

**INDAGINI SCIENTIFICHE
NEL PROCEDIMENTO PENALE**

Appunti per la relazione

Udine, 30.03.2012

Relatore: Roberto Valli

INTRODUZIONE

Le possibilità investigative offerte dai progressi della tecnologia e dall'evoluzione scientifica, ed oggi a disposizione delle parti nel processo, erano impensabili solo venti o trent'anni fa.

Si pensi agli accertamenti sul DNA, alle moderne tecniche di riconoscimento della voce, all'analisi tossicologica dei capelli, all'utilizzazione del computer per la ricostruzione dei più svariati avvenimenti.

Non v'è dubbio infatti che la prova scientifica ha assunto un rilievo di grande importanza nell'ambito del processo penale. L'accresciuto peso probatorio delle indagini scientifiche va di pari passo con l'evoluzione dei vari settori della scienza applicati all'investigazione che consentono, con tecniche sempre più sofisticate, di ridurre l'area del ragionevole dubbio, e di passare dal concetto giuridico di probabilità a quel grado di certezza necessario ai fini dell'esistenza della prova.

Non è però sempre facile comprendere dove la scienza può arrivare, e soprattutto se è utile e possibile farvi ricorso.

Non sempre poi l'evoluzione della scienza rafforza le certezze ed anzi talvolta apre la strada a nuove problematiche tali da mettere in dubbio criteri valutativi ritenuti un tempo consolidati.

Non è quindi nostra intenzione offrire certezze su questa materia - né del resto saremmo in grado di farlo - ma solo vorremmo dare un contributo affinché da ora in poi possiamo avvicinarci agli strumenti di indagine tecnico scientifici (siano essi utilizzati dal PM o dal difensore, attraverso i consulenti del caso), con maggior **consapevolezza critica**, ossia disponendo degli strumenti e dei criteri necessari per comprendere come l'indagine tecnica debba fare ingresso nel processo penale ed entro quali limiti.

L'oggetto della presente relazione ricopre un ambito invero vastissimo, e non basterebbero molte ore per esaurirne la trattazione. Si rende perciò necessaria una sintesi, o meglio, una "selezione" degli argomenti, che ci consenta di soffermarci su quelli che, vuoi per la loro attualità, vuoi per la presenza di aspetti controversi, vuoi ancora perché più ricchi di implicazioni pratiche per l'attività del giudice, del p.m., e del difensore, appaiono di maggiore interesse.

Al fine di evitare di ripetere una serie di concetti, di affastellare nozioni e massime giurisprudenziali senza poterne vedere il filo conduttore, appare opportuno premettere degli accenni ai principali strumenti previsti nel nostro sistema processuale per consentire l'ingresso del dato scientifico nel processo penale, o, meglio, nel procedimento penale.

Solo comprendendo i **meccanismi** ed i **binari** attraverso cui le prove scientifiche devono passare per poter essere ammesse, esperite, ed utilizzate, sarà possibile comprendere i problemi che si pongono ed assimilare le soluzioni che si possono prospettare.

Nel procedimento penale accade sovente che le parti, siano esse il Pubblico Ministero, la p.g., o anche il difensore, debbano misurarsi con questioni che esulano dall'applicazione stretta delle norme giuridiche, e che richiedono invece l'utilizzo di strumentazione tecnico-scientifica e, il più delle volte, l'ausilio di esperti di determinati settori del sapere scientifico-tecnico, per poter acquisire dati e conoscenze necessari per la prosecuzione delle indagini. Nella stessa situazione può

trovarsi anche il Giudice – specie nella fase del giudizio - il quale può aver bisogno di acquisire conoscenze che presuppongono specifiche competenze di natura tecnico-scientifica.

Le conoscenze di natura scientifica vengono, nella normalità dei casi, introdotte nel processo con gli strumenti della **perizia** e della **consulenza tecnica**, ma anche con gli **atti di polizia giudiziaria** di cui all'art. 348 co. 4, in relazione all'art. 354 co. 1, 2, e 3, c.p.p., o di cui all'art. 349 co. 2 bis cpp..

Ci soffermeremo in particolare sul tema delle indagini scientifiche nell'ambito della fase delle indagini preliminari, con particolare riferimento alle **modalità di ingresso della prova scientifica nel procedimento penale: consulenza tecnica e accertamenti di polizia giudiziaria (siano essi delegati o meno dal p.m.)**

Vorrei più in particolare introdurre alcune osservazioni sul problema della **(ir)ripetibilità** degli accertamenti tecnico-scientifici, e sugli accertamenti **invasivi**, in parte oggetto della novella legislativa che ha introdotto tra gli altri, gli artt. **224 bis cpp, e 359 bis cpp**, regolando i presupposti e le modalità di compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali i prelievi coattivi volti alla determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, soffermandoci in particolare sulle analisi sul DNA, quale “prova scientifica” cui si è fatto maggiormente ricorso nelle aule giudiziarie.

Prova scientifica e “nuova” prova scientifica

Comunemente si utilizza il termine “**prova scientifica**” per riferirsi a tutti quegli **accertamenti che producono un risultato utile per il processo, e che richiedono per il loro espletamento il ricorso a conoscenze tecnico-scientifiche**¹.

Si capisce quindi che il *genus* “prova scientifica” così impropriamente inteso, comprenda al suo interno un numero elevatissimo ed in continua espansione di possibili *species* di prove, o “accertamenti”.

Ad alcuni di questi si fa ricorso ormai abitualmente nelle aule di Tribunale, da più o meno tempo, ed i risultati prodotti a livello probatorio vengono comunemente accettati dalle parti e dal giudice, sempreché siano state rispettate le *leges artis*, le metodiche e le procedure, riconosciute e approvate dalla comunità scientifica per quel tipo di accertamenti. Si pensi, per citare i casi più noti e di più frequente utilizzo nei procedimenti penali, agli accertamenti sul dna, sulle impronte papillari (dattiloscopia), sulle armi (balistica), alle analisi chimiche-tossicologiche, all'autopsia, e via discorrendo.

Vi sono poi strumenti scientifico-tecnici peculiari, per i quali in dottrina si usa il termine di “**nuova prova scientifica**”, ossia strumenti che si caratterizzano per essere **nuovi o controversi**, ed aventi **contenuto di elevata specializzazione**. Così si pensi alla **ricostruzione del fatto mediante computer**, al **metodo spettrografico (*voiceprint*)**² di individuazione della voce, alla **stilometria**³

¹ Secondo Tonini si può definire **scientifica** “*quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare. Poiché il rapporto tra il fatto noto e quello da provare è espresso da una regola, la prova scientifica rientra nella più vasta categoria della prova critica o indizio*”. (Dir. Pen. Proc. N. 3/2008)

² Negli anni '40 alcuni ricercatori statunitensi costruirono uno strumento, chiamato **spettrografo**, che permise per la prima volta di visualizzare le formanti del parlato rappresentandole come tracciati su carta. Questo strumento era stato costruito con l'intento di fornire alle persone non udenti la possibilità di “vedere le parole”, ma il suo uso risultò essere estremamente complesso per questa finalità, mentre si rivelò di enorme importanza per l'analisi acustica del linguaggio. Questo tipo di analisi permette di identificare una componente legata al contributo delle corde vocali nella realizzazione del suono, così come una serie di componenti che dipendono dal tratto vocale sopralaringeo.

³ Nello scrivere (così come nel parlare) si insinuano non pochi automatismi, che vanno dagli **intercalari** alle **parole predilette**, dai **fattori di musicalità della frase** a cui prestiamo attenzione a quelli che non fanno parte delle nostre

quale tecnica di misurazione quantitativa dello stile (cd. stilemi) impiegato dalle persone al fine dell'attribuzione di una dichiarazione scritta o orale a una determinata persona.

Il tema della nuova prova scientifica nel nostro Paese è stato solo recentemente oggetto di studi più approfonditi (Dominioni, La prova penale scientifica, Giuffrè, 2005). Tuttavia esso è oggetto di risalenti e approfondite elaborazioni in altri ordinamenti, specialmente quello statunitense.

Il problema posto da questi strumenti probatori è quello della possibilità di un loro impiego nel processo penale per una corretta ricostruzione del fatto, e, in caso affermativo, quello delle modalità da seguire per consentire tale impiego. Il problema è cioè quello di dominarne l'impiego nella fase di assunzione della prova, e di determinarne l'efficacia in sede di decisione.

E' in altri termini il problema della **valutazione della prova scientifica**, qualunque sia la sua finalità (ricostruzione di un fatto, spiegazione delle cause di un evento, accertamento dello stato di un luogo, verifica delle condizioni di una persona, ecc.), che è un tema che non riguarda solo il momento della decisione, ma anche le fasi precedenti.

Il primo momento è costituito dall'**accertamento della validità della prova o tecnica scientifica da utilizzare nel processo; questa fase spesso viene omessa** perché questa validità è data per implicita o non è in discussione, ma è necessaria quando le tecniche utilizzate siano innovative o oggettivamente controverse.

Il secondo momento è quello costituito dall'**accertamento dell'astratta idoneità della prova scientifica a fondare, nel caso specifico, un accertamento processualmente valido e idoneo a fornire un'informazione necessaria, o almeno utile, nel processo** quale la prova diretta del fatto da provare (es. comparazione profilo genetico di 1 soggetto con quello estrapolato da una traccia reperita sul luogo del delitto), o la prova idonea a fornire al giudice gli elementi per la ricostruzione del fatto (es. prova balistica x ricostruire l'accadimento), o ancora la verifica della genuinità di altri mezzi di prova (es. l'accertamento grafico x verificare l'avvenuta alterazione di documenti)

Infine l'ultimo momento è costituito dalla **valutazione del risultato di prova**, che costituisce uno dei temi più delicati dell'esperienza giudiziaria, ed è destinato ad acquisire un sempre maggior rilievo nel processo per l'evoluzione delle conoscenze scientifiche e per l'introduzione, nel nostro ordinamento, di strumenti processuali – in particolare l'art. 189 cpp, e la possibilità per le parti di nominare consulenti tecnici anche in mancanza di perizia – maggiormente adeguati alla ricerca della verità processuale.

Il primo e fondamentale problema che il giudice deve affrontare riguarda, come detto, la validità e affidabilità della prova scientifica o metodo scientifico da applicare nel processo; si tratta di una delle premesse del ragionamento probatorio che si riflette poi sul procedimento argomentativo della sentenza. Se le premesse sono errate sarà errato anche il ragionamento inferenziale che conduce alle conclusioni.

E' in altri termini il problema di cosa può essere definito "scientifico".

