, in *DeJure*.

³⁵ Sulla definizione di prova dichiarativa, v. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, p. 4. Sul concetto di documento quale entità formata fuori dal processo e del quale si chiede o dispone che vi faccia ingresso, *Relazione Ministeriale al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, Gazz. Uff. 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. 2, 67; P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, diretto da A. GAITO, II, Milano, 2008, p. 647.

³⁶ Autorevolmente, F. CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, in *Nov. dig. it.*, Torino 1960, p. 86, osserva che «miracoli», quali la fotografia, «a cui si sono aggiunte la fonografia e la cinematografia» hanno «rivoluzionato la tecnica del documento aggiungendo una seconda alla prima categoria di categoria dei documenti fino allora conosciuti; questi altri, in confronto dei primi, possono chiamarsi documenti *diretti*, perché la rappresentazione si ottiene immediatamente, senza passare attraverso la mente di un uomo». Sul punto, I. CAMINITI, *Prova documentale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, tomo II, Torino, 2005, p. 1217, per cui «[B]isogna, poi, distinguere i documenti in cui l'oggetto della rappresentazione è un fatto storico memorizzato da una macchina (fotografie, filmati...) ed i documenti nei quali l'oggetto della

un'ipotesi potenzialmente applicabile al caso che ha originato questa riflessione, al documento che dia conto dell'attività di controllo sullo stato manutentivo dell'infrastruttura: se, da un lato, può provare che – storicamente – il ponte in una certa data è stato oggetto di monitoraggio, dimostrabile ad esempio con foto, video o altri dati inconfutabili, dall'altro lato, è intrinseca all'interno del documento una dichiarazione circa le modalità con le quali tale attività è stata posta in essere.

La distinzione sopra descritta, quindi, si muove su un terreno estremamente scivoloso, sicché il rischio che entrino – per via indiretta – nel fascicolo del dibattimento elementi conoscitivi che dovrebbero soggiacere alle regole di cui all'art. 111 Cost. e, quindi, dell'art. 526, comma 1, c.p.p. è tutt'altro che remoto. È appena il caso di osservare che tale rischio è congenito a ogni forma di perizia, sia essa disposta ai sensi dell'art. 508 ovvero dell'art. 392 c.p.p. Non v'è dubbio, tuttavia, che in caso di accertamento in sede di incidente probatorio, senza una previa *discovery* degli atti di indagine, il rischio cresce esponenzialmente.

Ed allora, passando al secondo ordine di criticità, non possiamo esimerci dal quesito se la *ratio* sottesa all'incidente probatorio per perizia di lunga durata sia ancora sorretta da presupposti che possono essere condivisi. E la risposta sembra dover essere negativa.

Se infatti i compilatori del codice ipotizzarono che l'accesso ai riti speciali avrebbe avuto ben altra fortuna ed il dibattimento avrebbe seguito l'esempio del processo statunitense³⁷, la cruda realtà offre un quadro assai differente. La *law in action* non corrisponde, nemmeno lontanamente, alla *law in the book*. Non v'è dubbio alcuno, infatti, che la media durata del rinvio tra un'udienza e l'altra superi abbondantemente i termini tanto di cui all'art. 477 c.p.p. quanto quelli dell'art. 508 c.p.p., allorquando sia necessario disporre perizia.

Lungi dal non riconoscere la portata valoriale della concentrazione del dibattimento, riteniamo, tuttavia, che se l'anticipazione della prova peritale era funzionale a evitare un'eccessiva dilatazione temporale della fase centrale del processo, occorre prendere atto che, allo stato attuale, la finalità sottesa all'art. 392, comma 2, c.p.p. non trova alcun riscontro nella realtà empirica. I dati recentemente pubblicati, raccolti nel rapporto di Eurispes 2020, offrono un quadro davvero desolante: solo nel 20% dei casi il processo viene definito in un'unica udienza; mentre otto processi su dieci vengono

rappresentazione è la descrizione di un fatto storico, quale risulta fissato nella memoria di un uomo (scritture, disegni...)».

