

## Irripetibilità della prova ed accertamenti tecnico scientifici

Filippo Giunchedi

1. La vicenda dell'omicidio di Meredith Kercher che in questo volume viene focalizzata sotto molteplici profili, impone, tra le altre, una riflessione sull'istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili.

Già in altri contesti avevamo avuto l'occasione di evidenziare le problematiche commesse ad uno strumento che risente delle incrostazioni inquisitorie del procedimento penale ed in specie della fase delle indagini, poco valendo la possibilità riconosciuta dal legislatore di svolgere indagini (*recte*: investigazioni) anche al difensore, compresi accertamenti tecnici connotati dalla irripetibilità. Ma di questo ne parleremo successivamente in relazione al ruolo preponderante che hanno svolto gli accertamenti disciplinati dall'art. 360 c.p.p. nel processo di Perugia.

Su un piano più generale non si possono sottacere alcune piegature che negli ultimi anni ha assunto il processo penale. L'attuale codice, nato per garantire un processo di stampo tendenzialmente accusatorio (ove i principi fondamentali sono costituiti dall'oralità, dalla pubblicità, dall'onere della prova in capo all'accusa che deve essere diversa dal giudicante, dalla parità delle parti, etc., ma soprattutto dal principio di formazione della prova nel contraddittorio delle parti), si è di volta in volta plasmato alle pulsioni della collettività dando vita a fenomeni degenerativi rispetto all'impostazione originaria. Tutti ricorderanno come a pochi anni dall'entrata in vigore del Codice Vassalli, la Corte costituzionale con tre storiche decisioni (nn. 24, 254 e 255 del 1992) inflisse una violenta sferzata al principio della formazione della prova in contraddittorio consentendo in nome del principio di non dispersione delle prove, sotteso alla ricerca della verità, la possibilità di immettere nello scibile processuale materiale spurio raccolto unilateralmente.

La necessità di ripristinare i canoni di fondo, anche sulla base dell'eco proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ha poi portato, mediante l. cost. 2 novembre 1999, n. 2, alla c.d. riforma del giusto processo con il conio di un nuovo art. 111 Cost., in gran parte analogo all'art. 6 C.e.d.u., tendente a ripristinare la matrice accusatoria del processo penale italiano, governato «dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» (art. 111, co. 4, Cost.).

Peraltro il legislatore, con una corposa attività, non si è limitato a dettare le linee guida mediante la norma costituzionale poc'anzi indicata, ma ha fatto molto di più: innanzi tutto offrendo effettività ai principi del giusto processo

tramite la rivisitazione, con l. 1° marzo 2001, n. 63, di gran parte delle norme del codice relative alla formazione e alla valutazione della prova (tra le più significative gli artt. 64, 197 *bis*, 210, 500, 513, 526 c.p.p.), ma al contempo coniando altre leggi, tutte ancillari alla realizzazione di un processo giusto, realizzabile grazie all'effettiva parità delle parti (la legge sulle investigazioni difensive e quelle sulla difesa d'ufficio e sul patrocinio a spese dello Stato, *in primis*).

Allo stesso tempo, però, si è incominciato a fare largo uso della “prova scientifica” (che, utilizzando una terminologia ortodossa, andrebbe definita prova tecnica), abbandonando la prova dichiarativa, c.d. “prova regina”, formata per l'appunto nel contraddittorio delle parti mediante l'esame incrociato. Anzi, proprio l'affidabilità delle metodologie scientifiche ha portato ad un spostamento del baricentro del processo dal giudizio alla fase delle indagini, in nome di una presunta oggettività della prova raccolta con tali strumenti, trasformando il dibattimento da luogo per la formazione della prova a momento deputato a valutare se i dati conoscitivi raccolti anteriormente – e spesso unilateralmente – possano entrare nello scibile processuale. La letteratura specializzata, sottolineando le insidie di un siffatto *modus procedendi*, anche sulla base delle linee guida offerte dalla giurisprudenza statunitense (*in primis* la sentenza “Daubert”), ha ammonito l'interprete rivendicando la necessità di fissare delle metodologie di acquisizione della prova scientifica secondo protocolli predefiniti, c.d. *best practices* o S.O.P. (*standard operating procedure*). Abbiamo detto, quindi, che l'insidia della prova tecnica è costituita dal fatto che molto spesso è raccolta in solipsistica autonomia; ed è proprio qui che si annidano i rischi maggiori dai quali non è andato esente il caso esaminato.

