



9/2017

QUALE «STATUS» PER IL CONSULENTE TECNICO DEL PUBBLICO MINISTERO?

Appunti per una lettura «multifocale»

di Annalisa Gasparre

Abstract. *L'interrogativo in merito a quale sia lo status del consulente del pubblico ministero ha un doppio ambito di rilevanza, processuale e sostanziale. Circa le modalità di assunzione del contributo tecnico vi è un'assimilazione totale alla prova dichiarativa del testimone? E, ancora, esiste un obbligo di verità passibile di sanzione penale oppure solo un onere ai fini dell'attendibilità? In breve: il consulente tecnico del pubblico ministero è sempre assimilabile al testimone? La possibile ricerca di risposte rinvia ad una (ormai) classica questione: la rilevanza della prova scientifica nel processo penale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'*overturning* della sentenza assolutoria al cospetto dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. – 3. I consulenti tecnici sono assimilabili ai testimoni? – 4. Un'immagine "sfocata" quella prodotta da una prospettiva ipermetrope: se destinatario di una condotta allettatrice, il consulente tecnico del p.m. è equiparato al testimone.

1. Premessa.

La "questione" di quale sia lo *status* del consulente del pubblico ministero ha un doppio ambito di rilevanza: sul versante processuale riguarda le modalità di "assunzione" del contributo tecnico e solleva problematiche relative alla natura della prova formata attraverso la consulenza tecnica (ci si chiede se sia una prova dichiarativa assimilabile *in toto* a quella di un testimone); sul versante sostanziale, ci si interroga riguardo un obbligo o un onere di verità penalmente sanzionato. Sullo sfondo si stanziava la problematica più ampia di quale sia il contributo apportato dal consulente tecnico al processo teso all'accertamento di fatti di rilevanza penale, contributo sempre più fondamentale perché frutto di un sapere tecnico-scientifico, spesso decisivo nella dimensione rappresentativa del quadro scientifico vivente¹.

¹ DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 601 ss.

Si anticipa che le problematiche emerse dall'indagine sulla "qualifica" del consulente tecnico del pubblico ministero sul piano processuale e su quello sostanziale sembrano autonome ma si intersecano per poi allontanarsi nella soluzione adottata confermando una natura ibrida ma "ipermetrope", che non convince del tutto a seconda della prospettiva adottata.

2. L'*overturning* della sentenza assolutoria al cospetto dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

In un recente caso deciso dalla Corte di cassazione (sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691)², la Corte d'assise di Catanzaro aveva condannato l'imputato per il reato di lesioni gravi in danno della vittima, derubricando l'originaria imputazione di omicidio preterintenzionale e aveva assolto i medici dall'addebito di omicidio colposo "perché il fatto non sussiste". La Corte d'assise d'appello di Catanzaro ha riformato la sentenza riconoscendo l'omicidio preterintenzionale per l'aggressore e l'omicidio colposo per i tre medici. In estrema sintesi la Corte d'appello ha ritenuto che i colpevoli errori diagnostici dei sanitari costituivano i presupposti per il ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico e che tra la condotta dell'aggressore e la morte della vittima non si erano inseriti fattori potenzialmente idonei ad esplicare efficacia causale esclusiva (art. 41 c.p.).

La Corte di cassazione ha rigettato i ricorsi proposti dagli imputati condannati dalla Corte d'assise d'appello – che avevano censurato la mancata nuova audizione dei consulenti del pubblico ministero – affermando che riguardo alle dichiarazioni del consulente tecnico o del perito *non si impone la rinnovazione della prova in appello*, data la "peculiarità" della prova dichiarativa di tali soggetti.

Nel caso deciso, tra i motivi del ricorso spicca quello in cui si lamenta la violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 533 c.p.p. nonché dell'art. 6 Convenzione EDU: secondo tale prospettiva la Corte d'assise d'appello avrebbe modificato la sentenza di assoluzione di primo grado dopo aver rigettato la richiesta di riapertura dell'istruttoria dibattimentale proposta dal pubblico ministero e finalizzata ad una nuova consulenza tecnica; inoltre, non si era proceduto alla nuova audizione dei consulenti del pubblico ministero dalle quali deposizioni dibattimentali la Corte si era discostata.

Adottando la prima prospettiva (processuale) che indaga sulla possibilità di assimilare il consulente tecnico al testimone, occorre richiamare i principi che regolano l'istruzione dibattimentale, meglio la rinnovazione in appello della prova dichiarativa, giacché è su quest'ultima che si sono registrati contrasti applicativi.

² Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691, CED 269529. Nella fattispecie, a seguito di una lite, l'imputato aggrediva una donna che poi veniva ricoverata presso il Pronto Soccorso, di seguito dimessa e, qualche tempo dopo, nuovamente ricoverata per essere sottoposta ad un intervento chirurgico per una frattura non diagnosticata tempestivamente; la paziente era deceduta il giorno dopo l'operazione. Per una prima lettura, CORVI, *Decisioni in contrasto*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 246 s.

Fermo il divieto di *reformatio in peius* nel caso di appello del solo imputato, il giudice d'appello può pronunciare sentenza di riforma della sentenza di primo grado (art. 605, co. 1 c.p.p.). La giurisprudenza ha però chiarito che il giudice d'appello che riformi *totalmente* la sentenza di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio alternativo ragionamento probatorio e di confutare specificamente gli argomenti rilevanti della motivazione della prima decisione, dando conto delle ragioni dell'incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento (la c.d. *motivazione rafforzata*)³. Ancora più chiaramente, nel 2013 la Corte di cassazione ha precisato che la riforma della sentenza assolutoria impone al giudice di argomentare circa la configurabilità del diverso apprezzamento come «l'unico ricostruibile *al di là di ogni ragionevole dubbio*»⁴.

