

Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica

Paolo Tonini

1. *Prova scientifica e sistemi processuali.*

Premesso che si può definire “difesa” la tutela contro un attacco che venga mosso ai diritti di un soggetto con qualsiasi procedura giudiziaria, occorre in via preliminare esaminare come si colloca il diritto di difesa nella scelta tra i sistemi processuali penali in materia di prova scientifica.

È noto che l'ordinamento italiano dal 1988 ha abbandonato il sistema misto di tipo napoleonico e l'istituto del giudice istruttore. Ma il legislatore italiano, pur avendo scelto il modello accusatorio, non ha voluto accogliere tale sistema nella sua accezione più pura ed intransigente, tipica del modello anglo-americano. Al contrario, nel corso di venti anni ha elaborato con modifiche continue un sistema originale che possiamo definire “accusatorio temperato”. In questo quadro generale deve essere valutato il diritto di difesa.

Cosa accadeva in Italia tra il 1955 ed il 1988, quando era accolto il sistema misto di tipo napoleonico? Dobbiamo ammettere che il diritto di difesa era riconosciuto con molti limiti. Il giudice nominava il perito, che svolgeva le sue operazioni con la partecipazione facoltativa dei consulenti tecnici dell'imputato e della parte civile. Nella sentenza il giudice si limitava ad accogliere i risultati della relazione del perito e non doveva motivare sul perché riteneva accettabile tale parere. Anche in materia di prova scientifica appare esatta la definizione che il Prof. Amodio ha dato a quel sistema, da lui denominato “garantismo inquisitorio”.

Al momento di redigere il nuovo codice di procedura penale, il legislatore italiano non ha voluto accogliere il sistema accusatorio di tipo puro, che comportava l'eliminazione della figura del perito e l'utilizzazione esclusiva di “testimoni esperti” nominati dalle parti. Al contrario, la legge-delega n. 81 del 1987 ha mantenuto l'istituto della perizia, sia pure con la precisazione che doveva essere garantita «la tutela dei diritti delle parti rispetto alle perizie» (n. 10 dei principi direttivi). Una simile scelta appare condivisibile perché il sistema accusatorio puro ha tre difetti fondamentali, che sono ben illustrati nel giudizio che ha dato Damaška, secondo cui il sistema angloamericano della prova scientifica è “alla deriva” (1).

In primo luogo, tale modello tutela in modo eccessivo il diritto alla prova senza curarsi del fatto che il giudice finisce per disporre soltanto delle informazioni favorevoli alla singola parte e non le ricostruzioni neutrali o non controverse.

(1) DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it., Bologna, 2003, 208: «il contesto processuale angloamericano non è particolarmente adatto all'impiego di informazioni scientifiche». Vi è la «naturale tendenza delle parti e dei loro avvocati a dedurre soltanto le informazioni loro favorevoli, e ciò induce a trascurare dati neutrali o non controversi».

In secondo luogo, in siffatto contesto non è permesso al giudice di nominare un esperto di sua fiducia, tant'è che proprio su questo si appunta oggi il dibattito in Inghilterra e negli USA.

Infine, il sistema accusatorio puro non fornisce al giudice gli strumenti per motivare la sentenza in modo logico e razionale e, dunque, appare incompatibile con quanto è espressamente imposto dalla nostra Costituzione nell'art. 111, comma 6. Proprio questa, a nostro avviso, è stata la ragione che più di ogni altra ha condizionato la scelta italiana.

Come è noto, il codice del 1988 ha messo in moto un cambiamento che tuttora, dopo più di vent'anni, è in atto con sviluppi originali ed interessanti. È stato creato un sistema completamente originale.

Il modello di fondo appare certamente accusatorio, perché tutte le parti - anche quelle private- hanno il potere di nominare consulenti tecnici che possono svolgere investigazioni scientifiche. La consulenza tecnica fuori dalla perizia (art. 233) è stata introdotta per garantire alle parti il diritto alla acquisizione degli elementi di prova scientifica e per consentire alle medesime di prepararsi al contraddittorio. In dibattimento il giudice può ritenere sufficiente sentire il consulente tecnico del pubblico ministero e quello dell'imputato (e dell'eventuale parte civile).

Quello italiano, però, è un sistema accusatorio "temperato", perché il giudice ha conservato il potere di nominare un perito anche se questi non è più un mero ausiliario del giudice, perché la perizia si svolge con un contraddittorio che è stato potenziato. Infatti, dopo che la perizia è stata svolta, sia il perito, sia i consulenti di parte sono sottoposti ad esame incrociato.

Si tratta di un sistema accusatorio "temperato" anche perché il legislatore ha attribuito al giudice un potere di iniziativa probatoria d'ufficio che deve essere esercitato in caso di inerzia delle parti, ma risulta fruibile soltanto in dibattimento. Infatti, il giudice ove non intenda limitarsi a utilizzare il sapere degli eventuali consulenti tecnici di parte, ha il potere di ammettere la perizia sia su richiesta di parte, sia d'ufficio.