Del resto il ricorso a criteri certi per stabilire l'affidabilità di una prova scientifica può riportarci coi piedi per terra in tutti quei casi in cui la scienza e la tecnica appaiono offrire strumenti

abitudini. Non meno normale è che uno scrittore, nel corso della sua carriera, modifichi gradualmente alcuni di questi automatismi adottandone altri. Alla fine dell'Ottocento vennero imposte delle notevolissime ricerche stilometriche allo scopo di reperire degli indizi certi sulla cronologia dei dialoghi platonici. Siccome Aristotele afferma esplicitamente che le *Leggi* furono l'ultimo dialogo di Platone, si considerò che più gli indicatori stilometrici di un certo dialogo si discostano dallo standard riscontrabile nelle *Leggi* e più lontana dovrebbe essere l'epoca di composizione di quel dialogo. Le ricerche stilometriche, inizialmente legate al nome di Campbell, Ritter e Lutoslawski, sono state riprese negli anni Ottanta da svariati studiosi inglesi con l'aiuto di supporti informatici. I risultati — utili, talvolta significativi, ma non proprio decisivi — vengono comunemente ritenuti alquanto inferiori alle attese.

facilmente accessibili per risolvere casi complessi. In tali casi infatti **l'ansia di risolvere il caso** induce di solito le parti alla **tentazione di ricorrere all'esperimento di qualsiasi tipo di "prova", purchè la stessa appaia idonea a chiarire i fatti**. Così capita talvolta di vedere investigatori ricorrere all'aiuto di **sensitivi** o di **maghi**, senza neppure porsi il problema di una eventuale scientificità del metodo di "accertamento" dei fatti dagli stessi utilizzato.

Ma senza necessità di citare maghi e sensitivi, si possono menzionare numerosi casi di indagini tecniche cui le parti tendono a ricorrere senza porsi alcun interrogativo sulla loro affidabilità.

Così ad esempio in caso di ricorso al **criminal profiling** (tecnica investigativa che ha il compito di fornire agli investigatori informazioni specifiche che facilitino l'identificazione di criminali sconosciuti, riducendo la serie dei "sospetti" ad una serie più o meno ridotta di individui con caratteristiche specifiche), o alla tecnica dell'**analisi psico-grafica** (tecnica attraverso cui si cerca di trarre informazioni sulla personalità del soggetto, esaminando uno scritto proveniente dal medesimo), oppure della cd. **analisi psico-logica** (applicazione della scienza psicologica alla coerenza soprattutto della scrittura): quali certezze si possono avere sull'esito di tali prove?

Eppure è anche vero che in alcuni casi dette prove hanno fornito risultati importanti. Ad es. la tecnica dell'**analisi psico-logica** ha permesso di trarre informazioni importanti da biglietti scritti, anche quando il biglietto non era scritto di pugno dell'autore del reato, ma addirittura di pugno della vittima di un sequestro di persona, che scriveva ai propri genitori sotto dettatura da parte dell'autore del reato.

La nostra giurisprudenza di legittimità non ha elaborato, come è avvenuto in altri ordinamenti, parametri di valutazione per saggiare la correttezza argomentativa del percorso decisionale del giudice di merito sul problema della validità scientifica della prova.

Senza pretesa di importare nel nostro ordinamento principi ad esso estranei è però necessario rilevare che questo problema è stato affrontato negli USA sia a livello legislativo sia a livello giurisprudenziale.

Negli **STATI UNITI** sugli strumenti probatori tecnico scientifici si incentra da sempre il dibattito dottrinario e l'elaborazione giurisprudenziale (cd. *Novel science*).

I pilastri storici nell'ordinamento statunitense sono costituiti dai due *leading cases*:

- **Frye vs. United States**, deciso dalla Corte Suprema Federale nel 1923,
- e **Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.**, deciso, nel 1993, sempre dalla Suprema Corte Federale,
- nonché dalle **Federal rules of evidence** del 1975 (in particolare le *rules 702* e *703*, dedicate alla *testimony by experts*).

In particolare la Corte Suprema USA nel caso *Frye* del 1923, relativo all'utilizzazione della "macchina della verità", aveva indicato quale unico parametro di valutazione dell'attendibilità della prova scientifica, quello del **consenso della comunità scientifica di riferimento** (cd. *General acceptance test*).

Ma i limiti di una tale impostazione non tardarono a manifestarsi, per l'evidente ragione che il consenso della comunità scientifica non può attribuire di per sé solo ad una tecnica di indagine l'attitudine a dimostrare i fatti oggetto di accertamento.

Successivamente la Corte USA, nella sentenza del 28.06.1993 relativa al caso *Daubert*⁴, rifuggendo da una generalizzazione massimalistica, ha indicato una serie di **criteri idonei a**

⁴ Alla Corte statunitense era stato posto il **problema degli effetti teratogeni di un farmaco anti-nausea**, il Bendectin, in relazione al quale erano stati promossi diversi giudizi civili, tutti conclusi con sentenze che negavano l'effetto teratogeno. I ricorrenti, minori nati con gravi malformazioni, avevano avviato un'azione civile avanti alla Corte dello Stato della California, nei confronti dell'impresa che aveva prodotto e commercializzato il predetto farmaco, sostenendo

valutare la validità e l'attendibilità delle prove scientifiche (e dunque a dare ingresso processuale anche alla cd. scienza nuova), ossia:

1. la falsificabilità (i.e.: confutabilità, smentibilità), e verificabilità della teoria o tecnica posta a fondamento della prova (o in altri termini, della teoria di riferimento); anzi, la moderna epistemologia indica, quale metodo privilegiato per accertare la validità delle leggi scientifiche, più che la ricerca di conferme di questa validità, l'individuazione degli elementi che possano smentirla. La verifica della controllabilità è tanto più necessaria quanto più le tecniche utilizzate siano innovative o oggettivamente controverse. Una teoria risulta soddisfacente se supera i controlli (i.e. esperimenti) più severi. Miliardi e miliardi di conferme non rendono certa una teoria, mentre un solo fatto negativo, dal punto di vista logico, la falsifica (Popper). In questa prospettiva, la legge scientifica può considerarsi tale soltanto dopo essere stata sottoposta a ripetuti, superati tentativi di falsificazione e dopo aver avuto reiterate conferme.
2. verifica della percentuale di errore conosciuto o conoscibile (un metodo scientifico caratterizzato da un elevato margine di errore esclude la validità della prova assunta con tale metodo, a meno che, nel caso concreto, esistano condizioni che rendono impossibile o estremamente improbabile quel tipo di errore);
3. la possibilità che la teoria o tecnica abbia formato oggetto di controllo da parte di altri esperti perché divulgata in pubblicazioni scientifiche o con altri mezzi;
4. la presenza di *standard costanti di verifica* - riscontro di una molteplicità di casi;
5. (oltre ovviamente al già citato) consenso generale da parte della comunità scientifica;

la sentenza precisò inoltre che i criteri indicati non dovevano necessariamente coesistere e non erano da ritenere tassativi.

I criteri individuati nel caso *Daubert* e quelli che gli studiosi hanno ulteriormente proposto o proporranno (gli studiosi americani hanno infatti proposto ulteriori sviluppi, indicando nuovi criteri, quali la qualificazione scientifica del consulente, il precedente impiego della tecnica in ambito forense, il margine di soggettività nell'interpretazione dei risultati, l'esistenza di conferme esterne dell'accertamento) in realtà costituiscono massime o regole di esperienza, certamente non esaustive ma idonee per il fine indicato.

Le regole che il giudice italiano potrà o dovrà applicare non potranno discostarsi significativamente dai parametri ricordati perché si tratta di generalizzazioni che consentono di affermare che una prova o un metodo scientifici sono affidabili, perché hanno superato positivamente valutazioni di attendibilità da parte degli esperti del settore, hanno resistito ai tentativi di falsificazione, hanno avuto un consenso diffuso nella comunità scientifica.

Solo episodicamente la nostra giurisprudenza di legittimità ha affrontato questi temi senza però che – come già evidenziato - venissero elaborati parametri di valutazione per saggiare la validità della prova scientifica o metodo scientifico da applicare nel processo, come invece è avvenuto nei paesi di Common Law nei quali è più sentita la necessità di evitare che venga introdotta nel processo la **cd. "scienza spazzatura"** (e ciò anche perché in detti sistemi, ove vige il principio dispositivo, di norma non è contemplato il ricorso all'esperto indipendente).

Inevitabile è dunque il richiamo alla sentenza 28 giugno 1993 della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti, relativa al caso *Daubert*

In questa sede peraltro non ci interessa soffermarci a discutere sui singoli strumenti di prova nuovi o controversi e aventi contenuto di elevata specializzazione, anche perché gli stessi – proprio perché nuovi o controversi – non si prestano ad una adeguata discussione in questa sede, ed inoltre, tenuto conto del carattere di novità degli stessi, non è sempre agevole tenerne un elenco aggiornato.

che le malformazioni erano state cagionate dall'assunzione di esso da parte della madre. La Corte distrettuale aveva dato torto ai ricorrenti.

In relazione ad essi basterà **tenere presenti i criteri e parametri – quali sopra accennati** – cui fare riferimento nel momento in cui si pretende una loro introduzione nel processo.

Prestare attenzione alla possibilità che il pm o il difensore introducano una tale prova nel processo, senza che la stessa offra adeguate garanzie di attendibilità e verificabilità empirica, è la precondizione che ci permette di intervenire a garanzia della genuinità dell'istruttoria e degli accertamenti investigativi in generale. Il che può avvenire ad esempio tenendo presenti le linee guida dettate nella citata sentenza *Daubert* – originate in altro ordinamento ma estensibili al nostro per la loro indubbia ragionevolezza – e pretendendo la loro osservanza perché la prova stessa possa essere ritenuta ammissibile.

La stessa Corte di Cassazione italiana ha dimostrato di riconoscere validità ai citati criteri dettati dalla Corte Suprema USA.

Si può ricordare in proposito la sentenza **Cass. sez. V, 9 luglio 1993, n. 8416**, che ha affrontato il problema della prova scientifica di tipo innovativo affermando – in un caso in cui i periti, nel contesto di una **perizia fonica per il riconoscimento della voce**, avevano presentato le loro conclusioni come il risultato di un nuovo metodo di indagine da essi stessi messo a punto -, che il giudice non potesse assumere senz'altro il risultato della prova difettando il riscontro di una molteplicità di casi e il confronto critico tra gli esperti, sì da non potersi considerare i metodi utilizzati ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica.