Se non ritiene di poter decidere allo stato degli atti (co. 1 dell'art. 603 c.p.p.) o se ritiene la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale assolutamente necessaria (co. 3 dell'art. 603 c.p.p.), il giudice dispone la rinnovazione⁵.

Riguardo alla *rinnovazione della prova dichiarativa*, lo scenario offerto dal formante giurisprudenziale si presenta omogeneo⁶.

Con la sentenza Dan c. Moldavia⁷, la Corte di Strasburgo ha affermato che per rovesciare il giudizio assolutorio basato sulla valutazione di prove dichiarative è necessaria la nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione⁸.

³ S.U., 12 luglio 2005, Mannino, n. 33748, CED 231679.

⁴ Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705, Farre e a., CED 254113. Conf. Sez. VI, 22 ottobre 2013, n. 45203, Paparo e a., CED 256869, Sez. II, 8 novembre 2012, n. 254725, Berlingeri, CED 254725. Per una critica all'obbligo di motivazione nel giudizio d'appello secondo il canone B.A.R.D. (*behind any reasonable doubt*) perché incidente sulla parità delle parti e sulla terzietà del giudice, CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 57, il quale osserva che «l'obbligo del giudice di appello di disporre la riassunzione delle testimonianze decisive ai fini di una sentenza di condanna, anche se viene incontro alle indicazioni di Strasburgo in tema di immediatezza, introduce un vistoso e ingiustificato squilibrio tra i poteri processuali delle parti».

⁵ Sul meccanismo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello disciplinato dall'art. 603 c.p.p., BARGIS, *Impugnazioni*, in CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2016, 8° ed., p. 865 ss. V. anche BELLUTA, sub art. 603, in CONSO-ILLUMINATI, *cit.*, p. 2669 ss., il quale, sul presupposto secondo cui «l'appello conta sul principio di completezza del primo accertamento», in riferimento alla rinnovazione disposta d'ufficio di cui al co. 3 dell'art. 603 c.p.p., sottolinea la subordinazione dell'attività istruttoria al parametro della sua assoluta necessità, criterio di cui è stata affermata in giurisprudenza «l'equivalenza con l'impossibilità di decidere allo stato dagli atti».

⁶ Per un'indagine sullo statuto convenzionale della rinnovazione della prova in sede di impugnazione, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, p. 239 ss.

⁷ Corte EDU, 5 luglio 2011.

⁸ Il principio è funzionale a consentire ai giudici d'appello di verificare la trustworthiness del dichiarante. RECCHIONE, [La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo](#), in *questa Rivista*, 7 maggio 2013, evoca la «tridimensionalità della prova dichiarativa» e la «valorizzazione dell' "evento testimonianza" come fatto complesso, che si compone di comunicazione verbale e extraverbale», evento che «deve svilupparsi di fronte al giudice», un evento che «si compone non solo del "risultato" dell'intervista giudiziale, ma anche delle "modalità" con cui quell'intervista è realizzata» (cfr. anche Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2013, M., CED 258324). CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2016, 17 maggio 2016,

Diversamente si violerebbe l'art. 6, par. 3 lett. d CEDU che assicura il diritto dell'imputato ad esaminare e a far esaminare i testimoni a carico e ad ottenere la convocazione dei testimoni a discarico. Tale linea interpretativa – che richiede la diretta audizione dei testi non ritenendo sufficiente la rivalutazione “cartolare” della testimonianza, pena l'iniquità del processo⁹ – è stata confermata successivamente dalla Corte EDU¹⁰.

Sul versante interno, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il giudice d'appello non può pervenire a condanna, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative delle quali non abbia proceduto – anche d'ufficio – ad una rinnovata assunzione¹¹.

Più precisamente, nella sentenza Dasgupta¹² è stato chiarito che integra “vizio di motivazione” e non “violazione di legge processuale”¹³ il mancato rispetto, da parte del giudice d'appello, del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in peius*. I soggetti “destinatari” della rinnovazione per i quali la

sottolinea che «l'attenzione alla dimensione “comportamentale” e “fenomenica” della testimonianza che impone una valutazione della attendibilità intrinseca estesa ai contenuti extraverbali la cui percezione (e conseguente valutazione) costituisce una componente indefettibile del giudizio sul dichiarante» e ciò vale anche nel caso dei c.d. testimoni esperti. L'Autore, inoltre, osserva che il divieto di ribaltamento della sentenza assolutoria nel caso di mancata «rinnovazione della prova, si applica anche quando non è in gioco la lesione del diritto di difesa dell'imputato. Si tratta, infatti, di salvaguardare il principio di oralità».

⁹ Si tratta di una lettura del «diritto dell'imputato a confrontarsi con la fonte delle accuse» che viene inteso come «diritto a *criticare* il testimone d'accusa *di fronte ad ogni giudice* (dunque anche alle corti di secondo grado) che abbia il (pieno) potere di pronunciare una sentenza di condanna», di talché il diritto all'equo processo *ex art. 6 CEDU* «diventa (anche) diritto ad una affidabile valutazione della attendibilità, che può essere garantita solo dalla valutazione diretta della testimonianza fondamentale», così RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare*, cit.