2. La fase delle indagini preliminari.

Il problema dell'ordinamento italiano sta soprattutto nella fase delle indagini preliminari. Come è noto, in tale sede di regola non è presente il giudice. Le investigazioni sono segrete e sono condotte dal pubblico ministero che dirige la polizia giudiziaria. Il magistrato inquirente può nominare un consulente tecnico di parte che di regola svolge la sua attività in segreto (art. 359). Per

attuare un minimo di contraddittorio, sia pure di tipo debole, il codice ha dovuto accettare un compromesso esile ed instabile. Soltanto quando si presenta come “non ripetibile”, l'accertamento tecnico deve svolgersi con il contraddittorio del consulente dell'indagato e dell'offeso; detto esperto ha facoltà di intervenire fin dalla formulazione dei quesiti (art. 360).

In base ad un accurato bilanciamento tra i diritti delle parti, questo potere del pubblico ministero ha di fronte a sé un equivalente in favore delle parti private, le quali possono nominare il proprio consulente tecnico, anche se nella prassi il consulente della difesa ha un peso inferiore a quello dell'accusa. Certo, il difensore mediante consulenti può compiere accertamenti tecnici privati che sono regolamentati, nel senso che in determinati casi il difensore deve preavvertire il pubblico ministero (art. 391 *decies*). Si tratta di un sistema che dal punto di vista teorico sembra accettabile, sua pure con i difetti messi in luce dalla dottrina.

Il problema sta nel fatto che negli anni recenti ha fatto irruzione nel rito penale la nuova prova scientifica, che ha messo in crisi la teoria generale del processo e le categorie giuridiche tradizionali. Si sono manifestati inconvenienti, sui quali merita soffermarsi un poco.

3. *L'uso di mezzi atipici di ricerca della prova.*

Il primo inconveniente consiste nell'ampio uso di mezzi di prova atipici, i quali si pongono in tensione con i diritti fondamentali.

Durante la fase del dibattimento non sono sorti particolari problemi. La normativa è tracciata dal codice ed è sufficientemente garantista. Se una innovazione scientifica rende possibile utilizzare una prova non tipica (e cioè un mezzo non previsto espressamente dalla legge) il codice impone una procedura in contraddittorio. Il giudice deve tutelare la libertà morale della persona interessata, controllare che il nuovo strumento sia idoneo ad accertare i fatti e disporre la regolamentazione dell'atto non tipico in concreto (art. 189) ⁽⁹⁾.

Cosa è avvenuto nella pratica? I vari mezzi di prova previsti dal codice si sono dimostrati idonei a recepire quasi tutti i nuovi metodi scientifici, all'interno della perizia. Perciò la norma è stata poco utilizzata in dibattimento.

Durante le indagini preliminari sono sorti problemi di notevole difficoltà. In generale, è stata messa in crisi la distinzione tra rilievo (che non comporta valutazioni e che è compiuto dalla polizia) e accertamento tecnico (che comporta valutazioni e che è disposto dal pubblico ministero).

(9) Si faccia il caso di scuola di una ricognizione effettuata da un cane addestrato. Essa è atipica perché è prevista nel codice soltanto la ricognizione effettuata da una persona.

È venuta in crisi anche la distinzione tra accertamento ripetibile (che è svolto in segreto e non è utilizzabile in dibattimento; art. 359) e accertamento non ripetibile (che deve essere compiuto dal consulente del pubblico ministero in contraddittorio con il difensore dell'indagato e dell'offeso; art. 360).

Ma soprattutto si è molto dibattuto in Italia se il pubblico ministero e la polizia hanno il potere di compiere atti non tipici di ricerca della prova, poiché l'urgenza e la segretezza delle indagini non consentono, ovviamente, alcun contraddittorio davanti al giudice prima dell'effettuazione dell'accertamento, a differenza di quanto avviene in dibattimento con i mezzi di prova (art. 189).

Tuttavia, l'esigenza di accertare i fatti di reato è stata così forte che ha indotto la Cassazione a riconoscere la legittimità di alcuni atti non tipici di ricerca della prova, anche se con alcuni limiti molto precisi.

In primo luogo, l'atto non tipico è vietato, in generale, quando aggira i divieti stabiliti per gli atti tipici ^(§); sono vietati stratagemmi finalizzati ad eludere le regole di legge. Ciò avviene, ad esempio, quando una persona, d'accordo con la polizia, parla con un testimone e la polizia nel frattempo ascolta mediante radio. L'atto è vietato perché era necessario che il giudice autorizzasse l'intercettazione.

In secondo luogo, l'atto non tipico è vietato quando lede uno di quei diritti costituzionali che sono protetti da una riserva di legge ^(¶). Ad esempio, sono vietate le video-riprese di immagini in una abitazione privata finché il legislatore non avrà regolamentato espressamente questa possibilità; e fino ad oggi non lo ha fatto.

In terzo luogo, l'atto non tipico, quando tocca soltanto la riservatezza privata - o comunque, pur coinvolgendo diritti costituzionali, non giunge ad intaccarne il nucleo centrale - è ammesso sì, ma su autorizzazione del pubblico ministero ^(§). Ad esempio, sono utilizzabili le video-riprese dentro le *toilettes* pubbliche, nelle quali avviene lo spaccio di droga.