Negli stessi termini vedasi altresì **Cass. Sez. 2, Sentenza n. 834 del 17/10/2003** Ud. (dep. 14/01/2004) Rv. 227854, Imputato: Trecarichi: *“In tema di valutazione dei risultati peritali, il giudice deve verificare la validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati dal perito, allorché essi si presentino come nuovi e sperimentali e perciò non sottoposti al vaglio di una pluralità di casi ed al confronto critico tra gli esperti del settore, sì da non potersi considerare ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica. (In applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la motivazione con cui il giudice di merito ha effettuato la verifica della nuova metodologia utilizzata nell'ambito di una perizia eseguita con metodo computerizzato mediante ricostruzione dei volti travisati degli autori di una rapina, ripresi da una telecamera a circuito chiuso)”*.⁵

La necessità del requisito del **consenso della comunità scientifica** è stata sottolineata dalla Corte di Cassazione in una sentenza (Cass. Sez. 4, sent. N. 4675 del 17.05.2006, rv. 235658, relativa alla nota problematica del petrolchimico di Porto Marghera), con la quale è stata ritenuta corretta la motivazione della sentenza di merito che aveva escluso la possibilità di affermare il nesso di causalità generale tra l'esposizione a **cloruro di vinile** e talune malattie, sottolineando la

⁵ Nel caso in esame il giudizio di colpevolezza formulato dalla Corte di merito era stato basato precipuamente sull'espletamento di una perizia, volta alla selezione e al riscontro delle immagini raccolte dalle telecamere degli istituti bancari ed alla conseguente comparazione tra i dati somatici dei rapinatori e quelli degli imputati: i risultati dell'indagine specialistica, condotta con sofisticate metodiche sulla base di tecniche geometrico-matematiche e con l'ausilio di strumenti, di riproduzione e informatici, secondo lo stato della loro evoluzione tecnologica, veniva ampiamente illustrata in sede dibattimentale del perito, che chiariva le due concomitanti direttrici di indagini, convergenti quanto all'identità dei soggetti e alla di loro somiglianza.

La Corte ha anche aggiunto: *“La sentenza impugnata, come già quella di primo grado, danno, infatti, esauriente contezza non solo delle metodiche utilizzate - tendenti ad ottenere un'analisi obiettiva dei dati, con comparazioni fotoantropometriche fondate su trasposizione in chiave geometrica delle angolazioni desunte dai punti certi dei fotogrammi, elaborandosi così dei tracciati sovrapposti alle immagini dei prevenuti come ritratti fotograficamente in carcere; concomitante via d'indagine è stata quella della diretta comparazione sulla base delle caratteristiche fisiognomiche del volto - ma altresì delle ragioni per cui i criteri adottati e i metodi utilizzati sono stati ritenuti altamente apprezzabili, in quanto pur se il tipo di indagine è nuovo, non è di natura solo sperimentale in vista di una possibile applicazione scientifica generalizzata e i risultati conseguiti sono stati ritenuti condivisibili. Il valore matematico della analisi obiettiva dei dati, uniti alla verificabilità diretta dei fotogrammi e delle fotografie hanno così fatto ritenere il giudizio espresso dal perito di IDENTICITÀ - quanto ai punti e alle angolazioni sovrapponibili nei tracciati - e di SOMIGLIANZA - quanto ai tratti fisionomici, valutati senza lasciarsi influenzare dalla apparente corrispondenza di uno o più elementi tipici ma in una sintesi trascendente interferenze di natura emotiva o altre suggestioni - sicuramente valido”*.

contraddittorietà dei dati e l'inesistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, della comunità scientifica sull'argomento.

Così pure più recentemente e in maniera più esplicita **Cass. sent. 21.05.2008 n. 31456 imp. Franzoni**, in cui in tema di applicazione della “*Bloodstain Pattern Analysis*” – tipo di indagine che studia la morfologia e disposizione delle macchie ematiche rinvenute sugli oggetti presenti sul luogo del delitto, per verificare la provenienza dei colpi inferti alla vittima e la reciproca posizione di quest'ultima e dell'aggressore – **la Corte ha evidenziato come nel caso specifico fossero stati rispettati “anche i rigorosi criteri di validazione della prova scientifica (aventi per l'A.G. italiana natura meramente orientativa) elaborati dalla giurisprudenza degli USA”.**

Anche nel caso dell'omicidio di Chiara Poggi di **Garlasco**, la Corte d'Assise d'Appello di Milano (sez. II, sent. 6 dicembre 2011, Pres. Conforti, Est. Tucci, imp. Stasi), in ciò riprendendo le conclusioni cui era giunto il GUP di Vigevano (che con sentenza del 17.12.2009 aveva assolto l'imputato **Alberto Stasi**), ha fatto uso di analoghi criteri, giungendo ad escludere la validità ed affidabilità di indagini tecniche e di regole di esperienza formulate sulla base di conoscenze scientifiche. In particolare la Corte, a fronte della “massima di esperienza” prospettata dai consulenti dell'accusa sulla base di presunte regole scientifiche, secondo cui Stasi non poteva aver effettuato il percorso dal medesimo riferito all'interno della casa dei Poggi, senza calpestare le numerose e abbondanti macchie di sangue presenti sul pavimento, ha correttamente rilevato – raccogliendo verosimilmente il suggerimento di una attenta difesa - che detta regola non era affidabile, attendibile, perché non teneva conto di valide spiegazioni alternative che potevano falsificare, contraddire la regola: *“il collegamento tra la circostanza indiziante (la mancata evidenza di sangue sulle suole delle scarpe e di altre visibili tracce relative al suo passaggio) ed il fatto da provare (Stasi non ha fatto quel percorso all'interno dell'abitazione così come riferisce) si basa dunque su una regola .. che non è risultata adeguatamente confermata in concreto per essere assunta come affidabile e non smentibile base del ragionamento inferenziale”*.⁶

Del resto occorre non dimenticare che spesso gli stessi giudici omettono il necessario accertamento sulle competenze e capacità scientifiche dell'esperto - tra l'altro, in tema di perizia, espressamente richieste dall'art. 221 co. 1 cpp, secondo cui il giudice nomina il perito [tra gli iscritti negli appositi albi o] tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina -, limitandosi magari ad accertare soltanto l'esistenza della specializzazione.

Specie in casi di particolare complessità sarebbe invece necessario accertare che l'esperto nominato vanti una qualificata competenza, quale desumibile dalle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, da sue eventuali pubblicazioni su riviste autorevoli, da citazioni di suoi scritti in studi qualificati. In caso poi di prova scientifica di tipo innovativo sarebbe opportuno che il giudice acquisisse, eventualmente con la collaborazione dell'esperto, la documentazione sulla validità scientifica del metodo prescelto. Così ad esempio per le sempre più

⁶ La Corte ha osservato, sulla base di quanto dedotto dai periti nominati dal GUP in primo grado, sia che Stasi poteva benissimo aver compiuto il tragitto senza calpestare le macchie di sangue visibili, e ciò anche inconsciamente (l'indagato aveva dichiarato infatti di non aver prestato attenzione alle macchie di sangue), sulla base di un **percorso cd. di “evitamento implicito”** (secondo il perito prof Geminiani esistono processi mentali automatici di cui non si ha piena consapevolezza, ma che guidano il comportamento di evitamento), sia che i residui di sangue – in ipotesi anche essiccato – rimasti eventualmente sotto le suole delle sue scarpe, anche a seguito del calpestamento di minuscole macchie di sangue difficilmente percepibili ad occhio nudo, potevano essersi dispersi nelle ore successive, a causa dello sfregamento con suoli ghiaiosi, ruvidi, o bagnati, essendo state sequestrate le scarpe solo il giorno successivo e sconoscendosi l'utilizzo fattone dall'imputato, sia infine che il materiale biologico appartenente a Chiara Poggi rinvenuto sul pedale della bicicletta di Stasi non poteva essere definito certamente sangue sulla base della metodica di indagine utilizzata (prova della tetrametilbenzidina), trattandosi di esame presuntivo soggetto ad un altissimo numero di falsi positivi, quando notoriamente la prova confermativa specifica della presenza di sangue umano di impiego forense è invece la prova immunocromatografica.

diffuse **ricostruzioni degli eventi con l'utilizzazione del computer** per le quali quasi mai viene chiesta all'esperto la documentazione che convalidi il fondamento del metodo utilizzato.

L'attendibilità della prova non può neppure essere fondata, esclusivamente o prevalentemente, sul prestigio scientifico dell'esperto che, sia pur rilevante per ritenere attendibile il risultato della prova, non esime il giudice dal controllo critico di questo risultato, sia perché – naturalmente – anche l'esperto di prestigio può sbagliare, sia perché, per i consulenti di parte, può prevalere la volontà (o l'interesse) di far accettare ai giudici la tesi favorevole alla parte che assistono.

Una prova fondata su una teoria scientifica non affidabile non può essere ritenuta ammissibile dal giudice; secondo alcuni l'ammissione di una prova fondata su criteri scientifici non attendibili costituisce violazione di norma processuale sia perché inidonea alla funzione probatoria sia perché irrilevante non potendo essere posta dal giudice a fondamento della sua decisione.

La prova stessa dovrà quindi essere ritenuta inutilizzabile (ex art. 191 cpp) perché assunta in violazione di divieti stabiliti dalla legge.

Per alcune metodiche scientifiche utilizzate per vagliare l'attendibilità del dichiarante (es. **ipnosi e narcoanalisi**), si aggiunge poi il divieto ex art. 188 cpp di influire sulla libertà di autodeterminazione della persona.

Nel caso in cui il giudice assuma ugualmente una prova scientifica inaffidabile, e la ponga a fondamento della propria decisione, è possibile paventare alcuni **rimedi**:

- sul versante del giudizio di legittimità, se il problema della validità della prova scientifica è stato posto in modo plausibile da una delle parti e il giudice cionondimeno non abbia risposto, è ravvisabile la **mancanza di motivazione** su uno snodo essenziale del percorso argomentativo che attiene alla giustificazione del ragionamento probatorio (**art. 606 co. 1 lett. e), prima ipotesi, cpp**);
- in caso poi di valutazione condotta con criteri incongrui (es. ricorso ad una prova scientifica non condivisa dalla comunità scientifica, o dotata di un elevato margine di errore), il vizio ipotizzabile è quello della **illogicità manifesta (art. 606, co. 1, lett. e) terza ipotesi, cpp**);
- se poi si conviene che l'idoneità probatoria debba essere un prerequisito per l'esperibilità della prova scientifica (sul punto come si vedrà convergono le tesi sia dei fautori dell'applicabilità dell'art. 189 cpp alla prova scientifica, sia dei fautori della non applicabilità, ricavando il presupposto dell'idoneità probatoria da quello della rilevanza di cui all'art. 190 co. 1 cpp), allorchè la stessa risulti inidonea alla prova e cionondimeno venga assunta dal giudice a fondamento della propria decisione, la sentenza del giudice oltre che appellabile, sarà anche ricorribile per cassazione, potendosi dedurre il vizio di **"inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di...inutilizzabilità..."** (art. 606 co. 1 lett. c), cpp), dato che l'art. 191 cpp prevede l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Infine si osserva che la validità della prova scientifica e la sua astratta idoneità a spiegare il fenomeno il cui accertamento è oggetto del processo non escludono che, in determinate ipotesi, l'efficacia esplicativa o probatoria sia caratterizzata da un minor grado di certezza. Il giudice deve tener conto che l'idoneità di una tal prova a fondare il giudizio non è sempre uguale. E ciò pur nel caso in cui siano già stati superati gli sbarramenti costituiti dall'accertamento della validità scientifica della prova e della sua astratta idoneità a fondare l'accertamento processuale.