³⁷ Sul punto, V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 318, segnala che una percentuale vicino al 90% viene definita con il *plea bargaining*. Un recente contributo dell'organizzazione Fair Trials, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org, 12 aprile 2017, p. 32, poi, segnala tale dato in significativo aumento, sino al 97%. Curiosamente, il "caso italiano" viene peraltro citato quale anomalia per cui i *trial waivers*, presenti nell'ordinamento dal 1989, non hanno sempre un reale effetto deflativo, incidendo solo nel 4% dei casi (p. 32). Nel sistema processuale statunitense, l'accesso limitato alla fase dibattimentale permette un effettivo rispetto del principio di concentrazione, tanto che taluni processi si celebrano in un solo giorno, *one day trial*. Ne è una dimostrazione il fatto che il giudice e i giurati non hanno a disposizione le trascrizioni delle dichiarazioni testimoniali. Sul punto, V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1989, p. 113.

rinviati per le più svariate ragioni³⁸. Con riguardo alla durata media del rinvio tra un'udienza e l'altra, il valore rilevato per il tribunale in composizione monocratica è di 154 giorni; quello per il tribunale in composizione collegiale è di 129 giorni³⁹.

A differenza di quanto previsto per il dichiarante che sia stato esaminato in incidente probatorio per il quale, *ex post*, non si "avverino" le condizioni che avevano legittimato l'assunzione anticipata della prova e che, quindi, può essere risentito, il perito viene sempre riascoltato in sede dibattimentale. Come noto, infatti, ai sensi dell'art 468, comma 5, c.p.p. il presidente ne dispone la citazione d'ufficio.

Non può, tuttavia, ritenersi che la possibilità di ripetere l'esame compensi il *deficit* patito dall'indagato, laddove si consideri che l'omessa *disclosure* implica che sia necessariamente il pubblico ministero a selezionare e scegliere il materiale da esibire al perito. Le conclusioni dell'esperto, pertanto, rischiano di essere orientate o quantomeno condizionate dal patrimonio conoscitivo messo a disposizione dalla parte pubblica. I consulenti della difesa, poi, parimenti ignari del contenuto delle indagini, non hanno effettive possibilità di interloquire, atteso il *deficit* cognitivo sia rispetto al perito, che, soprattutto, ai consulenti del pubblico ministero⁴⁰.

Ed allora, per riequilibrare i patrimoni conoscitivi tra accusa e difesa, la prima e più immediata soluzione appare quella di posticipare l'accertamento alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, come suggerito da alcune difese nel caso dell'incidente probatorio per accertare le cause del crollo del Ponte Morandi.

Un suggerimento, a nostro avviso, condivisibile, atteso che la disciplina vigente – novellata da un intervento della Corte costituzionale che aveva esteso l'esperibilità dell'istituto di cui all'art. 392 c.p.p. anche alla fase dell'udienza preliminare⁴¹ – prevede, oltre all'incidente probatorio in sede di indagini, altri *step* processuali, antecedenti al dibattimento, durante i quali può essere assunta una prova: sino al rinvio a giudizio è previsto il rimedio di cui all'art. 392 c.p.p.; successivamente, troverà applicazione l'art. 467 c.p.p. che, non a caso, richiama espressamente i casi di incidente probatorio⁴².

È ben vero che la Corte costituzionale non ha fornito univoche risposte in merito alla possibilità di richiedere l'incidente probatorio per perizia complessa nel periodo

³⁸ 32° Rapporto Italia 2020, in <https://eurispes.eu>, p. 715.

³⁹ 32° Rapporto, cit., p. 721.