Al di fuori dei limiti che abbiamo appena ricordato, l'atto non tipico di ricerca della prova è ammesso; ma in dibattimento vi deve essere un contraddittorio successivo sulla correttezza dello strumento usato. Ad esempio, sono

(§) Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Guida dir.*, 2003, 42, 49.

(¶) Corte Cost., sentenza n. 135 del 2002.

(§) Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1349; sul punto, si veda CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, Milano, Ipsoa, 7, 781 ss.; EAD., *Intercettazioni e inutilizzabilità, la Cassazione aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 3638.

ammesse le video-riprese nei luoghi pubblici o aperti al pubblico ad opera della polizia o dell'investigatore privato.

4. *La “cristallizzazione” della prova scientifica acquisita senza contraddittorio.*

Al momento del sopralluogo, la polizia raccoglie elementi di prova che, se fossero prove dichiarative, sarebbero non utilizzabili in dibattimento in base al principio del contraddittorio forte. Ma quando gli elementi di prova sono di tipo scientifico, essi sono, quasi sempre, per loro natura, non ripetibili e, quindi, rientrano nella eccezione al contraddittorio prevista dalla Costituzione all'art. 111, comma 5. Il contraddittorio non può essere attuato per «impossibilità di natura oggettiva».

Quale è il problema? Le novità scientifiche, sempre più prodigiose, permettono di raccogliere elementi di prova che sono tendenzialmente definitivi e che sono utilizzabili sia in dibattimento, sia nelle indagini con effetti pesantissimi, perché diventano la base probatoria per disporre misure cautelari, fino alla custodia in carcere.

In linea teorica, quando già al momento del sopralluogo l'indagato è individuato, questi è avvisato che può nominare un difensore il quale può assistere al sopralluogo con a fianco un consulente tecnico. Niente da dire, in linea teorica. Ma, nella pratica, quando si svolge il sopralluogo, la polizia non sa ancora a chi addebitare il fatto di reato; solo la persona offesa è individuata.

Nel frattempo, la polizia giudiziaria ed i reparti scientifici raccolgono elementi di prova che sono “non ripetibili” e, quindi, sono utilizzabili anche in dibattimento. Dopo giorni, a volte anche dopo mesi, è individuato l'indagato, ed il difensore si trova già raccolte e cristallizzate tutte le prove più importanti, e cioè quelle scientifiche. Ma raccolte come?

Qui viene in gioco un aspetto pratico che mette in crisi la teoria. In dibattimento gli elementi raccolti possono essere sottoposti a critica, ad esempio, quando il difensore svolge l'esame incrociato dell'ufficiale di polizia giudiziaria che ha raccolto gli elementi. Sia ben chiaro: è una dialettica su di una prova già acquisita; ed è differente dal contraddittorio sulla prova dichiarativa. È ovvio che non si possono usare gli strumenti della psicologia della testimonianza né le contestazioni delle precedenti dichiarazioni; non sono sufficienti. L'accertamento della non attendibilità richiede cognizioni scientifiche. E, quindi, si tratta di un contraddittorio “sulla scienza”.

Certamente, siamo in una situazione migliore rispetto al sistema misto. Nell'ordinamento italiano, fino al 1988, non si poteva condurre l'esame incrociato dell'ufficiale di polizia. Questo oggi è possibile in dibattimento.

5. *Considerazioni sul concetto di non ripetibilità.*

Il problema più critico che concerne il diritto di difesa sta nello stabilire quando un accertamento tecnico sia non ripetibile, perché, come si è accennato, soltanto in tal caso scatta il diritto di difesa spettante all'indagato. Infatti, al concetto di non ripetibilità sono stati dati i più vari significati ⁽⁶⁾. I primi due sono classici e si ricavano dalle norme del codice.

1) non ripetibile perché la modificazione dell'oggetto da esaminare è *in atto* ⁽⁷⁾; oppure, secondo alcuni, non è in atto, ma è *sicura*; o anche, secondo altri, è *solo probabile*.

2) non ripetibile perché l'accertamento medesimo *modifica o consuma* l'oggetto da esaminare ai sensi del 117 disp. att. ⁽⁸⁾.

3) non ripetibile a causa del *contesto* in cui l'accertamento è compiuto; ma allora quasi tutto sarebbe non ripetibile, perché il contesto cambia sempre ⁽⁹⁾.

4) non ripetibile perché l'atto è *non differibile*; ma vi sono atti che sono in sé stessi differibili, eppure sono non ripetibili ⁽¹⁰⁾. In casi del genere, spesso la non differibilità dipende dall'urgenza delle esigenze investigative, e non da fenomeni legati all'oggetto da esaminare.

5) non ripetibile perché l'atto è compiuto *a sorpresa* ⁽¹¹⁾; ma vi sono atti a sorpresa che sono ripetibili ⁽¹²⁾.

