

Perito - Direttive e controlli da parte del giudice (78 StPO della RFT)

13 Maggio 2018
Armin Kapeller

I

“Il giudice ha l’obbligo di **dirigere l’attività del perito**, nei limiti in cui ciò si appalesa necessario”. Così dispone il 78 StPO.

Il **Sachverständigenbeweis**, la perizia, insieme alla deposizione testimoniale, rientra tra i c.d. **persönlichen Beweismittel**, che si distinguono dai sachlichen Beweismittel (quali sono, p. es., i documenti). È da osservare che la StPO della RFT prevede soltanto bestimmte Beweismittel, per cui si parla anche di “*numerus clausus der Beweismittel*”.

Va rilevato altresì che la **nomina di un perito** (nel processo penale) è rimessa, di norma, all’Ermessen (pflichtbewussten) del giudice, ma che, in alcuni casi (4), sussiste l’**obbligo** di procedere alla nomina di questo esperto (p. es., se è imputata una persona di falso nummario, se si tratta di dover disporre una misura di sicurezza detentiva).

Come anche dal CPP italiano del 1988, il perito è considerato, dalla StPO della RFT, un **ausiliario del giudice**. Le “definizioni” del Sachverständigen, che – al pari del teste – “ist ein persönliches Beweismittel”, vanno da “Richtergehilfe” a “Unterstützer des Richters in dessen eigener Tätigkeit der Sachaufklärung”, nei limiti in cui **al giudice mancano le cognizioni tecnico-scientifiche** necessarie ai fini della decisione. È stato detto che l’intervento del perito si rende necessario in caso di accertamenti/valutazioni, che “gehen über den juristischen Fachverstand hinaus”.

II

La **Leitungsfunktion del giudice**, quale prevista dal § 78 StPO, si riferisce, principalmente, a a “cosa” il perito è chiamato ad accertare (o a valutare) e soltanto secondariamente al “come”. Così è stato ritenuto che rientri nel “pflichtgemäßen Ermessen” del perito, sulla base di quale documentazione (messagli a disposizione dal giudice) procederà all’elaborazione della relazione peritale.

Si può dire che il § 78 StPO disciplina “**das Verhältnis zwischen Richter und Sachverständigen** bei der Vorbereitung des Gutachtens” (rapporti tra giudice e perito in occasione della preparazione/elaborazione della perizia). Il “compito” del perito è **essenzialmente** quello di procedere a Feststellungen (accertamenti) e a valutazioni di carattere tecnico, mentre la “rechtliche Würdigung” (definita “*ureigene, richterliche Aufgabe*”), rientra nella competenza del giudice.

Al perito si chiede una “**besondere Sachkunde**”, un “**besonderes Expertenwissen**”. Per consentire al Sachverständigen di espletare l’incarico, il giudice è obbligato a mettere a disposizione di questi le c.d. **Erkenntnisquellen** (ved. BGHSt 59, 1), in particolare, di consentirgli di prendere visione dei documenti acquisiti (e rilevanti ai fini dell’espletanda perizia). Il **giudice è tenuto a verificare**, se il perito ha svolto il suo incarico in modo tale da consentire all’autorità giudiziaria di comprendere le conclusioni, alle quali è

pervenuto il perito e di poter fondare la propria decisione sulla relazione peritale, che, di norma, **viene illustrata verbalmente in dibattimento** e non depositata in cancelleria. Un'ulteriore verifica che incombe al giudice del dibattimento, è quella di valutare, se il perito ha adempiuto l'**obbligo d'imparzialità** e di aver espletato la propria attività **secondo scienza e coscienza** (nach bestem Wissen und Gewissen).

Va rilevato che in dibattimento una relazione peritale scritta non costituisce zulässiges Beweismittel, essendo necessario che il perito proceda **verbalmente a esporre** e a **illustrare** (mündlich vortragen) le **conclusioni**, alle quali è pervenuto. La Falschaussage del perito in dibattimento, può giustificare un Wiederaufnahmeantrag (istanza di revisione), se la non genuinità di quanto riferito dal Sachverständigen, è stato accertato con sentenza passata in giudicato.

III

L'importanza del § 78 StPO viene spesso sottovalutata, anche perchè in sede dibattimentale, la **Vernehmung del perito** – che è parte integrante dell'istruzione (Beweisaufnahme) – è di competenza del giudice (rientra nella "Sachleitungsbefugnis des Richters"), quale soggetto che dirige l'istruzione dibattimentale. Forse a causa di questa sottovalutazione, la Corte suprema federale (BGH) ha sentito il bisogno di mettere in rilievo, più volte, l'importanza di questa disposizione normativa (ved. BGH St 45, 168 e BGH St 1986, 138), in particolare, il "ruolo" del **giudice** (del PM e della polizia, nelle indagini preliminari) quale "Auftraggeber" del perito, la cui **attività deve essere diretta e controllata dal giudice**, al quale incombe altresì di determinare i limiti delle incombenze del Sachverständigen.