¹⁰ Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e Corte EDU, 9 aprile 2013, **Fluera c. Romania**, in *questa Rivista*, 7 maggio 2013, con nota di RECCHIONE.

¹¹ APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 714, rintraccia nel co. 3 dell'art. 603 c.p.p. lo strumento attraverso cui la Corte di cassazione ha praticato un'interpretazione convenzionalmente orientata. Là dove la disposizione conferisce d'ufficio al giudice la possibilità di acquisire prove se risulti assolutamente necessario, secondo l'Autrice, può essere incluso il caso previsto dalla norma convenzionale: la «necessità» di riacquisire le prove *ex art. 603, co. 3, c.p.p.* [...] comprende [...] l'evenienza in cui il giudice ritenga di dover rivalutare le prove dichiarative decisive per la condanna». In dottrina, si veda anche BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, p. 233 ss.

¹² S.U., 28 aprile 2016, n. 27620, CED 267488, nonché in Cass. pen., 2016, p. 3203, con nota di AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, p. 3214. Rilevano BELLUTA-LUPARIA, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#), in *questa Rivista*, 8 maggio 2017, p. 7, che la posizione espressa dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite «conferma il costante bisogno di qualità metodologica nel momento di formazione della prova, avvalorando l'opzione di fondo del processo accusatorio, orale e immediato».

¹³ Non si configura violazione della legge processuale perché la mancata rinnovazione non rileva di per sé ma solo quando si accompagna ad altri elementi rivelatori di una motivazione viziata, così LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 CEDU\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite](#), in *questa Rivista*, 5 ottobre 2016.

ri-assunzione della prova dichiarativa è doverosa sono i testimoni “puri”¹⁴, i testimoni “assistiti”, i coimputati di reato connesso. L’esigenza della rinnovazione si può prospettare anche nel contesto dell’impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione pronunciata nell’ambito del giudizio abbreviato¹⁵ o in caso di impugnazione ai soli effetti civili¹⁶. Si è inoltre precisato che il dovere di rinnovare gli apporti dichiarativi si configura rispetto a quelli decisivi¹⁷: non sono decisivi quei contributi dichiarativi il cui valore probatorio non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado di giudizio e che si combini con altre fonti di prova di natura diversa e non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o

¹⁴ RECCHIONE, [La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell’offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità](#), in *questa Rivista*, 16 gennaio 2017, p. 21, avverte come il principio dell’oralità abbia assunto una nuova dimensione: in particolare, il contraddittorio anticipato è divenuto la “regola” «in tutti i casi in cui il dichiarante non abbia, presuntivamente, o in seguito a specifica valutazione, la capacità relazionale necessaria per affrontare il contraddittorio ordinario, sia cioè “vulnerabile”». Peraltro, l’Autrice ritiene distonico il quadro che, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite nel caso Dasgupta, si è definito: con tale sentenza si è imposta la rinnovazione e, nel caso in cui il dichiarante sia una vittima vulnerabile, «è rimessa al giudice la valutazione circa l’infettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele ad un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell’impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria».

¹⁵ S.U., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano; in proposito si veda BELLUTA-LUPARIA, *Ragionevole dubbio*, cit. Per un commento sull’ordinanza di rimessione Cass. pen., sez. II, 9 novembre 2016, n. 47015, v. sempre BELLUTA-LUPARIA, [Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta. Alle Sezioni unite il tema della rinnovazione probatoria in appello dopo l’assoluzione in abbreviato non condizionato](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2017.

¹⁶ Anche in questo caso è «in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell’imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica; tanto che anche in un contesto di impugnazione ai soli effetti civili deve ritenersi attribuito al giudice il potere-dovere di integrazione di ufficio *ex art. 603, comma 3, cod. proc. pen.*», S.U., 28 aprile 2016, n. 27620, CED 267488.

¹⁷ Osserva TESORIERO, *cit.*, p. 244 che la prova dichiarativa decisiva è l’oggetto della rinnovazione e il parametro della decisività riflette il criterio della «prova determinante». V. anche LORENZETTO, *cit.*, p. 3 ss., che evidenzia che il presupposto della decisività «andrebbe parametrato non tanto sulla prova “negata”, concetto rilevante in sede di legittimità (art. 606 comma 1 lett. d c.p.p.), bensì in relazione alla prova assunta e quindi da “ri-assumere”». L’Autrice rileva che il concetto di prova dichiarativa “decisiva” costituisce la trasposizione domestica della categoria delle prove “determinanti”, parametro presupposto al *direct assessment of the evidence* che si fonda sulla considerazione per cui il giudice d’appello non può esaminare e valutare un caso relativo alla colpevolezza o all’innocenza dell’imputato senza una diretta valutazione delle prove. Secondo l’Autrice il parametro si presta a letture restrittive, quale quella espressa dalle Sezioni Unite; rileva criticamente che si accredita solo la rivalutazione dell’attendibilità intrinseca senza tener conto che «il giudizio sulla credibilità “interna” del flusso comunicativo risente, inevitabilmente, anche del valore attribuito agli elementi “esterni” al dichiarato» nella misura in cui le dichiarazioni decisive sono quelle che traggono tale connotato dalla «combinazione con fonti di prova diverse da cui ricevono» un «significato risolutivo ai fini dell’affermazione della responsabilità». L’Autrice conclude che «il dovere di rinnovazione istruttoria dovrebbe sorgere ogni volta che le dichiarazioni risultino rilevanti ai fini dell’accertamento della responsabilità, nel senso che il giudice le abbia incluse tra le prove a fondamento della condanna». Sulla questione è destinata ad incidere il disposto del Disegno di legge S 2067, approvato dal Senato il 15 marzo 2017, che all’art. 22 co. 3 prevede che, dopo il co. 4 dell’art. 603 c.p.p., sia inserito il seguente: «4-bis. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale»: alcun riferimento alla decisività è previsto.