⁽⁶⁾ CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999; GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009; IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, 3001; KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 280; PULEIO, *Brevi note in tema di accertamenti tecnici non ripetibili del pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 2003, 604; RUGGERI, "Accertata impossibilità di natura oggettiva" di irripetibilità degli atti: qualche spunto per una ricostruzione "verfassungskonform", in *Giur. it.*, 2002, 1170; SANTALUCIA, *Appunti in tema di atto irripetibile*, in *Giust. pen.*, 1990; SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, 123; SCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 278.

⁽⁷⁾ Un esempio può essere l'autopsia.

⁽⁸⁾ Ciò accade, ad es., quando viene usato un reagente chimico che permette di evidenziare il numero di matricola abraso su di un'arma.

⁽⁹⁾ Se si accettasse il concetto, che criticiamo, tutti gli accadimenti sarebbero ripetibili; in tal caso, la disciplina sulla non ripetibilità sarebbe *inutiliter data*. Ciò non è accettabile in base all'art. 1367 c.c.

⁽¹⁰⁾ Ciò avviene, ad es., quando viene inserito un reagente chimico in una siringa al fine di accertare se questa contiene una quantità infinitesimale di sostanza stupefacente.

⁽¹¹⁾ Un esempio può essere il rilievo nel corso del sopralluogo.

⁽¹²⁾ Ciò avviene quando sono compiute più perquisizioni nella medesima abitazione. In realtà, non c'è garanzia che gli esiti coincidano, perché nel frattempo qualcuno può sottrarre o alterare le cose; tutto dipende dal contesto.

6) non ripetibile perché l'accertamento è sì riproducibile, ma comporta la perdita della genuinità dell'elemento di prova ⁽¹³⁾. Questo concetto è stato precisato dalla sentenza delle Sezioni Unite Greco nel 2006, sia pure soltanto a proposito della *relazione di servizio della polizia*, e quindi per la prova dichiarativa, e non con una portata generale ⁽¹⁴⁾.

Le opinioni sono tante. La fantasia dei giuristi è molto ampia, ma riteniamo che non si debba seguire la fantasia: occorre ancorarci a qualcosa di più solido.

Prima di tutto, occorre escludere che il concetto di "non ripetibilità" abbia un contenuto valido in se stesso, a prescindere dalla funzione a cui serve; detto diversamente, occorre escludere che il concetto abbia un significato ontologico, valido per tutte le occasioni e per tutte le funzioni.

Soprattutto, riteniamo che vi sia un problema di "metodo". Il concetto di "non ripetibilità" serve "soltanto" ad un fine ben preciso; e cioè, per valutare *se e quando* si deve applicare il comma 4 dell'art. 111 Cost., o, viceversa, il comma 5. E cioè, serve per stabilire se si deve applicare la *regola*, che impone il contraddittorio nella formazione della prova (co. 4), o si deve, invece, applicare l'*eccezione*, che fa a meno del contraddittorio quando l'atto è, appunto, "non ripetibile" (co. 5). Così, il problema pare semplificato e diventa pertinente alle esigenze della prova informatica.

6. Non ripetibilità e riforma dell'art. 111 Cost.

A noi pare che il concetto di "non ripetibilità" abbia assunto un significato differente prima e dopo l'entrata in vigore dei nuovi cinque commi dell'art. 111 Cost., avvenuta, come è noto, nel gennaio del 2000.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 111 Cost., con la controriforma del 1992 si è affermata la tendenza a conservare ciò che era stato raccolto durante le indagini preliminari a prescindere dall'attuazione del contraddittorio. Una simile impostazione era l'effetto congiunto di due concezioni in parte differenti.

Per un verso, l'atto era ritenuto ripetibile se, successivamente, il medesimo elemento di prova era acquisibile "*in senso naturalistico*". Un simile concetto era estremamente vago e si riferiva ad una categoria assai ampia, giacché quasi tutti gli atti sono ripetibili *in senso naturalistico*; e cioè, li si può anche ripetere, almeno fisicamente, ma la seconda volta non si avrà un risultato utile per

⁽¹³⁾ Un esempio può essere la ricognizione di persona. Si veda TONINI, *Manuale di procedura penale*, 12 ed., Milano, 2011, 324 e 512 e la bibliografia ivi citata.

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2006, Greco, redattore Carlo Brusco, in *Guida dir.*, 2007, 2, 86.

l'accertamento del fatto ⁽¹⁵⁾. E, quindi, fino al 2000, il concetto di non ripetibilità, inteso in senso naturalistico, giustificava la mancata attuazione del contraddittorio con riferimento ad una quantità di atti di indagine assai estesa.

Per un altro verso, con un meccanismo perverso, gli atti finivano comunque per risultare ampiamente utilizzabili, anche nelle fasi successive, attraverso il canale elastico del "principio di non dispersione degli elementi di prova" allora assai di moda.

Inoltre, si diceva, basta affidarsi alla scienza, unica, illimitata, infallibile: era sufficiente un esperto, che poteva lavorare in solitudine. E ancora, si affermava, l'accertamento, poiché era ripetibile (in senso naturalistico), si poteva compiere in modo unilaterale in base all'art. 354 e all'art. 359 c.p.p., ed il contraddittorio era escluso.