Al giudice si deve dunque chiedere non di improvvisarsi “tecnico” – secondo il mito del *judex peritus peritorum*⁷ -, bensì di essere in grado di valutare a quali condizioni una tecnica investigativa possa essere ritenuta dotata di validità scientifica, e di informarsi sui presupposti di validità del metodo o prova scientifici utilizzati nel processo.

Nella pratica giudiziaria **questo controllo può essere esercitato per esempio, con l’invito del giudice (o del pm o del difensore) ad esibire copia degli studi scientifici che hanno trattato del metodo o tecnica che l’esperto intende utilizzare** vagliando poi i risultati che gli esperti del settore hanno tratto dall’esame delle metodiche che si intendono utilizzare.

⁷ Come evidenziato da Taruffo tale formula nasconde un paradosso: il giudice nomina il perito proprio perché non è in grado di effettuare lui stesso un accertamento di tipo scientifico. Eppure si pretende che sia il giudice stesso a valutare l’esito della prova peritale, al fine di stabilire se vale la pena di servirsene ai fini della decisione sui fatti. Pertanto, si presuppone che il giudice possa effettuare ex post una valutazione su cognizioni scientifiche che egli non possedeva ex ante.

ACCERTAMENTI TECNICI-SCIENTIFICI NEL CODICE

Si pone anzitutto il problema di stabilire se il catalogo codicistico dei mezzi di prova (e *in primis* il mezzo di prova rappresentato dalla perizia) sia idoneo a garantire un impiego affidabile nel processo penale delle inedite opzioni metodologiche e operative offerte dalle indagini scientifiche o se, viceversa, debba farsi leva sull'attitudine dell' art. 189 cpp a regolare il fenomeno.

Ai sensi dell'**art. 189 cpp**: *“quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”*

Detta norma **non parla** espressamente di accertamenti o rilievi tecnici, o di indagini tecnico-scientifiche.

Anzi, la rubrica **“prove non disciplinate dalla legge”**, pare riferirsi non tanto alle prove scientifiche bensì semplicemente a prove non tipizzate dal legislatore.

Eppure, secondo autorevole dottrina la norma in parola sarebbe quella che più delle altre consente di attribuire piena cittadinanza nel nostro procedimento penale alla prova scientifica (sul punto vi sono peraltro pareri discordanti): **l'art. 189 cpp sarebbe dunque la valvola che permetterebbe alle indagini scientifiche di trovare accoglimento nell'ambito del procedimento, a prescindere dalle forme in concreto scelte per effettuarle, ossia attraverso perizia - dibattimentale o effettuata in incidente probatorio -, piuttosto che attraverso affidamento di incarico ad un consulente tecnico ex artt. 359 e 360 cpp, o mediante effettuazione delle stesse direttamente da parte di personale di p.g. dotato delle necessarie competenze tecniche, sia esso delegato o meno dal pm.**

Si deve però fare una precisazione: per “prova scientifica” non si alluderà ad un nuovo mezzo di prova, non ricompreso nel catalogo legale, bensì ad una particolare componente del mezzo di prova, definibile quale “strumento di prova” (O. Dominioni, in tema di nuova pr sc, 2001): una componente che interviene nell'operazione probatoria e tuttavia sfugge, è estranea al catalogo legale, in quanto appartenente per sua natura al patrimonio della scienza e della tecnica e all'incessante e mutevole evolversi delle ricerche.

In tal modo, il regime speciale ex art. 189 cpp varrebbe anche per la “nuova prova scientifica”, cioè a dire **mezzi probatori** nei quali ci si avvale di strumenti scientifico-tecnici (principi e metodologie della scienza teorica, metodiche della scienza applicata, tecnologie, procedure di indagini tecniche, criteri di valutazione costruiti sulla scorta di esperienze pratiche specializzate, apparecchiature con cui queste risorse di conoscenza sono utilizzate) che si presentino come nuovi o controversi e di elevata specializzazione così da richiedere, per questa loro ultima connotazione, il ricorso ad un esperto perché esorbitanti dal sapere comune.

Quanto precede parrebbe trovare conferma nella **Relazione al progetto preliminare del 1988, in riferimento all'art. 189 cpp**:

“E' sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive”.

Si tratta di previsione inserita tra le “disposizioni generali” del LIBRO III del cpp intitolato alle “PROVE”, e dunque posta in una parte introduttiva al tema delle prove stesse.

Tale norma è stata pensata dal legislatore – come visto – proprio avendo riguardo ai mezzi di prova che la scienza e la tecnica avrebbero potuto offrire grazie al progresso tecnologico in continuo divenire, tali da non consentirne una cristallizzazione o comunque una previsione omnicomprensiva.

Il principio di atipicità se da un lato offre l'indiscutibile vantaggio di una maggior versatilità del processo (capace di piegarsi alle esigenze imposte dall'esperimento di questa o quella prova

scientifico), dall'altro pone all'interprete non pochi problemi, perché è ovvio che l'assumibilità di prove non disciplinate dalla legge non significa assumibilità di ogni genere di prova.

Nel nostro sistema si può dire che vigono **due regimi di ammissione della prova**.

Il primo, di carattere generale, è disciplinato dall'**art. 190 cpp** e può definirsi **regime di inclusione** (sono ammessi tutti i mezzi di prova richiesti dalle parti, salvo che ne risultino connotazioni negative: **prove vietate dalla legge** o che **manifestamente siano superflue o irrilevanti**). La *ratio* di questo regime è la salvaguardia del diritto alla prova: il giudice, nel pronunciarsi sulle richieste delle parti, non deve inoltrarsi in giudizi sull'utilità e valore di quello che potrà essere l'esito dell'operazione probatoria.

Il secondo regime, di carattere speciale, è disciplinato dall'**art. 189 cpp** e può definirsi **regime di esclusione**. Esso presiede ai giudizi sull'ammissione dei mezzi di prova atipici: la norma pone due limiti (ulteriori rispetto a quelli generalmente previsti per l'ammissibilità della prova ex **art. 190 cpp**):

- la prova non disciplinata dalla legge **deve essere idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti**
- **non deve pregiudicare la libertà morale della persona.**

Qui il provvedimento di ammissione della prova richiesta consegue all'accertamento espresso di suoi requisiti positivi. La *ratio* di questo regime è l'attuazione del principio di legalità probatoria.

Secondo la tesi in commento il regime speciale ex art. 189 cpp varrebbe anche per la nuova prova scientifica, cioè a dire mezzi probatori nei quali ci si avvale di strumenti scientifico-tecnici che si presentino come nuovi o controversi e di elevata specializzazione così da richiedere il ricorso ad un esperto perché esorbitanti dal sapere comune.

Così, si sostiene, la disciplina dettata nell'art. 189 cpp dev'essere applicata, oltre che alla prova atipica, alla nuova prova scientifica, e ciò in ragione della stessa origine storica della norma, dettata dalla necessità di regolare l'ingresso delle nuove risorse scientifico-tecniche nel processo.

L'accoglimento di tale tesi, invero suggestiva, - secondo cui per l'ammissione della nuova prova scientifica varrebbe sempre il regime di esclusione di cui all'art. 189 cpp, e ciò anche allorché sia nel caso specifico disposta perizia -, avrebbe il pregio di:

- consentire al giudice un vaglio sull'ammissibilità della prova più penetrante, e tale da permettergli già in fase di ammissione, di rigettare tutte quelle prove che, seppur non vietate dalla legge, e seppur non superflue o irrilevanti, non siano peraltro idonee a provare i fatti che si propongono di dimostrare, ad es. per il loro mancato riconoscimento da parte della comunità scientifica. In tal modo si evita di dare ingresso nel processo alla cd. "Scienza spazzatura" (junk science), e a metodi *contra legem*. Si può fare l'esempio di una perizia in cui l'esperto debba avvalersi di uno strumento di prova a base statistico-epidemiologica, per dimostrare il nesso causale fra l'insorgere di una malattia in un soggetto e la sua esposizione a sostanze nocive, o l'assunzione da parte sua di un farmaco. E' chiaro infatti che in tal caso ricorrendo alla perizia come mezzo di prova **tipico** il giudice avrebbe difficoltà a respingere la richiesta di perizia (per la sua intrinseca rilevanza e non superfluità), col rischio conseguente di impegnare vanamente il processo in attività laboriose e dispendiose di tempo e di mezzi, tali da richiedere un lungo e complesso dibattimento all'esito del quale soltanto il giudicante potrebbe disconoscere l'idoneità probatoria di detto strumento scientifico - tecnico.

Sono dunque anzitutto **ragioni di economia processuale** a richiedere che la verifica dell'idoneità della nuova prova scientifica ad accertare il fatto sia compiuta prima dell'assunzione stessa, per evitare di impegnare vanamente il processo in attività laboriose e dispendiose di tempo e di mezzi⁸.

⁸ Si tratta in particolare di non assecondare operazioni probatorie fondate su asseriti principi scientifici o tecnologie che già nel momento in cui ne è richiesto l'impiego si possono rivelare sprovvisti di validità, o incontrollabili nella correttezza del loro uso pratico, o lesivi della libertà morale della persona, o ancora tanto sofisticati al punto da essere

Al fine di valutare l'idoneità del nuovo o controverso strumento scientifico-tecnico a ricostruire il fatto, il giudice può giovare soltanto degli elementi acquisibili dall'adempimento del dovere di sentire le parti sui "fatti che intendono provare" (art. 493 co. 1 cpp).

- Imporre al giudice, prima di procedere all'assunzione della prova scientifica, di "sentire le parti sulle modalità di assunzione della prova", con conseguente nullità di ordine generale nel caso in cui il giudice nel disporre l'assunzione della prova si dimentichi di sentire le parti [sul punto v. Cass. Sent. 31456/08 Franzoni, la quale in caso di omessa audizione delle parti ritiene sussistente una nullità a regime intermedio, e dunque rilevabile solo entro i termini di cui all'art. 180 cpp (ossia entro la deliberazione della sentenza di primo grado), e sanata – o comunque "ineducibile" – se la parte che vi assiste, pur presente, non eccepisca nulla nel momento in cui la nullità si produce (art. 182 co. 2 cpp)]

Autorevole dottrina (Ubertis G., Nobili M.) osserva peraltro - con giudizio secondo noi condivisibile - come le indagini scientifiche, anche ove abbiano ad oggetto esperienze scientificamente nuove (si cita l'esempio della scoperta di nuove tecniche attendibili, per stabilire se un certo oggetto sia stato in precedenza colpito dallo sguardo di una persona), non possono perciò solo portare all'elusione delle norme sulla perizia: "dal punto di vista della tipologia delle prove, e senza nemmeno qui far ricorso all'analogia, si dovrà applicare la normativa sulla perizia" (Nobili). A rigore dunque in tali casi non dovrebbe più applicarsi l'art. 189 cpp, dal momento che la perizia rappresenta già "una prova disciplinata dalla legge".