⁴⁰ Sul punto, N. GALANTINI, *Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 3, p. 39, per cui «[I]l contraddittorio che può scaturire dall'esame del perito o dal parere peritale si può rilevare imperfetto per la sua base conoscitiva originaria, potenzialmente circoscritta anche per il consulente nominato dalla difesa [...]. In ogni caso, in assenza di una disposizione specificatamente mirata all'incidente probatorio che consenta di mettere gli atti a disposizione del perito, compete nella prassi all'inquirente la relativa scelta e selezione».

⁴¹ Il riferimento è a Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1788, con nota di A. MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*.

⁴² Sul punto, la dottrina appare non univoca. Secondo A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Milano, 2007, p. 506, e P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 149, il fatto che la norma faccia riferimento a «prove non rinviabili» implicherebbe il richiamo al solo art. 392, comma 1, c.p.p. Per contro, S. SAU, *L'incidente*, cit. p. 99, non ritenendo ipotizzabile una distinzione concettuale tra atto non rinviabile ed atto urgente, intende il richiamo all'art. 392 c.p.p. nella sua interezza e, dunque, anche per il caso di perizia di lunga durata.

ricompreso tra l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e l'inizio dell'udienza preliminare⁴³.

Con ordinanza del 2001⁴⁴ il giudice delle leggi, pur dichiarando la manifesta inammissibilità della questione, poneva la propria attenzione sul fatto che, nella citata pronuncia del 1994, la *ratio* sottesa all'apertura del rimedio incidentale all'udienza preliminare era da identificarsi nel pericolo di perdita irrimediabile della prova. Successivamente, la Consulta dichiarava infondata un'ulteriore questione, rilevando che «la prova che il rimettente vorrebbe assumere con incidente probatorio [perizia complessa] 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 "garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova", a sua volta espressione del diritto di difesa», aggiungendo che consentire l'assunzione di una siffatta prova esporrebbe la durata delle indagini a una irragionevole dilatazione⁴⁵. Dopo

⁴³ Diffusamente, sul punto, anche per i riferimenti giurisprudenziali, P. RENON, *Incidente probatorio oltre la scadenza dei termini delle indagini preliminari? Questione chiusa... anzi no*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1584.

⁴⁴ Il riferimento è a Corte cost., ord. 9 maggio 2001, n. 118, in *Giur. cost.*, 2001, p. 959, con nota di P. RENON, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*. Nel caso di specie, il g.i.p. del tribunale di Torino sollevava incidente di legittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui tali norme non prevedevano che l'incidente probatorio potesse essere richiesto, nei casi di cui all'art. 550 c.p.p., sino alla citazione diretta a giudizio. In particolare, a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, i due indagati presentavano richiesta di incidente probatorio per assumere perizia. Il giudice *a quo*, in buona sostanza, rilevava che ritenere inammissibile la richiesta di incidente probatorio dopo la notifica dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., alla luce dei *nova* di cui alla sentenza n. 77 del 1994, si ponesse in contrasto gli artt. 3 e 24 Cost. Sotto il profilo del principio di eguaglianza, si palesava una disparità di trattamento tra gli indagati per i quali è prevista l'udienza preliminare e per coloro i quali, invece, si procede nelle forme dell'art. 550 c.p.p. Con riguardo al diritto di difesa, sarebbe precluso all'indagato la possibilità di assumere una prova non rinviabile al dibattimento. La Corte dichiarava la manifesta inammissibilità della questione, rilevando come il remittente non avesse indicato la ragione dell'indifferibilità, omettendo peraltro di precisare che tipo di perizia dovesse assumersi: *ex art. 392, comma 1, lett. f)* ovvero ai sensi dell'art. 392, comma 2, c.p.p. Trattandosi di una declaratoria di manifesta inammissibilità, le informazioni offerte dalla Corte sono comprensibilmente molto sintetiche. In un *obiter dictum*, tuttavia, è possibile carpire qualche precisazione: da un lato, allorché il giudice delle leggi precisa che ogniqualvolta vi sia un rischio di dispersione «l'accesso all'incidente non possa mai essere negato» (Id., *Limiti cronologici*, *ivi*, p. 967); dall'altro, quando, poco dopo, la Corte assume che «sarebbe palesemente incongruo differire la *vocatio in ius* per l'assunzione di una prova per la quale non sia ravvisabile alcun pericolo nel ritardo».