Non sono fantasie: si tratta di un ragionamento che è stato accolto ancora di recente dalla Cassazione nei seguenti termini: «la estrazione dei dati contenuti in un supporto informatico, se è eseguita da un «personale esperto» in grado di evitare la perdita dei medesimi dati, costituisce un accertamento tecnico ripetibile» ⁽¹⁶⁾.

In base alla giurisprudenza appena menzionata, è sufficiente la presenza dell'esperto, dello scienziato, ed il contraddittorio si può evitare, anche se la modifica è probabile, perché la prova è fragile, come avviene nell'informatica. Tutto ciò andava bene fino all'entrata in vigore del nuovo 111 Cost. Viceversa, in base al nuovo comma 4, è diventata prevalente l'esigenza di acquisire l'elemento di prova "in contraddittorio"; l'esigenza viene meno soltanto ai sensi del comma 5, e cioè «per accertata impossibilità di natura oggettiva». Occorre interpretare questa eccezione.

Un grande aiuto è stato fornito da due pronunce delle Sezioni Unite, che hanno introdotto due principi importanti.

Il primo principio è stato affermato nel 2002 dalla sentenza Franzese, secondo cui il *contraddittorio nella formazione della prova* vale non soltanto per la prova dichiarativa, ma anche per la prova scientifica ⁽¹⁷⁾. Non si può sostenere che la prova scientifica resti immune dalle regole sulla prova ⁽¹⁸⁾. Questa è la

⁽¹⁵⁾ In verità, soltanto un racconto può essere ripetuto in senso naturalistico; ma noi riteniamo che, quando una realtà naturale è in evoluzione o è "fragile", il fenomeno non può ripetersi nello stesso modo.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. I, 26 febbraio 2009, Ammutinato, in *Mass. Uff.*, n. 243922.

⁽¹⁷⁾ Cass., Sez. Un., 11 settembre 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133.

⁽¹⁸⁾ CONTI, *Introduzione a AA.VV., Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 119.

grande novità che è stata introdotta, anche se con riferimento al rapporto di causalità. Non tutti se ne sono accorti, ma la sentenza Franzese ha affermato che la prova scientifica deve rispettare le regole sulle prove: niente immunità⁽¹⁹⁾. Vale, ad esempio, la regola dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio" e vale il principio del contraddittorio, perché anche la prova scientifica deve essere sottoponibile a verifica, a smentita, a quello che Popper chiamava "tentativo di falsificazione".

La seconda novità è stata portata nel 2006 dalla sentenza delle Sezioni unite Greco, secondo cui la prova è ripetibile soltanto se una successiva assunzione assicura la possibilità di controllare la genuinità dell'elemento⁽²⁰⁾.

Riteniamo che il concetto di "non ripetibilità" sia cambiato: l'atto deve essere ripetibile non soltanto in senso naturalistico, bensì "*in modo utile*". Noi riteniamo che l'atto sia ripetibile "in modo utile" soltanto se, in un momento successivo, è possibile assicurare *quel diritto* di controllare l'affidabilità della fonte e la genuinità dell'elemento *che è essenziale per l'esercizio del contraddittorio*. In buona sostanza, il contenuto giuridico del concetto di non ripetibilità si parametrizza sulla possibilità di assicurare, in un momento successivo, la garanzia del contraddittorio. È proprio quest'ultimo principio che riempie di contenuto la "non ripetibilità" destinata, altrimenti, a restare una formula-contenitore delle più disparate accezioni.

Siffatte considerazioni, ove vengano fatte interagire con la prova scientifica, trovano ulteriore conferma. Ormai, lo sappiamo bene, la scienza non è unica, anzi è limitata e può essere fallibile. È costante il rischio che l'acquisizione ad opera di una sola parte, in segreto, comprometta il valore probatorio dell'elemento in modo non rimediabile. Il "valore probatorio" deriva dalla possibilità di controllare l'affidabilità della fonte e dell'elemento stesso. Basti pensare che *dalla scelta* di una teoria o di un metodo scientifico *dipende* la rilevanza di alcuni dati e la non rilevanza di altri. E se alcuni dati sono trascurati, o non vengono acquisiti, vi è il rischio che non si possano recuperare mai più⁽²¹⁾.

Può essere utile citare nuovamente la sentenza del caso Garlasco nelle sue conclusioni, quando afferma: «(...) il danno irreparabile prodotto dagli inqui-

⁽¹⁹⁾ CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, ESI, Napoli, 2009, 335 ss.

⁽²⁰⁾ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, 2, 86.

⁽²¹⁾ Ad es., quando viene inserito un reagente chimico in una siringa al fine di accertare se contiene una quantità infinitesimale di sostanza stupefacente, potrebbe essere interesse della difesa che sia compiuta, al medesimo tempo, un'analisi al fine di accertare se, per caso, si può individuare la sostanza di taglio. Questo potrebbe essere un elemento indispensabile per identificare colui che ha operato lo spaccio.

renti attiene proprio all'accertamento della verità processuale»⁽²²⁾. «Nel senso che vi è il pericolo (...) che (l'imputato) non riesca più a provare il proprio alibi, che invece, se fossero state salvaguardate al massimo la integrità e la genuinità del documento informatico, sarebbe riuscito per ipotesi a conseguire»⁽²³⁾.