2. La prova di colpevolezza a cui è pervenuta la Corte di assise di Perugia si è basata essenzialmente sui seguenti passaggi:

a) falsità dell'alibi prospettato dagli imputati, tale da costituire un elemento a loro carico;

b) l'effrazione della finestra della stanza della coinquilina della persona offesa e dell'imputata Amanda Knox, che costituirebbe una *mise en scène* orchestrata dagli imputati per depistare le indagini;

c) le lesioni riportate dalla vittima compatibili con un concorso nel reato di violenza sessuale sfociato poi nell'evento omicida ario, tali da escludere la sola azione di Rudy Guede, come noto processato e condannato separatamente avendo optato per la definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato;

*d)* le indagini genetiche effettuate sul gancetto del reggiseno indossato da Meredith e sul coltello sequestrato a casa del coimputato Raffaele Sollecito sui quali sarebbero stati individuati il DNA, rispettivamente, di Raffaele e Amanda;

*e)* le tracce biologiche rinvenute nel bagno utilizzato da Meredith e Amanda, spiegato dalla Corte d'assise come l'immediata conseguenza dell'efferata azione delittuosa: l'assassino per ripulirsi del sangue della vittima si sarebbe servito del bagno attiguo alle stanze delle due ragazze;

*f)* le altre tracce esaltate dal Luminol tutte riferibili agli imputati che, dopo aver commesso l'omicidio, si sarebbero mossi all'interno dell'abitazione (ed in particolare nelle stanze di Amanda stessa e della coinquilina Romanelli) per accertarsi che all'esterno non fossero presenti potenziali testimoni.

La Corte d'assise d'appello, all'esito di una rivalutazione delle prove acquisite nel giudizio di primo grado e di una robusta rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, soprattutto in relazione agli aspetti tecnico-scientifici della vicenda, ha ritenuto che di certezze nella ricostruzione del fatto omicidiario ve ne siano poche, dovendosi invece ritenere che la Corte di primo grado abbia utilizzato elementi certi, ma dal significato non univoco, per corroborarne altri al fine di una ricostruzione unitaria completamente avulsa dai canoni probatori richiesti dal nostro ordinamento e cioè la prova di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio come prescrive l'art. 533, co. 1, c.p.p. In particolare, secondo la Corte territoriale, quei dati, all'esito delle spiegazioni offerte dai tecnici, perdono la caratteristica della certezza, così da impedire ogni possibile ipotesi ricostruttiva. Valga al proposito la chiara metafora utilizzata dall'Assise di secondo grado: «Ora, però, sono venuti meno gli stessi “mattoni” di quella costruzione: non si tratta, cioè, soltanto di una diversa ricollocazione di quei “mattoni”, tale da non consentire l'attuazione del progetto architettonico disegnato, ma piuttosto di una mancanza del materiale necessario per la costruzione. Ed il venire meno degli elementi materiali del progetto accusatorio non consente, ovviamente, di pervenire ad una pronuncia di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio»<sup>1</sup>

Gran parte dei dati, i “mattoni” della costruzione per dirla con le parole della Corte, sono stati acquisiti mediante accertamenti tecnici non ripetibili.

La lettura delle sentenze di primo e di secondo grado, invero, non permette di determinare con chiarezza tutti gli accertamenti che sono stati compiuti e se tutti erano connotati dalla non ripetibilità, caratteristica che importa riflessi

---

<sup>1</sup> Pag. 138 sentenza.

di non poco conto sul piano delle garanzie.