9/2017

pretermesse dal giudice di primo grado, ricevendo solo da queste ultime un significato risolutivo ai fini dell'affermazione di responsabilità.

In sintesi: anche d'ufficio il giudice deve rinnovare l'istruzione attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado¹⁸.

3. I consulenti tecnici sono assimilabili ai testimoni?

Ripercorso sommariamente l'itinerario giurisprudenziale nazionale e sovranazionale che muove dai principi di oralità, immediatezza, contraddittorio nella formazione nella prova (non solo come diritto dell'imputato ma anche) come metodo per l'accertamento, deve ora guardarsi al caso di specie per verificare se – e in che misura – ci si trovi di fronte ad una pronuncia che si pone in contrasto con il solco tracciato.

Nel caso concreto si discute di *mancata riassunzione delle dichiarazioni dei consulenti tecnici* sentiti in primo grado e di mancato espletamento di una perizia medico-legale. Tali omissioni del giudice d'appello sarebbero destinate ad inficiare il provvedimento di condanna pronunciato in riforma della sentenza assolutoria.

Secondo la giurisprudenza, il perito e i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni¹⁹, tuttavia la deposizione dibattimentale si integra con la relazione che ne forma parte integrante. Deve essere inoltre evidenziato che perito e consulenti tecnici sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti la propria diversa opinione²⁰. Nella sentenza in esame, la Corte ha affermato che la posizione del perito e dei consulenti tecnici non è assimilabile *in toto* a quella del testimone che produce una prova dichiarativa (situazione di cui si è occupata la citata sentenza Dasgupta), quindi non vi è violazione del dovere di rinnovare la prova dichiarativa. In altri termini, secondo il Collegio, la *reformatio in peius* della sentenza di primo grado malgrado la mancata rinnovazione dell'istruttoria

¹⁸ LORENZETTO, *cit.*, p. 3.

¹⁹ Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2002, n. 26845, CED 221737. Si tratta, tuttavia, di una veste – per così dire – solo processuale, meglio ancora, di una specifica attività processuale, quella del segmento in cui avviene l'esame del consulente tecnico (l'art. 501 c.p.p. estende ai consulenti tecnici le regole dell'esame dei testimoni «in quanto applicabili»). Lucidamente critico nei confronti di un'equiparazione tra la figura del consulente tecnico del pubblico ministero al testimone e, ancor prima in fase investigativa, KOSTORIS, *La pretesa vocazione testimoniale del consulente tecnico investigativo dell'accusa, tra codice, Costituzione e diritto europeo*, in *Giur. cost.*, 2014, 2614 ss.

²⁰ Costituisce *ius receptum* che il giudice, quale *peritus peritorum*, possa esprimere il proprio giudizio motivato, quale estrinsecazione del principio della libera valutazione della prova che si applica anche alla prova tecnica (Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2013, n. 12991, CED 255196). Tanto vale anche nei casi in cui manchi una perizia d'ufficio: il giudice può scegliere tra le tesi prospettate dai consulenti di parte purché argomenti le ragioni della scelta, nonché dia conto del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti (Cass. pen., sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 8527, CED 263435). Inoltre, sempre valorizzando l'elemento della discrezionalità del giudice, la rinnovazione di una perizia nel giudizio d'appello può essere disposta solo se il giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti (Cass. pen., sez. II, 15 maggio 2013, n. 36630, CED 257062).

con nuova escussione dei consulenti o l'espletamento di una perizia medico-legale non viola l'art. 6 CEDU perché la "prova testimoniale" rappresentata dalla deposizione di tali soggetti qualificati è peculiare. Secondo la Corte «la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico non costituisce prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice d'appello ha la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa»²¹.

Nel panorama applicativo si registrano opinioni radicalmente difformi: se la dottrina difende l'alterità tra testimone e consulente tecnico, la giurisprudenza è meno convinta.

Per la dottrina maggioritaria il consulente del pubblico ministero è ausiliario della parte e non testimone²². Vero è che l'art. 501 c.p.p., nel disciplinare l'esame dei periti e dei consulenti tecnici, rinvia alle disposizioni sull'esame dei testimoni «in quanto applicabili», tuttavia, al co. 2° si affretta a precisare che il perito e il consulente tecnico «hanno in ogni caso facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, che possono essere acquisite anche di ufficio». Si è osservato anche che la facoltà di consultazione di documenti prescinde dalla finalità di «aiuto alla memoria» previsto dall'art. 499, co. 5°, c.p.p. per il testimone così come prescinde dall'autorizzazione del presidente²³. Entrambe le precisazioni richiamate contribuiscono a sostenere la posizione favorevole a ravvisare «differenze tra la posizione del consulente tecnico (e del perito) e quella del testimone»²⁴. Da quest'impostazione deriva altresì che il consulente tecnico

²¹ Inoltre, la *reformatio in peius* in concreto non si era fondata esclusivamente o in modo determinante sulla rilettura della prova dichiarativa: la Corte di secondo grado si era discostata dalla pronuncia assolutoria valutando elementi e circostanze già valutate dal primo giudice e argomentando in senso difforme rispetto a talune osservazioni dei consulenti in dibattimento, contraddittorie rispetto alle affermazioni contenute nelle relazioni (oltre che dei principi scientifici enunciati e dei riscontri ottenuti in sede di indagine medico-legale).