7. Non ripetibilità e nucleo insopprimibile del contraddittorio.

In sostanza, noi riteniamo che il nuovo art. 111 Cost. comporti un capovolgimento tra regola e eccezione. Prima del 2000, il contraddittorio era *l'eccezione*; dopo tale data, è *la regola*, e quindi l'accertamento tecnico deve essere assunto con il contraddittorio.

Abbiamo constatato che l'ampio ventaglio degli strumenti tecnici disponibili e degli oggetti indagabili moltiplica all'infinito le tipologie di acquisizione che si possono effettuare, e le complica. Noi oggi sappiamo che la scienza è sottoposta, sempre, perennemente, a tentativi di smentita per accertare se in concreto opera o meno quella determinata legge scientifica, che rende rilevanti certi tipi di dati e impone di acquisirli in un determinato modo, o se, invece, è necessario accertare quando opera un'altra legge scientifica, legata ad una differente causa, che rende rilevanti altri dati ed altre modalità acquisitive.

Di fronte al contraddittorio, che deve essere la regola, vi è oggi l'eccezione: l'accertamento, come atto di acquisizione unilaterale, è ammesso soltanto (e a condizione) che sia possibile assicurare l'oggetto non soltanto in modo inalterato, ma anche in modo che le parti possano controllare successivamente *l'affidabilità* della fonte e la *genuinità* dell'elemento di prova. Questo costituisce il nucleo insopprimibile del contraddittorio come metodo di accertamento.

Al tempo stesso, il contraddittorio esercitabile *ex post* esprime il principio del bilanciamento degli interessi contrapposti, come è stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale in altre occasioni. L'esigenza di ammettere la prova quando vi è «accertata impossibilità di natura oggettiva» (art. 111, co. 5, Cost.) non esclude, ed anzi impone, che sia tutelato quanto meno il contraddittorio «sulla prova» come nucleo necessario della garanzia costituzionale. *Natural-*

⁽²²⁾ G.u.p. Trib. Vigevano, 17 dicembre 2009, Stasi, inedita.

⁽²³⁾ In precedenza, nella motivazione è scritto quanto segue: «queste alterazioni indotte da una situazione di radicale confusione nella gestione e conservazione di una così rilevante quanto fragile fonte di prova da parte degli inquirenti nella prima fase delle indagini (...) hanno comunque prodotto degli effetti metastatici rispetto all'esigenza di corretta e complessiva ricostruzione degli eventi temporali (...)».

mente, il contraddittorio sulla prova è possibile soltanto alle predette condizioni; non è possibile quando un'acquisizione unilaterale ha modificato l'elemento di prova, o ha impedito di controllare l'*affidabilità* della fonte e la *genuinità* dell'elemento. In tal caso, la garanzia del contraddittorio sulla prova già assunta, ma in modo non corretto, risulta preclusa in radice.

8. *La tutela del contraddittorio ex post.*

Sulla base delle considerazioni svolte in precedenza, è possibile trarre le seguenti conclusioni, che rapportiamo al caso della prova scientifica di tipo informatico, in relazione alla quale è più semplice procedere ad esemplificazioni. Il problema fondamentale, in materia, sta nel valutare se è ripetibile o meno l'effettuazione una copia clone dell'hard disk di un computer.

a) L'accertamento è ripetibile *in senso giuridico*, e cioè in modo utile, a condizione che sia possibile effettuarlo di nuovo, assicurando risultati *genuini e completi*. A queste condizioni una parte può operare in modo unilaterale in base all'art. 359. Successivamente vi potrà essere una perizia in incidente probatorio o in dibattimento.

b) L'accertamento tecnico è *non ripetibile* in senso giuridico, e cioè in modo utile, se il suo compimento può avvenire una volta soltanto perché la sua ripetizione è impossibile o non assicura risultati genuini e completi. Cosa è lecito fare in questo caso?

Il contraddittorio è la regola anche in caso di non ripetibilità, nonostante si tratti di un contraddittorio imperfetto, come è quello ai sensi dell'art. 360 c.p.p. Se vi è un intervento unilaterale, questo si deve limitare ad assicurare la fonte di prova lasciando inalterato l'elemento di prova. Si possono fare due esempi in materia di prova informatica.

Se il computer è spento, non vi sono problemi: si può operare il sequestro. Ma se il computer è acceso, ci sono problemi, perché non vi è nulla di ripetibile. L'unica soluzione di cautela è utilizzare una batteria tampone che mantiene acceso il computer.