Analizzeremo successivamente gli aspetti concreti; per ora è opportuno fissare alcune premesse sistematiche sia per sostenere le conclusioni alle quali perverremo, sia per scongiurare in futuro effetti invalidanti come quelli verificatisi nel corso delle indagini del delitto di Perugia, responsabilmente censurate dalla Corte territoriale con la riforma della sentenza di condanna emessa in primo grado.

3. L'accertamento tecnico non ripetibile costituisce uno strumento a disposizione di pubblico ministero e - seppur statisticamente in misura minore - soggetti privati (indagato e persona offesa) qualora gli accertamenti disciplinati dall'art. 359 c.p.p. attengano a «persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione» (art. 360, co.1, c.p.p.). Concorre con questo istituto l'incidente probatorio che, tra le varie ipotesi per le quali vi si può ricorrere, costituisce il veicolo per effettuare una perizia - dettata dalla necessità di «svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche» (art. 220, co. 1, c.p.p.) - durante le indagini e l'udienza preliminare in situazioni di non rinviabilità.

Sia l'accertamento tecnico non ripetibile che l'incidente probatorio, oggi più che in passato, risultano imprescindibili per un processo permeabile all'ausilio del progresso scientifico che, pur nel doveroso spazio riservato agli esperti, non può comunque essere elusivo del ruolo del giudice quale garante della procedura per valorizzare il contraddittorio tecnico. Non si trascuri, infatti che l'interazione tra scienza e diritto avviene mediante differenti categorie di saperi. Da un lato, quelli dell'esperto che richiedono la conoscenza di leggi scientifiche e di tecnologie dal cui impiego si acquisiscono dati; dall'altro, quelli del giudice che dovrà elaborare detti elementi alla luce dei criteri di attendibilità e di efficacia probatoria.

Nonostante la loro apparente omogeneità, i due istituti si caratterizzano per un'ontologica differenza proprio per la presenza o meno del giudice e per la diversa qualità del contraddittorio tecnico. Sono queste le ragioni che ci porteranno a sostenere la necessità di abbandonare lo schema previsto dall'art. 360 c.p.p. per recuperare i connotati minimali per la formazione della prova in epoca di giusto processo, vale a dire davanti al giudice, grazie alle maggiori garanzie che offre l'incidente probatorio.

Tralasciando aspetti che non è possibile sviluppare in questa sede, cercheremo di approfondire le carenze degli accertamenti disciplinati dall'art. 360 c.p.p. non più tollerabili in un processo che tende a valorizzare il contraddittorio

torio nella formazione della prova; un contraddittorio che risulta ancor più necessario laddove si disquisisca su dati tecnici, costituenti la premessa per conclusioni che risentono molto dell'attività di falsificazionismo che viene effettuata e che rafforza la conclusione secondo cui il giudice non può più sottostare al principio dell'assolutezza della scienza, ma al contempo deve rifuggire la concezione dello *iudex peritus peritorum*, ora deputato a selezionare i dati probatori solo dopo aver offerto ampio spazio al contraddittorio tecnico. Questo approccio nuovo è dettato dalle linee guida offerte dal codice vigente che assicura «la tutela dei diritti delle parti rispetto alle perizie» (art. 2, n. 10, l. 16 febbraio 1987, n. 81), differentemente dall'onniscienza del giudice del codice Rocco ove il perito svolgeva la perizia in segreto e non era nota la legge scientifica (considerata infallibile) utilizzata. Il giudice recepiva acriticamente il risultato della perizia e la riversava o meno sugli altri dati del processo. Le parti, pubblico ministero incluso, non potevano che rimanere spettatori inerti. Attualmente, invece, il ruolo delle parti nella prospettazione della ricostruzione si è rafforzato: la loro possibilità di poter contraddire efficacemente assume un ruolo fondamentale, tanto più in un sistema processuale che ha sposato un canone valutativo teso a valorizzare nella prova della colpevolezza il principio dell'oltre il ragionevole dubbio, vale a dire la prevalenza di una tesi rispetto ad un'altra ogni qualvolta quest'ultima si ponga come ragionevolmente inaccettabile.