Del resto come dare torto a questa dottrina, visto che **l'art. 220 cpp (rubricato "oggetto della perizia") recita testualmente: "la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche, o artistiche"** ? E' lo stesso legislatore infatti che sembra imporre il ricorso alla perizia nel caso debbano introdursi nel processo dette conoscenze specialistiche.

Anche la **Corte di cassazione**, in alcune pronunce, ha affermato che l'introduzione nel processo penale delle conoscenze specialistiche non possa avvenire attraverso mezzi di prova diversi dalla perizia o dalla consulenza tecnica, in quanto ciò comporterebbe una operazione di torsione funzionale dei primi, che è certamente estranea al sistema: cfr. **C III 9.2.2005**, A., GD 2005, n. 18, 81 (fattispecie in cui era stato assunto come testimone nel corso del dibattimento, conclusosi con la condanna dell'imputato per il reato di cui all'art. 110 t.u.l.p.s., l'ausiliario nominato durante le indagini dalla polizia giudiziaria, a norma dell'art. 348 c. 4 cpp, per analizzare il software di alcuni videogiochi installati nell'esercizio pubblico dell'imputato); **C V 7.12.2004**, S., GD 2005, n. 11, 96 (nella specie, il giudizio di responsabilità dell'imputato si era basato sulla deposizione testimoniale di un agente di polizia giudiziaria che, senza essere stato nominato perito o consulente tecnico, si era limitato a riferire della corrispondenza di diciassette punti caratteristici delle impronte digitali reperite sul luogo di commissione del reato, riportando gli accertamenti effettuati dal personale della polizia scientifica).⁹

imperscrutabili per il giudice e le parti e sfuggire così al loro controllo ovvero capaci di esercitare una suggestione impropria sul convincimento giudiziale.

⁹ Vd. però **Cass. Sez. 5, Sentenza n. 38221 del 12/06/2008** Ud. (dep. 07/10/2008) Rv. 241312: "In tema di prova testimoniale, il divieto di esprimere apprezzamenti personali, posto in via generale dall'art. 194 comma terzo cod. proc. pen., non vale qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata, che riferisca su fatti caduti sotto la sua diretta percezione sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché in tal caso l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto. (Fattispecie relativa alla deposizione di una testimone, appartenente alla polizia scientifica, che aveva eseguito accertamenti tecnici relativi alla contraffazione di passaporti, visti e timbri)". **Cass. Sez. 2, Sentenza n. 40840 del 19/09/2007** Ud. (dep. 07/11/2007) Rv. 238758: "Sono ammissibili ed utilizzabili le dichiarazioni del testimone "tecnico", ovvero particolarmente esperto in un dato settore, che riferisca dati di fatto, sia pur nella percezione "qualificata" consentita dalle sue speciali conoscenze, non anche quelle contenenti valutazioni dei predetti dati di fatto secondo il soggettivo apprezzamento del testimone, che potrebbero entrare a far parte del materiale probatorio soltanto attraverso una consulenza tecnica (od una perizia)". E anche **Cass. Sez. 2, Sentenza n.**

Si osserva poi come l'esigenza di evitare l'introduzione nel processo della cd. scienza spazzatura sia comunque soddisfatta dalla considerazione che **l'idoneità probatoria sarebbe enucleabile già dall'art. 190 cpp quale fattore, assieme alla pertinenza, del concetto di rilevanza**: le disposizioni dell'art. 189 cpp non sarebbero dunque speciali rispetto a quelle dell'art. 190 di cui sarebbero soltanto una ripetizione¹⁰.

La Cassazione sembra condividere questa impostazione, ritenendo inapplicabile nella specie l'art. 189 cpp, come pare emergere dalla citata **sent. 21.05.2008 n. 31456, Franzoni**, secondo cui, con riferimento al metodo di prova scientifico della B.P.A. (Bloodstain Pattern Analysis) ha affermato: **“Quanto alla corretta classificazione dell'indagine fondata sulla B.P.A. ed alla prospettazione della sua ascrivibilità al novero delle ‘prove non disciplinate dalla legge’ ovvero ‘atipiche’, di cui all'art. 189 cpp, non sembra revocabile in dubbio la riconducibilità della stessa al genus della perizia: la peculiarità dell'oggetto degli accertamenti non può invero confondersi con l'atipicità del mezzo di prova, essendosi trattato di attività a tutti gli effetti nell'ambito dell'art. 220 cpp, a norma del quale il giudice dispone la perizia “quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Non essendo il possibile oggetto della perizia circoscritto, predeterminato o tipizzato dalla legge (salvi alcuni casi espressamente previsti, come le perizie psichiatrica [art. 70 co. 1 cpp] e nummaria [art. 74 disp. Att. Cpp]¹¹) e potendo quindi l'indagine riguardare i più diversi campi e discipline, la natura particolare ed inconsueta degli accertamenti non vale a determinarne la traslazione al novero delle “prove atipiche” quali, ad esempio, devono considerarsi, secondo la giurisprudenza, le riprese visive o videoregistrazioni: non è pertanto invocabile nella specie il disposto dell'ultimo periodo dell'art. 189, secondo cui l'ammissione delle prove non disciplinate dalla legge deve essere preceduta dall'audizione delle parti sulle modalità della loro assunzione (e ciò a prescindere dal rilievo che la sua inosservanza, in ipotesi riconducibile alle nullità d'ordine generale di cui all'art. 178 lett. c) cpp, non ha formato oggetto di alcuna tempestiva deduzione”**.

Entriamo ora più nello specifico a trattare della disciplina riservata dal nostro codice agli strumenti di indagine scientifica.

Chiaramente il codice non usa direttamente il termine “indagini (o accertamenti) scientifici”, ma spesso implicitamente ad essi si riferisce menzionando operazioni o atti che richiedono specifiche competenze tecniche (riferendosi indistintamente a rilievi e accertamenti tecnici), e autorizzando le parti ad avvalersi di esperti in determinate discipline.

Così, a proposito dell'attività della polizia giudiziaria, **l'art. 348 co. 4 cpp** prevede che, per il compimento – di propria iniziativa o su delega del pm – di atti o di operazioni finalizzate ad

12942 del 16/01/2007 Ud. (dep. 29/03/2007) Rv. 236384: “Non incorre nel divieto di esprimere apprezzamenti personali il testimone, che, in forza della specifica preparazione tecnica, risponde su fatti e circostanze concernenti la sua attività professionale e fornisce elementi di supporto agli atti compiuti dalla polizia giudiziaria. (Fattispecie in cui il testimone, in un procedimento per i reati di truffa e falso in titoli di credito, aveva affermato, a proposito di un assegno bancario, che era una riproduzione fotostatica idonea a trarre in inganno il beneficiario del titolo)”.

¹⁰ Dominioni controbatte a questa osservazione rilevando che “se si estende il giudizio di rilevanza per ricomprendervi in generale un giudizio di idoneità probatoria da esprimere per i mezzi di prova tipici, ci si inoltra nel terreno della prevalutazione in misura tale da infirmare indebitamente il diritto alla prova.” Ed in effetti se così fosse, il giudice potrebbe spingersi tranquillamente a valutazioni in ordine all'idoneità probatoria degli altri mezzi di prova tipici (ad es. le testimonianze di cui venga richiesta l'assunzione dalle parti), con conseguente estromissione di quelle ritenute inidonee a provare i fatti.

¹¹ Ed oggi, aggiungiamo noi, la perizia “che richiede il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale”, di cui all'art. 224 bis cpp.

assicurare le fonti di prova, la **polizia giudiziaria possa avvalersi di persone idonee, laddove l'assolvimento di quei compiti richiedano "specifiche competenze tecniche"**, e tali persone non potranno rifiutare la propria opera. Si noti poi che la norma in parola non prescrive alcuna formalità – e tanto meno la forma scritta - per la scelta e la nomina di tali ausiliari; ne deriva che nessun tipo di invalidità o inutilizzabilità degli accertamenti compiuti discende dalla mancanza di una investitura scritta dei predetti, non versandosi in alcuna ipotesi di violazione di legge (Cass. Sez. III, sent. N. 3840 del 27.03.1998, Cerutti, rv 210329).

L'**art. 349 co. 2 cpp**, poi, entrando più nello specifico, prevede che la p.g. possa procedere "anche eseguendo ... **rilievi dattiloscopici, fotografici, e antropometrici, nonché altri accertamenti**".

L'**art. 354 cpp** attribuisce poi alla p.g. il potere – in ipotesi di urgenza, ove il pm non possa intervenire tempestivamente o non abbia ancora assunto la direzione delle indagini – di procedere "ad **accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose**", oppure **sulle persone**, se del caso disponendo il sequestro del corpo del reato e delle cose a questo pertinenti.

Anche nella disciplina relativa all'attività del pm si rinviene una analoga "confusione terminologica": così l'**art. 359 cpp** riconosce al rappresentante della pubblica accusa la facoltà di nominare ed avvalersi di consulenti tecnici laddove intenda procedere ad "**accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fonografici e ad ogni altra operazione tecnica per la quale sono necessarie specifiche competenze**"; mentre l'**art. 360 cpp**, pur operando un rinvio al precedente art. 359, menziona solamente gli "accertamenti" e non anche i rilievi, imponendo al pm di osservare una procedura garantita allorquando "gli accertamenti previsti dall'art. 359 riguardano persone, cose, o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione" e siano dunque **irripetibili** (la disciplina è estesa dall'art. 117 disp.att. cpp anche agli accertamenti tecnici che per loro natura determinino dette modificazioni nel momento in cui sono compiuti).

In queste norme, tutte relative alla fase delle indagini preliminari, come abbiamo potuto notare si parla spesso indistintamente di **accertamenti** e **rilievi**: il legislatore però non offre di tali istituti alcuna definizione.

E' grazie soltanto alla elaborazione giurisprudenziale che si sono potute delineare le caratteristiche differenziali delle due nozioni, **accertamenti e rilievi**¹²: così oggi con il termine "**RILIEVI**" si dovrebbe indicare un'attività di **mera osservazione, individuazione ed acquisizione di dati materiali**,

mentre gli "**ACCERTAMENTI**" comporterebbero **un'opera di studio critico, di elaborazione valutativa, ovvero di giudizio di quegli stessi dati** (in tal senso, *ex ceteris*, Cass. sez. V, 20.11.2000, D'Anna).