Quando vi è non ripetibilità, di regola, si deve attuare il contraddittorio ai sensi dell'art. 360 c.p.p., anche se è imperfetto perché manca il giudice. Questa è la soluzione che permette alle parti di indicare i dati da ricercare ed i metodi più opportuni ⁽²⁴⁾. Certo, si tratta di un istituto che deve essere perfe-

⁽²⁴⁾ In senso contrario, DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011: «se si preavvisa il difensore, l'indagato cancella gli elementi a suo carico». Nella realtà delle cose, accade che la fonte di prova (es. il supporto informatico) è già sotto sequestro e non può essere modificato.

zionato perché vi sia un contraddittorio analogo alla perizia, come è stato proposto in alcuni incontri di studio.

c) La vera eccezione al principio costituzionale del contraddittorio opera in caso di *urgenza* unita alla *non ripetibilità*. Quando l'urgenza non permette neanche di attuare il contraddittorio imperfetto di cui all'art. 360, occorre intervenire per evitare che si disperda l'elemento di prova. Tuttavia, occorre assicurare la possibilità di controllare successivamente l'affidabilità della fonte e la genuinità dell'elemento di prova. Questo è l'aspetto minimale del principio del contraddittorio che non è disponibile; ed è quello che impone il comma 5 dell'art. 111 Cost.

Una parte può procedere in modo unilaterale soltanto a quelle operazioni che sono non differibili, come è precisato nell'art. 360, co. 4, c.p.p. Il pericolo è la perdita totale dell'elemento o della fonte di prova; ed allora l'intervento di parte deve assicurare *inalterato* l'elemento di prova e conservare la possibilità di controllare successivamente l'affidabilità della fonte e la genuinità dell'elemento. In questi limiti si può operare con l'art. art. 354 c.p.p. (sopralluogo). Si tratta del classico esempio di acquisizione della impronta dattiloscopica o genetica; ma vi può essere anche la copia clone del contenuto del supporto informatico.

Ma perché si resti nella legittimità costituzionale, occorre che successivamente all'atto non ripetibile e non differibile le parti possano controllare i seguenti punti:

1) che si tratta di un metodo affidabile in concreto (es. il programma è testato);

2) che sono state utilizzate le linee guida per acquisire un elemento di prova genuino (*best practices*);

3) che è stata attuata e rispettata la "catena di custodia" del reperto ⁽²⁵⁾.

Chiarito quanto sopra, è possibile rispondere alla domanda se si può effettuare la copia-clone dell'intero *hard disk* del *computer* o del *server* nei casi menzionati di impossibilità oggettiva di procedere con il contraddittorio anticipato, poiché l'atto è non differibile. La risposta è positiva, ma a patto che sia conservato inalterato l'elemento di prova e che sia assicurata la possibilità di controllare successivamente l'affidabilità della fonte e l'attendibilità dell'elemento raccolto.

⁽²⁵⁾ Su questo punto registriamo con soddisfazione la prima pronuncia con la quale la Cassazione ha annullato una sentenza perché non era stata rispettata la catena di custodia. Si tratta della decisione della Sezione terza, 19 gennaio 2010, Pirrotta, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1076, con nota di CASINI.

Questa conclusione è imposta dal rispetto del principio del contraddittorio, che deve comunque essere assicurato nel caso di urgenza di acquisire la prova scientifica. Il principio del contraddittorio, imposto *ex ante* dall'art. 111, co. 4, Cost. si muta in un contraddittorio *ex post* quando vi è una situazione di non differibilità.

Un esempio può chiarire il principio. L'urgenza, che impone di derogare al contraddittorio, può consistere nel fatto che il computer è collegato ad una rete informatica, quella che è definita in gergo "la nuvola" (*the cloud*). Se non si interviene con immediatezza, vi è il rischio di perdere l'elemento di prova. Siamo in presenza di una urgenza che impone di operare subito la copia. Ma la tutela del contraddittorio esige, come abbiamo precisato, che sia preservata la possibilità di controllare l'affidabilità della fonte e dell'elemento di prova.

9. *Inosservanza del contraddittorio e sanzioni processuali.*

Si pone un ulteriore problema. Cosa accade se l'inquirente interviene in una situazione di urgenza, in modo unilaterale, senza assicurare la possibilità di controllare *ex post* l'affidabilità della fonte o la genuinità dell'elemento? Riteniamo che le ipotesi nelle quali non viene garantita la verificabilità postuma dei predetti profili devono considerarsi equivalenti a quelle nelle quali la affidabilità e la genuinità risultino alterate. Situazioni del genere si verificano, ad esempio, quando si accerta che è stato utilizzato un programma non affidabile; o che non sono stati utilizzati i protocolli operativi (e cioè le *best practices*), o che non è stata assicurata la "catena di custodia".

Sul punto si scontrano due opposte opinioni. Vi è chi ritiene che l'urgenza giustifichi la mancanza non solo del contraddittorio, ma anche la lesione del diritto alla prova, e cioè del potere delle parti di controllare almeno *ex post* l'affidabilità della fonte e l'attendibilità dell'elemento di prova. In base a tale opinione, non si verificherebbe alcuna inutilizzabilità processuale dell'elemento di prova comunque acquisito^(*). Una volta che l'atto è compiuto, esso sarebbe utilizzabile qualunque sia stata la modalità di effettuazione.