L'adozione di questa regola di giudizio, strettamente connaturata ai principi di presunzione di non colpevolezza dell'imputato, di ripartizione dell'onere della prova e di assoluzione in caso di insufficienza, contraddittorietà e incertezza della prova d'accusa, risponde all'esigenza di percorsi argomentativi corretti, motivati in ordine alle opzioni valutative delle differenti ricostruzioni fattuali emerse in giudizio e alla ragione per cui non risultano in grado di scalfire quella per cui ha optato il giudice, sorretta da *standards* conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale. Ciò in quanto il diritto alla prova comprende anche il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova. E per ottenere questo risultato di completezza, il giudice - affinché dalla valutazione delle varie ipotesi ricostruttive possa effettuare quel processo di falsificazione che viene considerato il migliore strumento per verificare la resistenza di una tesi - deve dare ampia possibilità alle parti di partecipare al fenomeno di verifica dell'accadimento oggetto dei temi di prova proposti dagli antagonisti ed in particolare dell'asserzione accusatoria del pubblico ministero.

4. Va premesso che, pur dando atto le decisioni di primo e secondo grado di aver proceduto in determinate operazioni tecniche utilizzando lo strumento degli accertamenti tecnici, l'impossibilità di accedere agli atti del processo non ci consente valutazioni approfondite circa il rispetto dei presupposti previsti per legge. È certo che le dinamiche e le garanzie dell'art. 360 c.p.p. vennero osservate:

a) per le indagini genetiche sul gancetto del reggiseno strappato a Meredith e sul coltello rinvenuto a casa di Sollecito<sup>2</sup> che, come detto, hanno costituito due elementi portanti della sentenza di condanna, essendovi state rinvenuti, secondo la Corte di assise, i profili del DNA, rispettivamente, di Sollecito e della Knox;

b) per le tracce biologiche contenute all'interno del bagno piccolo (quello in uso a Meredith e Amanda)<sup>3</sup>.

Sembrerebbe da escludersi che si procedette ai sensi dell'art. 360 c.p.p. per l'analisi dei *personal computer* di Raffaele Sollecito, aspetto che, come noto, ha costituito uno dei motivi di scontro tra accusa e difesa circa l'alibi. Infatti, secondo l'interpretazione del p.m., fatta propria dalla Assise di primo grado, non vi fu interazione umana per un lungo lasso di tempo, tale da non rendere incompatibile la presenza dei due imputati nell'abitazione di via della Pergola nel periodo in cui viene datata la morte della vittima. Secondo quello che è l'orientamento dominante della giurisprudenza, e cioè che «non rientra nel novero degli atti irripetibili l'attività di estrazione di copia di *file* da un computer oggetto di sequestro, dal momento che essa non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da creare pregiudizio alla genuinità del contraddittorio conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre e comunque assicurata la riproducibilità d'informazioni identiche a quelle contenute nell'originale»<sup>4</sup>, pare doversi escludere che l'analisi del pc di Raffaele venne effettuata con le garanzie previste dagli accertamenti tecnici irripetibili. Oggigiorno, infatti, mediante l'avallo della giurisprudenza di legittimità, si utilizza il c.d. *bitstream image* o copia *bit per bit* che viene effettuato come se si trattasse di un'operazione di perquisizione e conseguente sequestro, sfuggendo quindi alle più rigorose garanzie richieste per gli accertamenti tecnici non ripetibili.

---

<sup>2</sup> Cfr. pag. 261 sent. I grado.

<sup>3</sup> Cfr. pag. 299 sent. I grado.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 5 marzo 2009, A.S.A., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 337.