Così **ad esempio** è normalmente considerata **attività di mero rilievo** (come vedremo) l'attività finalizzata all'**individuazione ed alla raccolta**, con appositi mezzi tecnici, **di una impronta dattiloscopica o delle tracce di residui del processo di esplosione di un'arma da sparo**, mentre è

¹² Il legislatore non ha infatti ritenuto opportuno procedere ad una definizione dei **rilievi** e degli **accertamenti urgenti**, al fine di evitare continui aggiornamenti a seguito dell'evoluzione degli strumenti tecnici di indagine. La lacuna va pertanto colmata in via interpretativa: si ritiene che i rilievi e gli accertamenti urgenti previsti dal c. 2 del presente articolo consistano in **operazioni a contenuto descrittivo** (rilievi planimetrici) o **segnaletico** (rilievi dattiloscopici, fotografici o antropometrici) e, più in generale, in attività di natura **ricognitivo-ispettiva**. La polizia compie le operazioni in discorso attraverso il proprio personale specializzato (polizia scientifica o RIS per l'arma dei carabinieri) oppure ricorrendo ad ausiliari estranei all'amministrazione dotati di "specifiche competenze tecniche" (art. 348 c. 4).

senz'altro attività di accertamento quella che si concretizza nella comparazione tra l'impronta raccolta e l'impronta di soggetti sospettati, ovvero nel trattamento chimico di quei residui per verificare la effettiva presenza di tracce della polvere da sparo.

O ancora sono considerati **rilievi**, e non già accertamenti tecnici, le prove alcolimetriche effettuate dalla p.g. nell'immediatezza del fatto, mediante etilometro, per accertare lo stato di ebbrezza del conducente del veicolo, mentre sono da considerare **accertamenti** le prove ematiche effettuate in ospedale per gli stessi fini, sempreché le stesse non siano compiute per fini diagnostico-terapeutici, bensì per finalità di accertamento del reato; e così pure le prove effettuate mediante analisi delle urine per verificare la previa assunzione di sostanze stupefacenti.

Anche in dottrina si ritiene che i **rilievi** e gli **accertamenti urgenti** svolgano una **funzione descrittiva e preparatoria** rispetto agli **accertamenti tecnici** [D'Ambrosio-Vigna]. Questi ultimi, in definitiva, si risolverebbero in una **attività di natura sostanzialmente peritale**.

In dottrina - oltre alle **posizioni di chi radicalmente contesta l'accettabilità della distinzione tra accertamenti e rilievi tecnici**, ritenendo che, in conformità alla natura e funzione delle indagini preliminari, l'eventuale attività di carattere tecnico si configura in tale fase - come accertativa, volta cioè alla rilevazione di dati e non già alla loro valutazione [Dell'Anno] - si tende a minimizzare la differenza tra "rilievi" ed "accertamenti".

Secondo altra dottrina [Scalfati] la "svalutazione" della differenza tra accertamenti e rilievi potrebbe avvenire in senso inverso: come dire che, considerato che talora **i profili elaborativi sono strettamente connessi ai modi di acquisire il materiale dell'investigazione**, "una netta scansione tra le due categorie può risultare di difficile comprensione sul piano pratico".

La distinzione tra i rilievi, espressione di una mera attività di osservazione o di materiale descrizione, e gli accertamenti, indicativi di un'attività di elaborazione e valutazione di dati, è riconoscibile anche nelle disposizioni inserite nel codice dalla **legge n. 397/2000 in materia di investigazioni difensive (vds. ad es. art. 391 sexies cpp**, in cui vengono contemplati i rilievi - tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi - cui può procedere il difensore, il sostituto, o gli ausiliari indicati nel 391 bis cpp, ossia investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, in sede di accesso ai luoghi; e così pure l'**art. 391 decies cpp**, che al comma 3 distingue gli accertamenti tecnici non ripetibili - assoggettati alla disciplina del 360 cpp - dagli altri "atti" non ripetibili di cui al 391 *sexies* - e quindi *in primis* i rilievi -, compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, per i quali è prevista per il pm la semplice facoltà di assistervi).

E' controverso di quali e quanti poteri disponga la p.g. in ordine all'effettuazione di accertamenti tecnici. L'unico dato certo sembra essere quello secondo cui alla p.g. è consentito compiere accertamenti tecnici ripetibili [in tal senso parrebbe orientata C I 16.4.2004, Amato, CED 228243, in tema di rilievi fonometrici]. Ciò si verifica in tutti i casi in cui l'intervento tecnico non è tale da cagionare la distruzione o la irreversibile alterazione del reperto (art. 117 disp. att. e coord.).

E' il caso dell'analisi qualitativa (*stub*) effettuata mediante microsonda a raggi x - di particelle evidenziate (attraverso un microscopio ad elettroni retrodiffusi), al fine di individuare residui di polvere da sparo.

Al contrario, dovrebbe ritenersi preclusa alla p.g. la possibilità di verificare di propria iniziativa il **numero di matricola abraso** di un arma; questa operazione, invero, comportando l'impiego di reagenti chimici, può essere utilmente compiuta una sola volta.

La soluzione prospettata è stata del resto fatta propria dal legislatore in tema di disciplina del processo penale avanti al Giudice di pace, laddove all'**art. 13 d.lg. 28 agosto 2000 n. 274 (competenza penale del giudice di pace)**, si attribuisce alla p.g. il potere di compiere accertamenti

tecnici irripetibili solo previa autorizzazione del pubblico ministero e sempre che questi non ritenga di compierli personalmente.

Vi sono poi altre norme che, in tema di prove, alludono ai principi della scienza e della tecnologia:

Artt. 64 co. 2 e 188 co. 1 cpp, (entrambi recitano: “*non possono essere utilizzati neppure con il consenso della persona interessata, **metodi o tecniche** idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare i fatti*”);

Art. 219 co. 1, c.p.p.: “...il giudice può designare un **esperto** per l'esecuzione di determinate **operazioni**.”

Art. 220 co. 1 cpp (già citato): “la perizia è ammessa quando occorre svolgere **indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche, o artistiche**.”

Art. 228 co. 1 cpp: “il perito procede alle **operazioni** necessarie per rispondere ai quesiti”;

tali norme contengono locuzioni (*tecniche, metodi, operazioni, esperti...*) che non rinviano al campo della prova atipica, ma alle risorse conoscitive che l'attività processuale probatoria può attingere al bagaglio culturale scientifico-tecnico.

ACCERTAMENTI TECNICI RIPETIBILI E NON RIPETIBILI

Le indagini tecnico scientifiche si compiono pressoché necessariamente attraverso l'espletamento di “accertamenti tecnici”, i quali, siano essi esperiti nell'ambito di una consulenza tecnica richiesta ad un esperto, oppure siano essi richiesti a sezioni specializzate della polizia giudiziaria, consentono l'ingresso nel processo penale della cd. prova scientifica, o comunque del dato tecnico-scientifico.

Preliminarmente appare pertanto utile spendere alcune parole sulla disciplina dettata dal codice per tali accertamenti tecnici, ben sapendo che il rispetto di questa disciplina comporta l'ammissibilità o meno dell'indagine scientifica, di qualunque genere essa sia.

Nella sistematica delle indagini preliminari, **gli artt. 359 e 360** individuano talune categorie di atti e, all'interno di queste, talune *species* di atti - rispettivamente, accertamenti tecnici, rilievi (segnaletici, descrittivi, fotografici), operazioni tecniche, nonché, nell'ambito degli accertamenti tecnici, quelli non rinviabili, indifferibili e irripetibili - cui il pubblico ministero ha il potere-dovere di procedere nel corso della sua attività investigativa" con l'ausilio di un consulente tecnico.

CONSULENZA TECNICA IN FASE DI INDAGINE

Art. 359 c.p.: “il PM, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera.

Il consulente può essere autorizzato dal pm ad assistere a singoli atti di indagine”.

L'accertamento realizzato in sede investigativa dal p.m. **non urgente e sicuramente ripetibile non può essere inserito nel fascicolo di cui all' art. 431** e non può essere utilizzato in dibattimento, se non eventualmente attraverso l'audizione quale teste del consulente del p.m..

Inoltre risulta anche possibile l'acquisizione dell'elaborato del consulente, una volta completata la sua escussione, se utilizzato come strumento di consultazione durante l'esame, il che deriva sia dalla lettura dell' **art. 501 c. 2, cpp** (“*il perito e il consulente tecnico hanno in ogni caso facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, che possono essere acquisite anche d'ufficio*”) sia dalla lettura dell'**art. 233 co. 1, cpp** (“*quando non è stata disposta perizia, ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, propri consulenti tecnici. Questi possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie a norma dell'art. 121 cpp*”); a ciò si aggiunga la considerazione che, nel caso in cui l'elaborato del consulente non sia stato utilizzato nel corso dell'esame, il pm ha sempre la possibilità di ripresentarne il contenuto comunque come memoria del p.m. (art. 121 cpp). L'esigenza del contraddittorio sarebbe invero salvaguardata, oltre che dalla possibilità per i difensori di controesaminare il consulente del p.m., anche dalla facoltà agli stessi riconosciuta di nominare e citare a dibattimento un proprio consulente tecnico, ovvero di sollecitare al giudice l'effettuazione di una perizia di ufficio¹³.

Altro aspetto da sottolineare è la piena efficacia probatoria dei risultati degli accertamenti tecnici ex art. 359 nei riti alternativi (abbreviato o patteggiamento), posto che la generale utilizzazione, a fini decisori, dell'intero fascicolo del p.m., comprende certamente le consulenze ex art. 359 ivi incluse [C V 12.1.1994, Vetrallini, in Guariniello 76; C VI 11.2.1993, Bugatti, ivi; C VI 28.1.1993, Corazza, ivi; C SU 1.10.1991, Sini, ivi, 72].

Inoltre, l'inutilizzabilità (prevista ex art.228 co. 3 cpp¹⁴ per il perito) delle notizie che il perito o il consulente riceva, in sede di espletamento di incarico, dall'imputato, dalla persona offesa o da altre persone, non ha natura patologica bensì fisiologica, sicché il contenuto della consulenza tecnica disposta dal p.m. può essere legittimamente utilizzato nel rito abbreviato, ai fini di prova della responsabilità dell'imputato, anche con riguardo a dette notizie [Cass. sez. III 11.11.2008, Rocca, CED 242256, in fattispecie di avvenuta utilizzazione di consulenza psicopedagogica disposta in procedimento per reato di violenza sessuale su minore contenente la descrizione, da parte della persona offesa, degli abusi subiti].

Per gli accertamenti ripetibili non si devono rispettare formalità particolari, se non quelle imposte dalla legge in generale per il tipo di accertamento tecnico che ci si accinge a compiere. Tali accertamenti, si ritiene, possono essere compiuti non solo dal pm, ma anche dalla p.g. prima dell'intervento del pm, ex art. 354 co. 2 cpp.

Il problema sorge invece per gli accertamenti tecnici non ripetibili: per questi l'art. 360 cpp prevede una disciplina particolare, piuttosto severa, secondo cui se non si rispetta il contraddittorio nell'espletamento degli accertamenti (o quanto meno se il pm non dà avviso del conferimento dell'incarico all'indagato, alla p.o., ed ai difensori), gli stessi seppur compiuti, non potranno avere alcuna efficacia probatoria (ma solo al più una efficacia limitata alla immediata prosecuzione delle indagini).