Noi riteniamo che una soluzione del genere non sia altro se non la riproduzione della nota teoria della "non dispersione dell'elemento di prova", che era in voga tra il 1992 ed il 1999. Si tratta di una teoria che è stata sconfessata dalla riforma dell'art. 111 della Costituzione.

(*) Si tratta della giurisprudenza che si riferisce a casi avvenuti prima dell'entrata in vigore della legge n. 48 del 2008; si veda Cass., Sez. I, 5 marzo 2009, Stabile Aversano, in *Cass. pen.*, 2010, 4, 1520; Id., Sez. I, 26 febbraio 2009, Ammutinato, in *Mass. Uff.*, n. 243922.

Crediamo, viceversa, che sia prospettabile una differente tesi. Nel caso in cui si sia proceduto in presenza di urgenza, ma senza rendere possibile un controllo *ex post*, non vi è quella “impossibilità” di natura oggettiva, che il comma 5 dell’art. 111 richiede per far venir meno il contraddittorio. Di tale principio deve comunque essere assicurato il nucleo centrale e indisponibile che, come abbiamo visto, consiste nel permettere il controllo *ex post* ⁽²⁷⁾.

Resta la difficoltà che dal punto di vista formale l’inutilizzabilità opera in casi tendenzialmente tassativi. Ma la situazione in esame è una di quelle nelle quali si tratta di reagire ad una violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione.

Ci chiediamo: cosa accade se, in materia di documento informatico, non è stato utilizzato un programma affidabile, o non sono stati utilizzati i protocolli operativi (e cioè le *best practices*), o non è stata assicurata la “catena di custodia”? Si è sostenuto che in casi del genere soltanto formalmente si può affermare che siamo in presenza di violazioni che attengono alle modalità di formazione della prova, quindi al *quomodo*. In realtà, in materia informatica, queste omesse cautele incidono sulla sostanza dell’atto, proprio a causa del collegamento tra le medesime e la genuinità e l’integrità del dato raccolto, che nella prova informatica è un aspetto essenziale ⁽²⁸⁾.

Il punto centrale di questa tesi risiede nella constatazione che *tutte le norme* sulla acquisizione dei dati informatici, introdotte dalla legge n. 48 del 2008, nella parte in cui impongono adempimenti che devono garantire la genuinità del documento, introducono divieti probatori veri e propri, ai sensi dell’art. 191; la violazione di questi provoca la *inutilizzabilità*.

Come mai si tratta di divieti probatori? Perché, quando la prova è informatica, la *forma* della acquisizione della prova è determinante per la *sostanza* dell’elemento acquisito. Si è davanti a quella che potrebbe essere considerata, in filosofia, una “*forma essentialis*” ⁽²⁹⁾. La qualità dell’elemento acquisito, in definitiva, dipende dal metodo impiegato: *simul stabunt, simul cadent*. Se il metodo è errato, l’elemento di prova è compromesso in modo non rimediabile nella sua possibilità di controllo.

⁽²⁷⁾ I modi sono i più vari; ad esempio, si può video-registrare l’intervento.

⁽²⁸⁾ CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 790 che afferma questa tesi in generale con riferimento a tutte quelle modalità acquisitive che risultino determinanti per la qualità euristica dell’elemento acquisito e che siano violate nel corso del sopralluogo.

⁽²⁹⁾ Così CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, 69-70.

In casi del genere, la violazione di un diritto fondamentale determina anche un vizio nella qualità dell'elemento raccolto. Pertanto, seguendo ancora la ricordata impostazione dottrinale, si è dinanzi ad una inutilizzabilità patologica di tipo "misto", che consegue sia ad un profilo soggettivo collegato al rispetto di garanzie dell'individuo; sia ad un profilo oggettivo consistente nell'applicazione di un metodo che tuteli l'attendibilità della prova. In casi del genere, la violazione delle regole che garantiscono l'attendibilità non risulta recuperabile neppure con il consenso del titolare del diritto leso, giacché -per i motivi esposti poc'anzi- la genuinità dell'elemento di prova, ormai compromessa in quanto non più controllabile *ex post*, rientra tra gli aspetti indisponibili del processo penale ⁽³⁰⁾.

10. *La valutazione della prova della quale non è controllabile l'affidabilità.*

Di fronte ad una giurisprudenza di legittimità che è contraria ad applicare la sanzione della inutilizzabilità, non resta altro se non porre un problema di corretta valutazione e motivazione ⁽³¹⁾. Il riferimento va necessariamente ai principi generali, secondo i quali spetta a colui che accusa eliminare ogni ragionevole dubbio mediante prove (art. 533). Queste ultime devono essere in grado di convincere il giudice dell'esistenza del fatto affermato dalla parte; e cioè, le prove devono essere affidabili (quanto alla fonte) ed attendibili (quanto alla capacità di rappresentare il fatto). In mancanza di altre prove, se non è possibile controllare neanche *ex post* l'affidabilità e l'attendibilità della prova a carico, la situazione che si viene a creare equivale alla mancata prova della reità ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p.

⁽³⁰⁾ Sul punto, più ampiamente, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 21 ss.

⁽³¹⁾ Sul punto, ancora, CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 790