Prima di passare ai profili specifici si rende opportuno uno “schizzo” sull’istituto in esame. Il pubblico ministero dispone di due tipologie di accertamenti tecnici: quelli previsti dall’art. 359 c.p.p. e quelli non ripetibili disciplinati dall’art. 360 c.p.p. La consulenza prevista dall’art. 359 c.p.p. – che traccia le coordinate operative per quella prevista per il più complesso istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili – costituisce lo strumento a disposizione del p.m. ogni qualvolta debba procedere ad operazioni tecniche ove si rendono necessarie specifiche competenze. Ci si è chiesti, al proposito, quali siano i possibili punti di divergenza dalla consulenza c.d. “extraperitale” di cui all’art. 233 c.p.p. con la conseguenza di sancirne la totale sovrapponibilità sul piano contenutistico, in quanto è comune ad entrambi gli istituti la possibilità di utilizzare il consulente di cui la parte si sia avvalsa nella fase delle indagini, ed in particolare nel corso degli accertamenti, come consulente di parte per il processo onde riportare le risultanze tecniche precedentemente raccolte, salvi i limiti dettati dall’art. 233 c.p.p.

Eterogeneità si riscontra, al contrario, sul piano funzionale, in quanto nell’ottica del giudice il consulente nominato per gli accertamenti *ex art.* 359 c.p.p. svolge una funzione consultiva rispetto al consulente che – nel corso del processo – deve eventualmente resocontare accertamenti non più ripetibili le cui risultanze sono entrate ai sensi dell’art. 431, comma 1, lett. c), c.p.p. nel fascicolo del dibattimento, la cui ulteriore ed eventuale attività è esplicativa di un atto che rimane confinato all’endoprocessualità delle indagini.

La scarna disciplina dell’art. 359 viene completata con quella prevista per gli accertamenti tecnici non ripetibili del p.m. che si pone quale suo ideale prolungamento nelle ipotesi in cui questi proceda ad accertamenti, rilievi ed a tutte le operazioni tecniche in cui sono necessarie delle competenze specifiche.

La non ripetibilità non costituisce l’unico elemento distintivo tra gli artt. 359 e 360 c.p.p.; infatti, mentre, nell’ipotesi prevista dalla prima norma, il ricorso ai consulenti è facoltativo, nella seconda, è obbligatorio. Il che è coesenziale al fatto che il secondo istituto restringe la sua portata ai soli accertamenti, escludendo i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici, i quali, non richiedendo alcuna attività di elaborazione critica, possono tranquillamente essere compiuti da persone idonee.

Proprio il taglio tecnico che riveste l’istituto, impone al p.m. l’avviso, senza ritardo, agli interessati (indagato, difensore e persona offesa) del giorno, dell’ora e del luogo in cui verrà conferito l’incarico al consulente onde consentire loro di interloquire in ordine al tema di indagine assegnato e anche

per instaurare il contraddittorio tecnico mediante la nomina di propri consulenti.

Il co. 2, richiamando l'operatività dell'art. 364, co. 2, c.p.p., prevede la nomina del difensore di ufficio all'indagato che ne sia privo - ipotesi alquanto frequente per il fatto che, solitamente, l'atto interviene nella fase prodromica delle indagini quando ancora la persona sottoposta alle indagini è ignara del procedimento a proprio carico -, salva la facoltà di nominarne uno di fiducia. Difensori e consulenti nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico e agli accertamenti con possibilità di «formulare osservazioni e riserve». Questo inciso pone, a nostro avviso, una serie di problematiche interpretative che dipana l'esatta dimensione dei tratti inquisitori che ammantano gli accertamenti tecnici non ripetibili. Infatti, nonostante il legislatore si sia premurato di stabilire le modalità di instaurazione del contraddittorio, di formulare la riserva di promuovere l'incidente probatorio e il regime di utilizzabilità dei risultati degli accertamenti, ha, invece, trascurato di dettare un'apposita disciplina relativa al conferimento dell'incarico. Proprio da questa lacuna emergono una serie di perplessità che non possono essere superate mediante l'integrazione con la disciplina prevista per la perizia, poiché, un conto, è parlare di un atto gestito da un organo terzo ed imparziale ed altro di atto unilaterale nella gestione di un soggetto destinato a divenire parte processuale e, quindi, portatore di un interesse.