⁴⁵ Si veda Corte cost., ord. 18 luglio 2002, n. 368, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2734. Con tale pronuncia, la Corte "riprende" quanto anticipato con l'ordinanza n. 118 del 2001 e delimita il concetto di prove «suscettibili di essere esposte al rischio di irrimediabile dispersione». Più precisamente, la Consulta veniva adita dal g.i.p. del tribunale di Ancona, che chiedeva di valutare la compatibilità degli artt. 392 e 393 c.p.p. con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. «nella parte in cui non prevedono che la richiesta di incidente probatorio possa anche essere presentata nella fase delle indagini preliminari quando i relativi termini sono già scaduti». Nel giudizio di cognizione, il giudice *a quo* aveva accolto una richiesta di incidente probatorio *ex art. 392, comma 2, c.p.p.* per perizia complessa. Nel corso dell'incidente, il pubblico ministero, dopo aver richiesto la proroga del termine delle indagini preliminari, comunicava che detto termine era scaduto. Secondo il remittente, dunque, si imponeva una revoca del provvedimento di ammissione, in quanto, secondo il disposto degli artt. 392, comma 1, e 393, comma 2, c.p.p., l'incidente probatorio può essere chiesto, rispettivamente, nel «corso» ed «entro i termini» delle indagini preliminari. Conseguentemente, sussistevano le stesse ragioni che avevano indotto la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 con sentenza n. 77

circa un anno, la Corte rigettava una pressoché identica questione, ribadendo quanto asserito nella precedente pronuncia⁴⁶.

Pur prendendo atto di un siffatto stato dell'arte, non ci si può esimere dal rilevare che, ai nostri fini, tali pronunce non appaiono dirimenti: in tutte e tre le occasioni, infatti, l'incidente probatorio era stato richiesto dalla "parte debole", *id est* l'indagato, in una fase in cui la *disclosure* era già stata garantita. Peraltro, si fatica a comprendere la *ratio* che spingerebbe a censurare la dilatazione temporale delle indagini preliminari a – implicito ma innegabile – scapito della conseguente speditezza del dibattimento⁴⁷.

I citati approdi del giudice delle leggi sono stati condivisibilmente criticati da autorevole dottrina che ha rilevato come sia incomprensibile il fatto che «una ordinanza di manifesta inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, qual è l'ordinanza 118/2001, ed una ordinanza di manifesta infondatezza, qual è 368/2002, possano modificare il dato normativo così come risulta da una sentenza additiva di parziale declaratoria di illegittimità costituzionale»⁴⁸.

Il medesimo Autore, poi, osserva come la stessa Consulta, nella sentenza n. 77/1994, avesse esteso l'operatività dell'incidente probatorio nell'udienza preliminare anche ai casi di perizia al fine di non pregiudicare la concentrazione del dibattimento⁴⁹.

del 1994. Si palesava, quindi, una violazione degli artt. 3 e 24, Cost. per un'irragionevole limitazione del diritto alla prova e del diritto di difesa, atteso che non sarebbe dato comprendere per quale motivo «l'incidente probatorio possa essere chiesto sia in pendenza dei termini per le indagini preliminari, sia dopo la richiesta di rinvio a giudizio, ma non nella fase intermedia». Inoltre, venivano evidenziate frizioni, sempre in riferimento al principio di ragionevolezza, con l'art. 111 Cost. con riguardo ai commi 2 e 3. Sotto il profilo del tempo necessario a preparare la difesa, nel caso in cui l'accusato venga a conoscenza delle indagini nei suoi confronti quando il termine di cui all'art. 405, c.p.p. è ormai maturato, non sarebbe ragionevole attendere la richiesta di rinvio a giudizio per poter chiedere l'assunzione anticipata della prova. Per quanto concerne la lesione del principio di parità delle armi, il remittente rilevava come sia incongruo il fatto che il pubblico ministero, conoscendo il contenuto delle indagini, possa chiedere in ogni momento l'incidente probatorio, mentre l'indagato possa chiedere l'anticipazione della prova solamente nel – peraltro eventuale – caso in cui venga a conoscenza della pendenza nei suoi confronti. La Corte costituzionale dichiarava la manifesta infondatezza della questione. Ribadiva quanto affermato nell'ordinanza 118 del 2001 e, rispetto a quell'approdo, espressamente affermava che la prova che deve assumersi con l'incidente probatorio per perizia complessa non può essere considerata soggetta al rischio di irrimediabile dispersione. Per tali motivi, la questione veniva dichiarata manifestamente infondata.