Nell'ambito della Leitungsbefugnis, attribuita dal giudice a mente del § 78 StPO, gli compete altresì di **fornire al perito delucidazioni** di carattere giuridico per quanto siano necessarie ai fini dello svolgimento delle operazioni peritali. Qualora la nomina del perito sia avvenuta soltanto a istruttoria quasi ultimata, il perito deve essere **reso edotto "von welchem Sachverhalt er auszugehen hat"** (quali sono i fatti da prendere in considerazione) e queste "informazioni" possono essere date anche fuori udienza (ved. BGH St 2, 25, 29). Il perito deve essere reso edotto anche per quanto concerne **norme procedurali**, in particolare, con riferimento ai diritti/facoltà (ved. BGHSt 5 StR 83/68), che il § 80 StPO gli conferisce; si tratta, in particolare, della facoltà di esaminare testi e/o, eventualmente, anche l'imputato (senza, però, ledere lo ius tacendi di quest'ultimo). La **presenza necessaria del giudice alle operazioni peritali** è prevista soltanto dai §§ 87-90 StPO; negli altri casi è rimessa alla discrezionalità del giudice stesso, se questi la ritiene "zweckdienlich e förderlich".

IV

Il perito, di norma, non presta giuramento. Tuttavia, l'Eidesleistung (con la quale il perito dichiara di aver adempiuto il proprio incarico "unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen"), **può essere richiesta** dal giudice, se questi ha dubbi che l'espletamento dell'incarico peritale sia avvenuto con la dovuta Gewissenhaftigkeit, vale dire coscienziosamente.

Delle **conclusioni** della relazione peritale, il **giudice deve tenere conto nella motivazione della sentenza** ed esse devono formare oggetto di apposite valutazioni, per cui **non** è ammissibile una "blinde Übernahme der Gutachtensergebnisse" (ved. BGHSt12, 311) in occasione della stesura della motivazione della sentenza.

V

La c.d. **Leitungspflicht del giudice si estrinseca**, anzitutto, nella formulazione – precisa e dettagliata - del

quesito/dei quesiti, al quale/ai quali il perito è tenuto a rispondere. Le Beweisfragen, se poste in modo chiaro e preciso, sono atte a prevenire anche eventuali “Überschreitungen des Gutachterauftrages”. In particolare, il giudice è tenuto a **specificare e a precisare bene le c.d. Anknüpfungstatsachen**, dalle quali il perito deve partire (ved. BGHSt 18, 107, 108). Ciò non esclude, però, che al perito possano essere sottoposte più Sachverhaltsalternativen da prendere in considerazione nell’espletamento dell’incarico.

Per Anknüpfungstatsachen s’intendono fatti già noti (al giudice) al momento del conferimento dell’incarico (ved. BGHSt 45, 164). Ma al perito è altresì conferita la **facoltà** di “procurarsi”, esso stesso, “Anknüpfungspunkte” (BGH St 9, 292), sia pure nei limiti di cui al § 80 StPO. Si tratta: a) delle **Befundstatsachen** e b) delle **Zusatzstatsachen**.

Con riferimento alle **prime**, è da osservare che si tratta di fatti che il **perito è in grado di appurare soltanto in virtù delle sue particolari cognizioni tecnico-scientifiche** (ved. BGH St 9, 292 (293) e BGH St 18, 107 (108)); di esse, il perito riferisce verbalmente in sede di esposizione della relazione peritale (ved. BGH St 20, 164 (166)). Le Befundstatsachen costituiscono, insieme alle Anknüpfungstatsachen, le basi del Gutachten.

Zusatzstatsachen sono fatti che il perito ha accertato nell’ambito dello svolgimento del proprio incarico, senza che, a tal fine, siano necessarie particolari cognizioni tecnico-scientifiche (ved. BGH St 18, 107 (108)). Le Zusatzstatsachen non costituiscono parte integrante della relazione peritale. Se il **giudice intende “servirsi” delle stesse**, il perito deve essere esaminato (a parte) - **in qualità di teste e con tutti gli obblighi, facoltà e diritti propri del teste – su questi fatti**.

Per quanto concerne le **conseguenze** derivanti eventualmente dal fatto che al perito siano state fornite **troppo poche Anknüpfungstatsachen** e se la perizia debba essere considerata, in tal caso, ungeeignites Beweismittel ai sensi del § 245, comma 2, StPO, si veda BGH St 2007, 513.