Nonostante l'esegesi normativa ritenga estensibile all'istituto degli accertamenti *ex art. 360 c.p.p.* l'intera normativa prevista per la perizia, sulla piena operatività della disciplina prevista per la perizia vi sono non poche riserve in considerazione dell'unilateralità dell'incarico che sembra lasciare poco spazio alle iniziative di coloro che "subiscono" l'accertamento, senza, cioè, che possano interloquire con un soggetto terzo ed imparziale quale il giudice; anzi, potrebbe divenire controproducente sotto il profilo strategico una forte presa di posizione verso un determinato approfondimento tecnico in quanto tendente a svelare la debolezza o gli interstizi in cui ci si vuole incuneare. Ecco, pertanto, che risulta preferibile ritenere che solo parzialmente si possa attingere alla disciplina prevista dagli artt. 220 ss. c.p.p., nonostante il principio di parità delle parti porti a ritenere che ai consulenti possano essere estese le facoltà dettate dagli artt. 226, co. 2, e 230, co. 2, c.p.p. e, quindi accordare un ruolo attivo ai consulenti dell'antagonista.

In concreto il tenore del co. 3 dell'art. 360 prevede che difensori e consulenti tecnici abbiano diritto di «assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve». Il punto è chiarire



il significato da attribuire al verbo «assistere» ed in particolare se poterlo ritenere quale prologo al successivo diritto di formulare osservazioni e riserve. Se, infatti, lo si intende come attività di osservazione passiva, volta sul piano processuale a verificare la regolarità del compimento degli atti, è ovvio che la conoscenza a priori dell'oggetto dell'accertamento non produce effetti sul piano del diritto di difesa; ma se, al contrario, l'accertamento tecnico *ex art. 360 c.p.p.* è da assimilarsi per analogia alla perizia, il termine assistenza è da leggersi con un significato più ampio - di contraddittorio - e in correlazione logica con i diritti successivamente assicurati (partecipazione agli accertamenti, formulazione di osservazioni e riserve). L'art. 226, co. 2, c.p.p. prevede, infatti, un contraddittorio nella formulazione dei quesiti. Inevitabile, quindi, che laddove nel contesto degli accertamenti, di cui si è fatto ampio utilizzo nell'indagine perugina, debbano operarsi valutazioni circa le metodologie da seguire il contraddittorio si rivela effimero. È il caso delle indagini genetiche e delle problematiche emerse in ordine al *Low Copy Number (LCN)*, rilevate in spregio alle raccomandazioni della comunità scientifica internazionale. Un contraddittorio "attivo" in ordine alla metodologia da utilizzare avrebbe forse scongiurato il vizio invalidante che ha portato il giudice di appello a riformare la sentenza di condanna.

La riserva di promuovere incidente probatorio è quella che crea maggiori problemi interpretativi in quanto non sono ancora chiari i limiti insiti in una formulazione della disposizione che, accanto ad un potere di veto nei confronti del p.m. - ma lo stesso vale nell'accertamento tecnico non ripetibile a cui procedono i soggetti privati -, vi è anche il successivo obbligo di attivarsi con la richiesta di incidente probatorio che, in mancanza, dovrebbe essere formulata dal p.m.

Al di là di questo vuoto, il comma 5 illustra le conseguenze, sul piano dell'utilizzabilità, della decisione del p.m. di procedere ugualmente nell'accertamento tecnico nonostante la riserva formulata dall'indagato. Ovvio che si tratta di aspetti squisitamente strategici sui quali si giocano gran parte dei processi a contenuto tecnico, come quello in esame.