⁴⁶ Il riferimento è a Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 249, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2094. In tale occasione, la Corte era stata investita dal g.i.p. del tribunale di Latina, che dubitava in «riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., della legittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p. in quanto non prevedono che la richiesta di incidente probatorio possa essere presentata anche dopo la scadenza del termine stabilito dall'art. 405, comma 2, c.p.p. per la conclusione delle indagini preliminari e prima dell'inizio dell'udienza preliminare, durante la quale, invece, in applicazione della sentenza della Corte cost. n. 77 del 1994, è consentita la richiesta di incidente probatorio». La Consulta, trattandosi, di fatto, di richiesta con identico *petitum*, aveva buon gioco nel reiterare quanto già stabilito con le ordinanze precedentemente emesse.

⁴⁷ In questo senso, D. BIELLI, *Periti e consulenti nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1991, 3, p. 76, il quale rileva che «i tempi dell'incidente probatorio incidono in ogni caso sulla durata del processo, ancorché nella fase delle indagini preliminari, per un tempo forse superiore a quello richiesto dall'espletamento della prova nel giudizio».

⁴⁸ Così, testualmente, G. LOZZI, *L'ambito di operatività*, cit., p. 503. V. P. RENON, *Limiti cronologici*, cit., p. 969, il quale considera l'ordinanza n. 118/2001 quale «interpretazione autentica» della sentenza n. 77/1994.

⁴⁹ Il riferimento è, nuovamente, a G. LOZZI, *L'ambito di operatività*, cit., p. 504.

Come anticipato, a nostro avviso, il principio di concentrazione, per quanto irrealizzato e, forse, irrealizzabile, deve comunque costituire un obiettivo. Occorre, pertanto, esprimere preferenza per soluzioni che, a un tempo, salvaguardino tanto l'unità temporale del processo quanto i diritti di difesa, evitando che un istituto che dovrebbe assolvere a ben diversa funzione non si risolva in un improprio strumento di indagine a favore della pubblica accusa, offrendole carta bianca per assumere una prova in grado di definire il processo senza le garanzie proprie della sua fase centrale.

De iure condendo, se e quando il legislatore vorrà affrontare il problema, una soluzione di sintesi, quasi una suggestione, che potrebbe offrire quanta maggior tutela agli interessi in gioco consisterebbe nel superamento dell'incidente probatorio per perizia complessa su richiesta del pubblico ministero – salvo consenso della persona sottoposta alle indagini – posticipando l'accertamento alla fase degli atti preliminari al dibattimento di cui all'art. 467 c.p.p. Ciò consentirebbe alla pubblica accusa – comunque libera di procedere all'accertamento a mezzo di un esperto di parte – di tutelare il segreto istruttorio e all'indagato di conoscere il compendio probatorio in mano alla controparte processuale. Con riferimento al principio di concentrazione, poi, nulla muterebbe rispetto alla disciplina vigente, atteso che l'accertamento peritale avverrebbe comunque al di fuori della fase dibattimentale.

Il principio di immutabilità del giudice, infine, non subirebbe inutili compressioni.