²² V. in proposito B. ROMANO, *Istigare un consulente tecnico del pubblico ministero a predisporre una falsa consulenza costituisce reato? Alle Sezioni Unite vecchie certezze e nuovi dubbi*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1309 che evoca una figura mitologica, assumendo che quella del consulente del pubblico ministero sarebbe un «ircocervo penalistico», metà consulente e metà testimone. Anche KOSTORIS, *La pretesa vocazione testimoniale del consulente tecnico investigativo dell'accusa, tra codice, Costituzione e diritto europeo*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2616, sottolinea che la figura del consulente tecnico del pubblico ministero è un soggetto gravato di un elemento assorbente nella logica della non assimilazione: il consulente dell'accusa «fornisce il suo contributo conoscitivo in adempimento ad un preciso incarico», è in «funzione di un obiettivo preordinato in anticipo» che percepisce e valuta i fatti. Si differenzia infatti dal "testimone tecnico" anche perché assolve ad una funzione pubblica «dovendo fornire all'accusa le coordinate tecnico-scientifiche necessarie per un proficuo svolgimento delle indagini». La rilevata carenza in ordine allo sviamento dal corretto svolgimento della funzione attribuita – nella misura in cui non è previsto un reato – secondo l'Autore «non autorizza per ciò stesso a "forzare" i confini che distinguono il consulente tecnico dell'accusa dalla persona informata dei fatti» e dal testimone. L'Autore, inoltre, avverte rispetto ai pericoli della trasformazione del consulente tecnico «in testimone *in re propria*» per la prassi «tutt'altro che innocente» di introdurre «attraverso il veicolo della testimonianza il contenuto di elementi raccolti senza contraddittorio in fase investigativa» che non dovrebbero entrare nel materiale probatorio utilizzato dal giudice del dibattimento, in conformità con il principio della formazione delle prove in contraddittorio tra le parti, di cui al co. 4° dell'art. 111 Cost.

²³ GABRIELLI, sub art. 501, in CONSO-ILLUMINATI, *cit.*, p. 2272.

²⁴ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Giuffrè, 1993, p. 334.



9/2017

del pubblico ministero non può essere destinatario delle fattispecie incriminatrici che hanno quale soggetto attivo (art. 371-*bis* c.p. e 372 c.p.) o destinatario (art. 377 c.p.) il testimone.

Di contro, in giurisprudenza, si è affermato che «il giudice d'appello, per riformare *in peius* una sentenza assolutoria, non può basarsi sulla mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze in atti, ma deve procedere al riascolto degli autori dei predetti elaborati già sentiti nel dibattimento di primo grado, altrimenti determinandosi una violazione del principio del giusto processo ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u., così come interpretato dalla sentenza Dan c. Moldavia 5 luglio 2011 della Corte eur. dir. uomo»²⁵; la Corte ha precisato che «la funzione svolta dal perito nel processo, e l'acquisizione dei risultati a cui l'esperto è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale (*omissis*) impone che la rivalutazione della prova sia preceduta dal riascolto dello stesso» (nella fattispecie la Corte territoriale aveva ribaltato la sentenza assolutoria senza rinnovare l'istruzione dibattimentale e, in particolare, pervenendo ad una diversa valutazione degli elaborati peritali e dei documenti degli altrui medici, tutti già ascoltati in primo grado «nella qualità di testimoni») (v. anche, sempre in senso difforme, Cass. pen., sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 6366, Maggi e a., CED 269035).

4. Un'immagine "sfocata" quella prodotta da una prospettiva ipermetrope: se destinatario di una condotta allettatrice, il consulente tecnico del p.m. è equiparato al testimone

Senza alcun preteso tentativo di completezza bensì solo quale riflessione embrionale sul tema, si rileva che lo *status* del consulente del pubblico ministero rileva anche in un altro "luogo" dell'ordinamento. Si allude alla posizione che riveste quale soggetto su cui si indirizza una offerta "corruttiva"²⁶. L'interrogativo più remoto – lo si è anticipato – è se il consulente tecnico del pubblico ministero sia gravato da un obbligo di verità penalmente sanzionato.

Notorio è che *nulla quaestio* se a ricevere l'offerta sia il perito²⁷ nominato dal giudice o il consulente tecnico d'ufficio nominato nel processo civile: in tali casi vi è la copertura fornita dall'art. 373 c.p. (falsa perizia o interpretazione), norma a cui rinvia

²⁵ Cass. pen., sez. II, 1 luglio 2015, Sagone, CED 264542.

²⁶ B. ROMANO, *Istigare un consulente tecnico*, cit., p. 1306, sottolinea le profonde interconnessioni tra diritto e processo penale dei delitti contro l'amministrazione della giustizia che risentono del cambiamento di modello processuale inaugurato con il codice di rito del 1988.