¹³ Vds. in tal senso Cass sez. V 8.8.2000, Brunello, CED 216940. Con detta pronuncia, la S.C., dichiarando manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell' art. 359, con riferimento all'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede la spedizione di avvisi all'indagato in relazione alla nomina di un consulente tecnico da parte del p.m., ha chiarito che l'istituto processuale in oggetto non costituisce momento di formazione della prova, non è una perizia e non appartiene - essendo gli accertamenti medesimi sempre ripetibili - alla verifica in contraddittorio degli elementi del processo.

¹⁴ Art. 228 co. 3 cpp: “Qualora, ai fini dello svolgimento dell'incarico, il perito richieda notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale”.

GLI ATTI NON RIPETIBILI

L'art. 360 cpp recita:

- “1. Quando gli accertamenti previsti dall'art. 359 riguardano persone, cose, o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori, del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.
2. Si applicano le disposizioni dell'art. 364 co. 2.
3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti, e di formulare osservazioni e riserve.
4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pm dispone che non si proceda agli accertamenti, salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.
5. Se il pm, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento.”

La possibilità di applicare il procedimento ex art. 360 è estesa dall'art. 117 disp. att. e coord. agli accertamenti che, se effettuati, determinerebbero "modificazioni [...] tali da rendere l'atto non ripetibile". In tal caso è l'espletamento dello stesso accertamento a rendere l'atto non rinnovabile (ad es. statisticamente più frequente: esaltazione del numero matricolare abraso di un'arma o di un telaio di veicolo, con l'impiego di reagenti chimici tali da modificare irreversibilmente l'oggetto) e, dunque, si tratta - in tal caso davvero - di una irripetibilità determinata tuttavia "artificialmente" da una "non rinviabilità funzionale" e cioè da una modificazione indotta e fondata sull'esigenza di proseguire, in tempi rapidi, l'attività investigativa, non procrastinabile - con gli accertamenti ad essa funzionali - fino al dibattimento.

L'individuazione dei criteri da seguire per affermare la natura non ripetibile di un atto del pm o della polizia giudiziaria non può prescindere dalla tematica del giusto processo (e del principio del contraddittorio), quale regolato dall'art. 111 Cost., dopo la riforma introdotta con l. cost. 23.12.1999 n. 2.

E' infatti evidente che l'accertamento eseguito dal pm ai sensi dell'art. 360 cpp, seppur tendente a garantire la formazione del contraddittorio, comporta comunque una deroga al principio stesso, nella misura in cui da un lato, il contraddittorio non è necessario (ai sensi del co. 3 infatti i difensori ed i consulenti hanno diritto di partecipare, ma la loro partecipazione non è necessaria), e, dall'altro, non si tratta di un vero e proprio contraddittorio, visto che non vi è parità delle parti: il *dominus* dell'accertamento è infatti non già il giudice, bensì il pm (e del resto – forse proprio per questo motivo - il co. 4 prevede il diritto dell'indagato di richiedere l'incidente probatorio).

L'art. 111 co. 4 Cost. (come modif. dalla legge cost. n. 2 del 1999) in particolare impone il contraddittorio come regola per la formazione della prova [“il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova” (comma 4)] mentre il comma successivo consente la deroga a tale principio solo nel caso di consenso dell'imputato, di provata condotta illecita e “per accertata impossibilità di natura oggettiva” [“la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita” (comma 5)].

Dunque al di fuori dei primi due casi indicati (consenso e provata condotta illecita) l'atto per poter essere ritenuto non ripetibile, non deve essere rinnovabile in dibattimento per “accertata impossibilità di natura oggettiva”.

L'art.191 cpp dispone espressamente che “le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”.

Ora, in caso di accertamenti ex art. 360 cpp l'impossibilità di natura oggettiva può sì ricorrere ma soltanto in un numero di casi relativamente ridotto rispetto a quelli in cui si ricorre a detti accertamenti (prova ne è che talvolta, a fronte della riserva formulata dalla difesa, è pur possibile procrastinare il compimento dell'atto urgente per espletarlo con le forme e le garanzie dell'incidente probatorio: il che è previsto come evenienza fisiologica dall'art. 360 co. 4 e 5 cpp).

Gli accertamenti ex art. 360 risultano essenzialmente, infatti, atti non rinviabili, nel senso che la loro immediata esecuzione garantisce la genuinità del contributo conoscitivo che la prova apporterà al giudizio; quasi mai essi travalicano la soglia della "irripetibilità" in senso stretto, intesa quale pericolo di totale compromissione, dunque di esistenza stessa, del mezzo di prova.

In caso di dubbio **un'interpretazione costituzionalmente orientata** non può che imporre una **delimitazione degli atti acquisibili al fascicolo dibattimentale alle sole ipotesi nelle quali la rinnovazione sia effettivamente ed oggettivamente impossibile.**

Negli altri casi dunque l'accertamento tecnico, seppur eseguito con le forme del 360, dovrà essere ripetuto in dibattimento ogniqualvolta la ripetizione sia possibile (es. ricostruzione della dinamica di un sinistro stradale).

Il che pone non pochi problemi al pm, il quale da un lato sarà portato ad avvisare le parti in presenza del mero rischio di irripetibilità (ad es. nel caso in cui l'accertamento comporti la partecipazione di persona che si teme possa rendersi irreperibile; oppure accertamenti sulla memoria di un computer), con conseguente aggravio della procedura, e dall'altro però dovrà tener conto della necessità di ripetizione dell'accertamento in tutti i casi di effettiva ripetibilità (ad es. perché la persona di cui si temeva l'irreperibilità, ha mantenuto la residenza, la dimora o il domicilio in un posto ben individuato ed è stato agevole ricondurla in dibattimento).

Il principio va peraltro temperato con le regole che presiedono all'assunzione della testimonianza: nulla vieta infatti che il consulente del pm o l'ausiliario di pg che ha eseguito le indagini tecniche, - e ciò a prescindere dalla natura ripetibile o irripetibile di dette indagini - possa e debba essere sentito come testimone nell'ambito del processo, con conseguente eventuale inutilità della ripetizione dell'accertamento attraverso la nomina di un perito.

Vds. in proposito **Cass. Sez. V pen., sent. 17.03.2004 ric. Puce** secondo cui: *“Per quanto attiene alla comparazione delle impronte prelevate con quelle già in possesso della polizia giudiziaria è stato ripetutamente affermato che la stessa non richiede particolari cognizioni tecnico – scientifiche e si risolve in mero accertamento di dati obiettivi ai sensi dell'art. 354 cpp per cui il suo svolgimento non postula il rispetto delle formalità prescritte dall'art. 360 cpp (cass. 11.01.1989, Notarpietro; 11.11.1996, Koudri; 27.10.1998, Bettio): ne deriva che, qualora colui che ebbe a svolgere siffatta attività venga sentito in dibattimento e riferisca in ordine alla medesima, il giudice non è tenuto a disporre una perizia, ben potendosi attenere alle emergenze di quanto esposto dal predetto che in realtà è un consulente del pm. D'altro canto il diritto al contraddittorio può esercitarsi attraverso il controesame del citato soggetto da parte della difesa ed attraverso adeguata contestazione la quale, solo se idonea ad incidere sui dati acquisiti, potrà comportare la necessità di ulteriori indagini e se del caso di perizia.”*

Dunque in sintesi l'eventuale ripetibilità dell'accertamento tecnico eseguito nell'erronea convinzione della sua irripetibilità (e dunque con le forme del 360) non comporterà necessariamente l'obbligo per il giudice di assumere nuovamente il mezzo di prova in dibattimento.

Si noti che la non ripetibilità degli atti riguarda i casi di irripetibilità originaria mentre l'ipotesi prevista dall'art. 512 cpp riguarda i casi di impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto. (n.b.: la disciplina degli atti non ripetibili riguarda, oltre che gli atti della p.g. e del pm,

anche quelli compiuti dal difensore come prevede la lett. c) dell'art. 431 cpp a seguito della modifica ex l. 7.12.2000 n. 397).

Il legislatore non ha provveduto ad individuare gli atti non ripetibili né ad indicare i criteri necessari per qualificare tale un atto del procedimento. Spetta pertanto all'interprete individuare tali criteri.

La **non ripetibilità** è strettamente ricollegata (anche) alla **modificazione di cose, luoghi e persone**: il che si rinviene nel disposto dell'art. 117 disp. Att. Cpp, che estende la disciplina dell'art. 360 agli accertamenti che modificano le predette situazioni, e dell'art. 223 disp. Att. Cpp, che prevede una particolare disciplina per le analisi di campioni con l'espressa previsione di acquisizione al fascicolo del dibattimento dei **verbali** di analisi non ripetibili e dei verbali di revisione di analisi.

Nonostante la (apparente) chiarezza dei principi e criteri sopra esposti, poché sono le espressioni davvero risolutive e le certezze acquisite in via definitiva, presso la giurisprudenza, nella enucleazione della casistica degli accertamenti irripetibili.

E' frequente, per contro, che sulle singole tipologie esaminate siano diversi e spesso contrastanti gli orientamenti decisorii: anche perché a rendere più mobile ed incerta la distinzione tra l'irripetibilità ed il suo contrario concorre una variabilità della situazione di fatto assolutamente specifica e tale, spesso, da impedire una generalizzazione "per tipo" di accertamento.

Ad esempio, incertezze contraddistinguono la tipologia degli **accertamenti relativi ai prelievi ed esami tecnici di particelle residue da sparo, i c.d. stubs**¹⁵.

La ricerca in laboratorio dei residui delle polveri da sparo, in letteratura **GSR (GunShot Residues)**, trae origine dall'osservazione che negli inneschi delle capsule della maggior parte delle cartucce, per armi da fuoco portatili, sono presenti elementi chimici quali il **piombo, il bario e l'antimonio** che, durante l'esplosione della carica di lancio, si aggregano formando delle microscopiche particelle, tipicamente sferoidali, di dimensioni generalmente comprese tra 1 e 6 μm .

Spesso con il termine residui dello sparo vengono anche indicate particelle incombuste provenienti dalla carica di lancio (FDR: *Firearms Discharge Residues*).

La metodica di indagine prevede che lo *stub*, posto in apposita camera del microscopio elettronico a scansione, e sottovuoto, venga investito con un fascio elettronico, cosicché le eventuali particelle metalliche presenti, per effetto dell'energia acquisita, producono una radiazione specifica dell'elemento chimico, che il sistema analitico riconosce ed identifica.

Trattandosi di un fenomeno di carattere fisico, pressoché istantaneo, non modificativo della struttura chimica delle particelle considerate, l'esame può essere ripetuto tutte le volte che si ritenesse utile.

Tuttavia spesso, specie in casi giudiziari di una certa rilevanza a livello nazionale, i risultati forniti dalle analisi sui residui dello sparo vengono contestati.

I motivi possono riguardare, oltre che le modalità con cui sono stati eseguiti i relativi prelievi, anche l'assunto che le attività preparatorie del campione quali, ad esempio, la metallizzazione,¹⁶ possano comportare l'alterazione o la contaminazione del campione da esaminare e, quindi, condizionare l'esito finale degli accertamenti. Tali attività vengono da taluni addirittura ritenute di natura irripetibile e, quindi, soggette alle garanzie di cui all'art. 360 cpp.