VI

Fatta eccezione per i casi previsti dai §§ 87-90 StPO (autopsia), la **presenza – necessaria – del giudice** per assistere alle operazioni peritali, dipende da una **valutazione discrezionale** – che deve essere fatta “pflichtgemäß” – dal giudice stesso, nella sua qualità “der zur Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen verpflichteten Person”.

Al fine di **prevenire** che in sede di espletamento delle indagini peritali possano **essere violate norme procedurali o diritti delle parti oppure di testi**, il perito deve essere informato dal giudice in ordine ai limiti delle proprie incombenze e facoltà nonché sul contenuto delle stesse.

Per esempio, il Sachverständige deve essere **avvertito dello ius tacendi** che compete all’imputato e che il mancato rispetto di questo diritto comporta inutilizzabilità. Inoltre, il perito deve essere reso edotto che **zulässiges Verteidigungsverhalten**, da parte dell’imputato, non può essere valutato a sfavore dello stesso (ved. BGH St 512/02 – 16.1.2003).

Compete invece al perito, fatto salvo quanto sopra, la **scelta delle modalità e dei metodi** concernenti l’effettuazione delle operazioni peritali, per cui sono escluse, in linea di massima, fachliche Weisungen al perito da parte del giudice, che ha conferito l’incarico peritale; così pure l’obbligo di adottare, nell’espletamento dell’incarico, determinati metodi d’indagine. Il giudice, quale Leiter der Tätigkeit des Sachverständigen, è però tenuto ad assicurare che il **perito osservi standards minimi** relativi a un determinato settore tecnico-scientifico. Secondo BGH St 2003, 537 m, **l’imputato non ha il diritto di richiedere la presenza del proprio difensore in occasione del compimento delle operazioni peritali**. Compete soltanto al perito, valutare, se l’Anwesenheit des Verteidigers sia “utile” o meno ai fini del

compimento delle operazioni peritali.

L'ordinamento processual-penale della RFT prevede, accanto al perito (Sachverständigen), anche il c.d. **sachverständigen Zeugen**. Perito è soltanto chi agisce *su incarico* (im Auftrag) del giudice. Sachverständiger Zeuge (per il quale trovano applicazione soltanto e, interamente, le norme previste per i testimoni), è colui che **riferisce "über vergangene Tatsachen"**, per la cui percepibilità è stata **necessaria una besondere Sachkunde**. Il sachverständige Zeuge viene anche indicato come **Wahrnehmungsperson** e questi, a differenza del perito, non può essere sostituito (ist unersetzbar).

VII

È da notare che il giudice, se reputa di avere cognizioni tecniche sufficienti, può prescindere dalla nomina di un perito (fatta eccezione per i - pochi - casi, in cui l'Ernennung des Sachverständigen è obbligatoria e ai quali abbiamo accennato sopra). Tuttavia, qualora il **giudice sopravvaluti la propria Sachkunde**, il mancato conferimento dell'incarico a un perito può integrare la violazione della richterlichen Aufklärungspflicht (di cui al § 244, comma 2, StPO) e costituisce **motivo per la Revision** (impugnazione - ved. BGHSt 2, 164 e BGHSt 3, 169). Così, p. es., è stata ritenuta necessaria la nomina di uno psichiatra, se sussistono dubbi circa la Schuldfähigkeit dell'imputato (ved. BGH StV 2005, 419 e BGH StV 1988, 52). **Non sussiste un'allgemeine Sachverständigenpflicht** (obbligo di assumere l'incarico di perito), in analogia alla c.d. Zeugenpflicht, fatta eccezione per i casi in cui il giudice è obbligato a disporre perizia. Il perito, in caso di **nomina obbligatoria**, è tenuto a **comparire dinanzi al giudice per accettare l'incarico** e, in caso di mancata comparizione, nei confronti del perito possono essere adottati "Ordnungsmittel"; egli può anche essere condannato alla rifusione delle spese che ha causato per effetto del mancato adempimento alla Gehorsamspflicht.

Per quanto concerne l'**impugnazione (la Revision)**, questo mezzo di gravame non è esperibile – direttamente – deducendo che sarebbe stato violato il § 78 StPO. Tuttavia, se il giudice non adempie la propria Sachleitungsfunktion e se, per effetto di quest'omissione, viene violato il principio "nemo se detegere tenetur" oppure se il giudice ha **trascurato la c.d. Aufklärungspflicht, risp. l'Untersuchungsgrundsatz** di cui al § 244, comma 2, StPO, la Revision è da ritenersi ammissibile e proponibile.

TAG: *Ctu, perizia, Perizia penale, RFT, testimone, Diritto Tedesco*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore

non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.

*Filodiritto(Filodiritto.com) un marchio di **InFOROmatica S.r.l***