²⁷ Sui caratteri della perizia quale mezzo di prova (e non quale mezzo di valutazione della prova) nonché sulla possibilità di nominare consulenti tecnici anche nell'ipotesi in cui non sia disposta perizia, quale estrinsecazione del diritto alla prova, GREVI, agg. ILLUMINATI, *Prove*, in CONSO-GREVI-BARGIS, cit., p. 324 ss. V., inoltre, VICOLI, sub art. 220, in CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM, 2015, 2° ed., p. 867 ss., nonché ID., sub art. 233, p. 903 ss., nonché DOMINIONI, *L'esperienza italiana*, cit., secondo il quale nel sistema attuale «il perito non è più un ausiliario del giudice».

l'art. 377 c.p.²⁸. Per vero, la fattispecie di cui all'art. 373 c.p. si pone in modo speculare alla disposizione contenente nell'art. 226 c.p.p. in base alla quale il perito, all'atto del conferimento dell'incarico, è avvertito degli obblighi e delle responsabilità previste dalla legge e deve rendere una dichiarazione di impegno di adempiere l'ufficio con il solo scopo di far conoscere la verità: consequenziale la possibilità configurare il delitto di intralcio alla giustizia.

Se invece protagonista della vicenda inerente alle "falsità giudiziarie" (spontanee o indotte) è il consulente del pubblico ministero²⁹ si registra un vuoto di incriminazione, dovuto al «mancato adeguamento della disciplina sostanziale dei reati contro l'amministrazione della giustizia ai mutati assetti processuali del codice del 1988 e, soprattutto, alla controriforma del 1992, che ha introdotto il reato di false o reticenti dichiarazioni al pubblico ministero; riallineamento dal quale è sin qui rimasta estranea – omissis – la figura del consulente tecnico»³⁰.

La fattispecie di intralcio alla giustizia³¹, sanzionando l'istigazione a commettere fattispecie di falso giudiziario, è influenzata dall'assetto "soggettivo" di tali reati. Esclusa l'estensione per mezzo dell'art. 373 c.p., la giurisprudenza si è indirizzata ad altri delitti di falso giudiziario: quelli commessi dalla persona informata dei fatti e dal testimone.

²⁸ Il delitto di intralcio alla giustizia è stato introdotto dalla legge 16 marzo 2006, n. 46, di ratifica ed esecuzione della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale (c.d. Convenzione di Palermo) che invita gli Stati aderenti a sanzionare penalmente la c.d. *obstruction of justice*, cioè le condotte di violenza, minaccia, intimidazione, promessa, offerta di vantaggi per indurre alla falsa testimonianza o comunque interferire nella produzione di prove anche testimoniali nei procedimenti relativi ai reati oggetto della Convenzione, oppure condotte consistenti nell'uso della violenza, minaccia, intimidazione per interferire con l'esercizio di doveri d'ufficio da parte di un magistrato o di un appartenente alle forze di polizia. Il legislatore ha rinominato la disposizione dell'art. 377 c.p. (rubricata "subornazione"), aggiungendo al tessuto normativo originario due ulteriori commi per punire le condotte di violenza e minaccia. Per una ricostruzione puntuale, v. S.U., 12 dicembre 2014, n. 51824, CED 261187.

²⁹ Per un puntuale raffronto tra la figura del perito nominato dal giudice e del consulente tecnico del pubblico ministero, v. B. ROMANO, *Istigare un consulente tecnico*, cit., p. 1307-1309 che conclude nel senso che non potendosi configurare il reato di falsa perizia in capo al consulente tecnico del pubblico ministero non si dovrebbe integrare neppure il delitto di intralcio alla giustizia.

³⁰ KOSTORIS, *La pretesa vocazione testimoniale*, cit., p. 2616. In termini analoghi, SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subordinazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2621.

³¹ Rileva, tra gli altri, BARTOLO, *La 'subornazione' del consulente del pubblico ministero tra istigazione alla corruzione e intralcio alla giustizia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 901 s., che il rinvio dell'art. 377 c.p. alle altre fattispecie (artt. 371-bis, 371-ter, 372 e 373 c.p.) configura la fattispecie di intralcio alla giustizia come "complessa" «perché la condotta incriminata non è quella di chi fa una qualsiasi offerta volta ad ottenere un qualsiasi risultato, bensì solo quella di chi fa un'offerta, che non viene accolta e che è, comunque, volta ad ottenere» una falsa dichiarazione al difensore, una falsa testimonianza o una falsa perizia. L'Autore fa notare che il delitto di (patrocinio o) consulenza infedele (art. 380 c.p.) non rientra tra quelli cui l'art. 377 c.p. rinvia; ritiene, inoltre, che neppure possa «così e velocemente, equiparare il consulente del p.m. al perito», con il risultato che la subornazione del consulente del pubblico ministero «sembra sfuggire al rigore delle sanzioni penali».

Componendo il contrasto interpretativo, nella passività del legislatore e nonostante l'intervento della Corte costituzionale³², le Sezioni Unite della Corte di cassazione³³ hanno affermato che l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità al consulente tecnico del pubblico ministero, finalizzata ad influire sul contenuto della consulenza, integra il delitto di intralcio alla giustizia di cui all'art. 377 c.p.³⁴, in relazione alle ipotesi di cui agli artt. 371-bis o 372 c.p. In altri termini, secondo le Sezioni Unite risponde di intralcio alla giustizia chi tenta di "corrompere" il consulente tecnico del pubblico ministero per indurlo a commettere i reati di false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale e di falsa testimonianza.