5. Le questioni che vanno evidenziate e che spiegano il "peso" che possono aver assunto nel processo per l'omicidio di Meredith Kercher, riguardano il contesto del contraddittorio tecnico che nel modello degli accertamenti tecnici non ripetibili appare limitato - per i rilievi prospettati al paragrafo precedente - rispetto alle ipotesi di perizia disposta con incidente probatorio.

I primi - quali strumenti derogatori alla formazione della prova in dibattimento e avanti al giudice - parrebbero in stridente antitesi con i pilastri del giusto processo e con i canoni di legalità fissati, tanto da potersi parlare di una “frattura” con le ideologie e gli *standards* probatori imposti dalla Costituzione. Epperò lo spirito riformista imbrigliato tra aspirazione all’effettività del processo giusto e nuove direttive di politica criminale dettate dall’emergenza, non consente cadute di tensione garantista di fronte ad un istituto anomalo che - statistiche alla mano (ne è un esempio il caso sotto obiettivo) - risulta sempre più utilizzato. Il punto, semmai, è che dall’uso non si degradi nell’abuso. Allo stesso tempo occorre trovare una soluzione persuasiva volta a reindirizzare l’istituto verso il modello accusatorio, troppo spesso eluso in nome di una semplificazione delle forme che di fronte al ruolo primario che l’istituto va assumendo non ha più ragion d’essere in quanto appare un *trompe l’oeil*, con il rischio connaturato di ostacolare o limitare la scoperta della verità.

È risaputo che prima del dibattimento non v’è processo e che le indagini servono, nella prospettiva dell’accusa, solo per le determinazioni inerenti l’azione penale, mentre, nell’ottica della difesa, per convincere il p.m. dell’inidoneità degli elementi gnoseologici raccolti a sostenere l’accusa in giudizio, o, in funzione profilattica, per le opzioni in ordine alle alternative procedurali offerte dall’ordinamento. In particolare, nel passaggio dalle affermazioni di principio alle norme positive - molto spesso “deformate” dalla giurisprudenza creativa delle Corti -, per una serie di vischiosità concettuali e culturali, non si è pervenuti all’auspicata sovrapposizione, registrandosi il fallimento di parte dello spirito accusatorio del processo penale.

L’accertamento tecnico non ripetibile, come detto, risente ancora delle incrostazioni inquisitorie tipiche del precedente codice. Allora è necessario valutare se l’ideologia possa mutare i tratti dell’istituto, e ciò appare possibile solo se vi si accompagni la volontà di rompere senza indugi con le pastoie culturali del passato. Nello specifico, quello che emerge dalla lettura della riforma del giusto processo è l’omologazione di un modello di accertamento giudiziale che si fondi su un nuovo concetto di prova; una prova in linea con i caratteri del processo sovranazionale che tende a relegare ad ipotesi occhiutamente circoscritte le deroghe al contraddittorio nella formazione della prova. Si tratta di regole del gioco che, oltre ad essere preventivamente stabilite, devono essere osservate con scrupolo onde permettere la regolarità della sfida e che devono essere chiare, nel senso di essere impermeabili alle manipolazioni speculari degli antagonisti.

Oggi giorno, invece, l'accertamento tecnico non ripetibile costituisce ancora un terreno infido, ove l'alto tasso di strategicità continua ad influenzare l'esito del processo tanto per l'indice di scientificità che connota la prova quanto per la tendenziale irreversibilità dei risultati dell'accertamento.