Tirando le somme: ad oggi manca un'espressa fattispecie penale contro il mendacio del consulente tecnico del pubblico ministero eppure la giurisprudenza maggioritaria riconosce un obbligo di verità penalmente sanzionato equiparando *in parte qua* il consulente tecnico del pubblico ministero a un soggetto qualunque chiamato a "collaborare" con la giustizia in veste di persona a conoscenza di fatti rilevanti per la decisione. Valorizzando il rinvio previsto dall'art. 501 c.p.p. alle norme sull'esame dei testimoni, la giurisprudenza ritiene che il consulente tecnico possa rispondere delle fattispecie previste per il soggetto (persona informata dei fatti o testimone) mendace (false informazioni al pubblico ministero e falsa testimonianza).

Per arrivare a questa soluzione, supplendo alle assenze del legislatore, le Sezioni Unite fanno due ulteriori passi (ma si allontanano dalle opzioni critiche suggerite dalla dottrina). In primo luogo riconoscono che, per un gioco di rinvii, il consulente tecnico del pubblico ministero possa essere (non solo il soggetto attivo dei reati di false informazioni o di falsa testimonianza bensì anche) il soggetto destinatario della condotta allettatrice: implicitamente si afferma sussistere un obbligo di verità³⁵ in capo al

³² C. cost., 21 maggio 2014, n. 163. La Corte ha pronunciato una sentenza di inammissibilità ma contenente un monito per il legislatore, rimasto inascoltato. Cfr. SCOLETTA, *cit.*, p. 2621 ss. V., inoltre, PIOTTO, [Il consulente tecnico del pubblico ministero tra intralcio alla giustizia ed istigazione alla corruzione. La Corte costituzionale "decide di non decidere"](#), in *questa Rivista*, 26 settembre 2014 che conclude con l'auspicio che vi sia un generale ripensamento dei delitti contro l'amministrazione della giustizia che renda compatibili tali delitti con il mutato assetto processuale, inserendo il delitto di "falsa consulenza", «che include tra i soggetti attivi anche il consulente tecnico del P.M. nominato nella fase delle indagini preliminari». V. altresì, L. ROMANO, [Condotta allettatrice del consulente tecnico del p.m.: la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione sollevata dalle Sezioni Unite](#), in *questa Rivista*, 1 luglio 2014.

³³ S.U., 12 dicembre 2014, n. 51824, Guidi e a., CED 261187. Le due fattispecie contrapposte erano l'istigazione alla corruzione propria e il delitto di intralcio alla giustizia. Per un commento "a caldo", L. ROMANO, [L'offerta "corruptiva" al consulente tecnico del p.m. intralcia la giustizia](#), in *questa Rivista*, 14 gennaio 2015.

³⁴ Affinché la condotta subornatrice non accolta dal consulente tecnico del pubblico ministero integri il reato di intralcio alla giustizia si presuppone logicamente che tale soggetto sia possibile soggetto attivo del reato di false informazioni al pubblico ministero (art. 371-bis c.p.) o di quello di falsa testimonianza (art. 372 c.p.): la condotta istigatrice deve essere indirizzata nei confronti di soggetti tassativamente previsti («persona chiamata a svolgere attività di [perito](#), [consulente tecnico](#) o [interprete](#)») e rivolta alla commissione di determinati reati («per indurla a commettere i reati previsti dagli articoli [371-bis](#), [371-ter](#), [372](#) e [373](#)»).

³⁵ DOMINIONI, *L'esperienza italiana, cit.*, nega che il consulente tecnico abbia un obbligo penalmente rilevante di dire la verità. Sebbene sia diffusa la prassi giudiziaria di chiedere ai consulenti tecnici «di assumere l'impegno di verità» ai sensi del rinvio dell'art. 501 co. 1 c.p.p. alla disciplina dell'esame dei testimoni, incluso, pertanto, l'art. 497 co. 2, seconda parte, c.p.p., l'Autore evidenzia che questa richiesta di impegno

consulente, ma solo del consulente del pubblico ministero³⁶. In secondo luogo, sconfessano l'indirizzo prevalente³⁷, c.d. formalistico, che assume la necessità che i destinatari della condotta abbiano formalmente già assunto la qualifica processuale³⁸ nel momento in cui viene realizzata la condotta³⁹: in capo al consulente tecnico del pubblico ministero *la qualità testimoniale sarebbe «immanente, in quanto prevedibile sviluppo processuale della funzione assegnata»* allo stesso. In particolare, premessa la peculiarità della figura del consulente tecnico del pubblico ministero – che riveste la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio e ha il dovere di obiettività e imparzialità⁴⁰, non potendo esimersi da dire la verità – le Sezioni Unite affermano che, attraverso la nomina da parte del pubblico ministero, il soggetto riveste già una precisa

di verità «non annovera il previo avvertimento dell'obbligo di verità e delle responsabilità previste dalla legge penale per la sua inadempienza» e conclude nel senso che il consulente tecnico del pubblico ministero «non è centro di imputazione di una situazione giuridica soggettiva di obbligo (di verità) l'inadempienza del quale comporti una sanzione penale, ma di un onere (di verità) il cui assolvimento condiziona il giudizio di attendibilità del suo operato». Punto di partenza dovrebbe essere la «disputa dialettica» attraverso cui far emergere «i differenti maggiori o minori pesi» delle figure di esperti. Sulla differenza evocata tra obbligo e onere, in generale, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, 1956. KOSTORIS, *La pretesa vocazione testimoniale*, cit., p. 2618 ss., riguardo al preteso «ruolo probatorio» del consulente del pubblico ministero accorda preferenza alla logica della *cross examination* che dovrebbe prevalere rispetto agli «impegni di verità» tipici del vecchio sistema «espressione di un archetipo processuale potestativo-unilaterale di matrice inquisitoria». Valorizzando la tecnica dell'esame incrociato che porta «a scomporre le prospettive» l'Autore afferma che *l'expertise* è ben più autorevole se ha la capacità di «resistere alle confutazioni, alle 'falsificazioni' avversarie, che non per l'eventuale giuramento solenne di chi lo rende». Sempre KOSTORIS, *I consulenti tecnici*, cit., p. 319 ss., afferma che «anche, e forse soprattutto in campo tecnico-scientifico [...] l'esame incrociato sembra presentarsi come un corollario della moderna epistemologia, che diffida delle verità unilaterali, pur quando provengano da chi abbia contratto un impegno solenne a rivelarle». In generale, nel senso dell'utilizzo dell'esame incrociato quale strumento di formazione e valutazione della prova tecnica, anche FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, CEDAM, 2003, p. 229 ss., che valorizza il rinvio che l'art. 501 c.p.p. fa alle modalità di formazione della prova dibattimentale, affermando, altresì che «non si chiede al giudice di ascoltare due monologhi, ma di assistere alla dialettica tra le parti presenti». L'Autore (p. 230-231) esprime consapevolezza del rischio che a prevalere sia la tesi del consulente che meglio riesca a sostenere la *cross examination*, rilevando che tale pericolo è connotato all'*adversary system of litigation* ma ritiene che tale sistema garantisca «la attendibilità delle dichiarazioni del consulente in misura ben maggiore di quella derivante da un apodittico obbligo di verità rafforzato dalla norma penale» e conclude (p. 233) che «l'esame incrociato, anche nel campo tecnico-scientifico, è l'unico strumento che consente di prescindere da posizioni precostituite di fede privilegiata».

³⁶ Cfr. SARTI, *L'obbligo di verità del consulente tecnico del p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 543 ss. L'Autore sottolinea che l'operazione ermeneutica rischia di attribuire un differente «peso probatorio» alle dichiarazioni dei consulenti e ciò in contrasto con il principio di parità delle parti.

³⁷ Tra le molte, S.U., 30 ottobre 2002, n. 38503, Vanone, CED 222347.

³⁸ La qualità di testimone è assunta nel momento dell'autorizzazione del giudice alla citazione del soggetto ai sensi dell'art. 468, co. 2 c.p.p. (cfr. S.U. Vanone, CED 222347).

³⁹ B. ROMANO, *Istigare un consulente tecnico*, cit., p. 1310-1311.

⁴⁰ E allora, se così è, non al testimone dovrebbe farsi riferimento bensì al perito. Tuttavia, come rileva B. ROMANO, *La Corte costituzionale e la "subornazione" nei confronti del consulente tecnico del pubblico ministero: ancora in nuce il processo di parti?*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3231, le Sezioni Unite, «non riuscendo ad integrare l'intralcio alla giustizia lungo la via (normativamente preclusa, ma) lineare degli artt. 377 e 373 c.p.» hanno «"scoperto" la nuova frontiera del consulente tecnico del p.m. "immanentemente" testimone (o persona chiamata a rendere dichiarazioni al pubblico ministero)».



9/2017

veste processuale, benché non ancora formalmente assunta (con la citazione *ex art. 468, co. 2 c.p.p.*). Già la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che gli enunciati valutativi, quando intervengono in contesti che implicano l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, assolvono una funzione informativa sicché possono dirsi "veri" o "falsi"⁴¹. Si è osservato che la valutazione, quando fa riferimento a criteri predeterminati, è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, ma la qualificazione in termini di verità/falsità dipende dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento. Muovendo da tali premesse, le S.U. Guidi e a. (n. 51824/14) affermano che «anche in relazione a giudizi di natura squisitamente tecnico-scientifica può essere svolta una valutazione in termini di verità-falsità» con la conseguenza che «il consulente tecnico del pubblico ministero va equiparato al testimone anche quando formula giudizi tecnico-scientifici».

Da questi appunti non si delinea una visione nitida della figura del consulente tecnico del pubblico ministero. Rimane offuscato lo sfondo del problema che solo in modo semplicistico può essere dibattuto nel senso dell'equiparazione o meno, processuale o anche sostanziale, del consulente tecnico del pubblico ministero al testimone.

La giurisprudenza è giunta a soluzioni opposte: se destinatario dell'obbligo di verità, è equiparato al testimone (in modo peraltro "immanente"), se si vuole riformare la sentenza di primo grado *in peius*, non è necessaria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, perché si tratta di una prova dichiarativa "peculiare". Più che una risposta, in conclusione, si pone una domanda: in che misura il consulente tecnico della parte pubblica ha un dovere di dire la verità? (pena una sanzione penale, come affermano le S.U. Guidi e a. o pena l'inattendibilità del dichiarante/esperto, come sostiene la dottrina maggioritaria?).

⁴¹ Cass. pen., sez. V, 9 dicembre 1999, n. 3552, Andronico, CED 213366; conf. sez. VI, 6 dicembre 2000, n. 8588, Ciarletta, CED 219039, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 15773, Marigliano, CED 236550; sez. I, 10 giugno 2013, n. 45373, Capogrosso, CED 257895.