Vero è che nell'intenzione del legislatore l'accertamento tecnico non ripetibile si prefigge di evitare di ricorrere necessariamente all'incidente probatorio in ipotesi di perizie molto frequenti nella pratica, solitamente facili e brevi, ma non dilazionabili al dibattimento. Però, è altrettanto vero che occorre fare un po' di chiarezza nella materia e, soprattutto, ancorare l'utilizzo dell'istituto, per la sua antitetività all'accusatorietà del processo, ad ipotesi circoscritte, ove lo spazio per la discrezionalità (il riferimento a perizie frequenti, facili e brevi lascia troppo spazio per arbitrii) sia limitato alla stretta necessità. Spostare le ipotesi di accertamento tecnico non ripetibile al solo requisito della non rinviabilità - che, peraltro, accentuerebbe il suo ruolo di eccezione dell'eccezione (vale a dire dell'incidente probatorio) - può apparire la soluzione più idonea a delimitare l'utilizzo di un istituto che, per il suo tenore letterale, non tende nemmeno ad assicurare il contraddittorio tecnico per la limitatezza dei poteri attribuiti ai consulenti dell'antagonista, i quali non hanno la possibilità di incidere sui punti su cui dovrà snodarsi l'accertamento. D'altronde, dei limiti della norma ne erano consci anche i *conditores* che in una sorta di pentitismo legislativo apprestarono un meccanismo di recupero del contraddittorio per la prova, mediante la previsione della riserva di promuovere l'incidente probatorio.

Con questa soluzione il legislatore, salvi i riflessi in punto di utilizzabilità, ha mantenuto in capo al p.m. (o alla parte privata nel contesto delle investigazioni difensive) il potere di consentire l'accesso al più garantito incidente probatorio, in relazione al fatto che di fronte ad un dato potenzialmente volatilizzabile, il procedere, pur nel dissenso della parte opposta, neutralizza la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio.

Ed allora, se il problema è quello di ripristinare le garanzie del giusto processo coniugandole con la necessità di operare con urgenza - come quando ci si trova di fronte ad elementi di prova che con il passare del tempo sono destinati a perdere gran parte del coefficiente gnoseologico, è forse il caso di "rovistare" all'interno del codice ove si può individuare, seppur effettuando gli opportuni adattamenti, uno strumento utile proprio in queste ipotesi.

Abbiamo detto che i limiti dell'istituto previsto dall'art. 360 c.p.p. sono costituiti dalla mancanza di contraddittorio tecnico. L'accento, in particolare, si pone sul diverso significato di «assistere al conferimento dell'incarico» previ-

sto per i consulenti (co. 3) rispetto al ruolo attivo previsto nelle ipotesi di perizia ove già nella formulazione dei quesiti i consulenti possono contraddire (art. 230 c.p.p.). Il codice di rito conosce la possibilità di utilizzare l'istituto della perizia anche nella fase delle indagini preliminari mediante l'incidente probatorio, le cui dinamiche si mostrano non compatibili con la tempistica con la quale spesso è richiesto di intervenire per tutelare situazioni di non rinviabilità. Al proposito il legislatore ha previsto un modello più veloce di incidente probatorio, disciplinato dall'art. 400 c.p.p.

Questo tentativo - che in questa sede di accenna solamente - di superare le problematiche tipiche di un istituto ad alto tasso di inquisitorialità, consentirebbe di restituire centralità al contraddittorio per la prova, limitando le ipotesi di contraddittorio sulla prova a casi eccezionali che non coincidono con la maggior parte di quelli per cui si utilizza l'istituto disciplinato dall'art. 360 c.p.p.

Allo stesso modo si otterrebbe il desiderabile risultato di offrire qualità al contraddittorio tecnico valorizzando il ruolo degli esperti i quali, con un potere partecipativo pari a quello previsto per la perizia, consentirebbero di evitare "strozzature" cognitive legate ad un'interpretazione rigorosa, e quindi restrittiva, dell'istituto.

L'adesione a questo ipotizzato modello, avrebbe forse evitato il lungo calvario vissuto dagli imputati che hanno dovuto subire, seppur "a tempo", una condanna per un accertamento fondato da una visione monoculare disancorata dai principi fondanti il giusto processo.