Si è soliti citare in proposito la sentenza della Cassazione sez. I, n. 4821 del 6.10.1998, Andolfi.

¹⁵ Lo *stub* è un porta campioni rettangolare in alluminio per microscopia elettronica a scansione.

¹⁶ il procedimento di metallizzazione è necessario per aumentare la conduttività del campione e consiste nel depositare un sottilissimo strato (circa 30 nm) di carbone grafiteo, precedentemente vaporizzato, sulla superficie del campione stesso in un apposito strumento sottovuoto.

La Corte era stata chiamata a pronunciarsi in fase cautelare, a seguito della sottoposizione a misura cautelare dell'ANDOLFI, accusato di omicidio in base ad una serie di elementi indiziari (lo scooter utilizzato per commettere l'omicidio ed una sciarpa simile a quella indossata dallo sparatore per travisare il proprio volto, furono trovate nella stessa via in cui abitava l'ANDOLFI); inoltre quest'ultimo aveva minacciato la vittima circa due mesi prima del fatto, ed apparteneva ad un clan malavitoso rivale a quello della vittima); la difesa dell'ANDOLFI sostenne in tale sede la nullità dell'esame stub eseguito presso il RIS dei Carabinieri senza che fossero stati dati gli avvisi ex art. 360 cpp. In particolare pretese affermare che per l'effettuazione dello stub lo stesso dovesse essere necessariamente manipolato e sottoposto ad attività preparatorie, come la "metallizzazione" della superficie adesiva utilizzata per il prelievo, che comportavano – secondo la prospettazione difensiva - alterazioni e il rischio di contaminazioni.

La Corte ha ritenuto fondata la doglianza, e per l'effetto ha ritenuto configurarsi un'ipotesi di nullità di ordine generale ex art. 178 lett. c) cpp affermando il principio secondo cui:

"Rientra fra gli accertamenti tecnici irripetibili, sottoposti, come tali, alla disciplina dettata dall'art.360 c.p.p., quello costituito dal c.d."STUB", finalizzato alla ricerca di eventuali tracce di esplosivo sulla persona del soggetto sottoposto a indagini.."

In senso conforme si era tra l'altro già pronunciata Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2956 del 04/02/1997 Ud. (dep. 28/03/1997) Rv. 207220 in proc Ambra e altri.

Sembra essersi trattato di un caso (raro) in cui la Corte si è lasciata trarre in inganno dalla dialettica e dalla capacità argomentativa del difensore. La Corte infatti è giunta ad affermare che: "le tecniche dell'esame stub..., anche se non distruttive, non garantiscono però il mantenimento delle condizioni originarie del materiale oggetto di indagine che viene manipolato e sottoposto a trattamento preparatorio, con gli effetti e i rischi evidenziati nel ricorso.

In realtà il procedimento di metallizzazione non può essere assolutamente considerato alterativo del reperto: tale trattamento comporta per il campione solo una modifica del suo aspetto esteriore (una colorazione scura) e non provoca alcuna alterazione morfologica e chimica delle particelle. Si può semmai affermare che la metallizzazione consolida maggiormente il fissaggio delle particelle dello sparo e previene ulteriori contaminazioni non consentendo ad eventuale materiale estraneo di poter rimanere adeso.

Tale operazione consente la ripetizione dell'analisi al microscopio elettronico del campione trattato in momenti successivi, caratterizzando quindi l'analisi come ripetibile.

Ed infatti la giurisprudenza della **Suprema Corte** formatasi successivamente al 1998, pare aver condiviso le argomentazioni ora prospettate, mutando (parrebbe definitivamente) il proprio orientamento:

Cass. Sez. 1, Sentenza n. 23156 del 09/05/2002 Ud. (dep. 17/06/2002) Rv. 221622

Imputato: Maisto e altro.

L'analisi chimica di un campione prelevato per il cd. esame "stub", finalizzata ad accertare le tracce di esplosione di armi da fuoco, costituisce un'indagine suscettibile di ripetizione in quanto consistente nell'esame spettroscopico elettronico dei tamponi adesivi metallizzati, che può essere effettuato in qualsiasi momento, giacché il processo di metallizzazione fissa le particelle estratte con tampone adesivo, di guisa che l'esame spettroscopico può essere sempre ripetuto senza pregiudizio per la sua attendibilità.¹⁷

¹⁷ Si riporta di seguito un passaggio particolarmente significativo della sentenza citata:

L"esame Stub" diretto ad accertare le tracce di esplosione di armi da fuoco consta, infatti, di due fasi materialmente e concettualmente distinte: il prelievo del campione e la successiva analisi chimica dello stesso. Orbene, la Corte di cassazione ha chiarito, con riferimento a fattispecie del tutto sovrapponibile a quella in esame, che "i semplici 'rilievi' (fra i quali rientra il cd 'tampone a freddo' finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell'uso di armi da fuoco), ancorché siano prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con essi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire nell'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 cpp, le quali sono riservate soltanto agli accertamenti veri e propri, se ed in quanto qualificabili di per sé

In senso conforme:

- **Cass. Sez. 1, Sentenza n. 15984 del 28/02/2006** Ud. (dep. 10/05/2006) Rv. 234266 in proc. **Ditto** ed altro: *“Il prelievo di frammenti di polvere da sparo, prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, pur costituendo attività irripetibile, non costituisce accertamento comportante la necessità dell'intervento della difesa, mentre il successivo esame spettroscopico sulle particelle estratte e fissate dal processo di metallizzazione (c.d. "stub") è suscettibile di ripetizione senza pregiudizio per la sua attendibilità”.*

- **Cass. Sez. 1, Sentenza n. 15679 del 14/03/2008** Ud. (dep. 16/04/2008) Rv. 239616 **Imputato: Innocenti** e altro.

La Corte in tale procedimento era stata chiamata a pronunciarsi in un caso di omicidio commesso da tale INNOCENTI Francesco ai danni del commercialista COLI, il quale in qualità di curatore fallimentare della società in accomandita semplice amministrata dal padre dell'imputato (INNOCENTI Sergio), aveva chiesto e ottenuto l'estensione del fallimento al figlio. Questi si era recato nello studio del predetto commercialista e, dopo aver atteso che tutto il personale dello studio si allontanasse esplose tre colpi di arma da fuoco (con una revolver SMITH & WESSON calibro 38 special) contro il COLI cagionandone l'uccisione.

Si riporta di seguito il principio di diritto affermato:

Non costituisce attività di accertamento tecnico, e pertanto non comporta la necessità di intervento della difesa, il prelievo, pur irripetibile, di frammenti di polvere da sparo, prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, mentre il successivo esame spettroscopico sulle particelle estratte e fissate dal processo di metallizzazione (cosiddetto "stub") è suscettibile di ripetizione senza pregiudizio per la sua attendibilità.

Infine, negli stessi termini, **Cass. Sez. 1, Sentenza n. 45437 del 30/11/2005** Ud. (dep. 15/12/2005) Rv. 233354, **Imputato: Fummo** ed altro.

Ad analoghe conclusioni pare possa giungersi in tema di **indagini informatiche** che comportino l'estrazione di files da computer.

come irripetibili" (Cass., sez. 1^a, 6 - 24 giugno 1997, Pata, n. 4017). Ritualmente, dunque, **il prelievo è avvenuto, da parte della polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 354 co. 3 cpp**, che disciplina qualsivoglia accertamento o rilievo sulle persone diversi dalla ispezione personale (pacificamente estranea al caso di specie), e il carattere di "accertamento urgente sulla persona" dello stesso non vien meno per l'esistenza di una delega verbale a procedervi del pubblico ministero (che costituisce, casomai, un plus di garanzia). Ciò posto non sussiste la nullità dedotta dal ricorrente nel primo motivo, non trovando applicazione, nella specie, l'art. 369 cpp che prevede l'informazione di garanzia nelle sole ipotesi di compimento di atti ai quali il difensore ha "diritto" di assistere, **mentre in caso di accertamenti urgenti ex art. 354 cpp il difensore, ai sensi dell'art. 356 cpp ha solo "facoltà" di assistere "senza diritto di essere preventivamente avvisato"**.

Del pari infondata è la seconda eccezione prospettata dal SESSA, concernente la nullità dell'analisi chimica del campione effettuata, al fine di accertare tracce di sparo, ai sensi dell'art. 359 cpp. Secondo il ricorrente tale analisi costituisce "atto irripetibile" da effettuare con le garanzie di cui all'art. 360 cpp, pacificamente non adottate nella specie. **L'eccezione difensiva sta e cade con la qualificazione come atto irripetibile dell'analisi chimica in questione ché, ove la stessa non abbia tale carattere, la consulenza tecnica del pubblico ministero ex art. 359 cpp è utilizzabile ai sensi dell'art. 442 co. 1 bis cpp, stante la richiesta di giudizio abbreviato proposta dall'imputato. Orbene, ritiene il collegio, conformemente ad autorevole orientamento della dottrina, che l'analisi in questione sia un esame suscettibile di ripetizione in quanto consistente "nell'esame spettroscopico elettronico dei tamponi adesivi metallizzati, esame che può essere effettuato in qualunque momento, giacché il processo di metallizzazione fissa le particelle estratte con tampone adesivo di guisa che l'esame spettroscopico possa essere sempre ripetuto senza pregiudizi per la sua attendibilità"**. Questa ricostruzione delle modalità dell'analisi, diffusamente motivata nella sentenza di primo grado, è tecnicamente ineccepibile e non contestata dalla difesa, con la conseguenza che l'accertamento deve considerarsi ripetibile e, dunque, che è applicabile alla fattispecie in questione la disciplina di cui all'art. 360 cpp.

Uno dei nuovi volti dell'investigazione penale si manifesta attraverso le metodologie utilizzate nelle c.d. "indagini informatiche". La materia ha registrato negli ultimi decenni una straordinaria amplificazione di interesse. Infatti, le tracce fornite dai sistemi informatici e telematici si rivelano fonti di preziose informazioni, tanto per gli organi inquirenti quanto per la difesa dell'indagato, il cui recupero è affidato a strumenti e tecniche che formano una disciplina denominata *computer forensics*¹⁸. Al contempo, tuttavia, è anche fonte di dubbi applicativi e contrasti interpretativi, sia per quanto attiene ai metodi e alle procedure per la sua acquisizione e sia alla sua valenza probatoria.

Uno dei punti su cui ci si interroga con maggiore frequenza riguarda il **rischio**, tutt'altro che remoto, che durante le operazioni volte a recuperare e conservare gli elementi di prova digitale, ne vengano compromesse genuinità e integrità, con la conseguente dispersione e inutilizzabilità del risultato così ottenuto.

È un aspetto centrale che interessa non solo gli inquirenti, in vista di una corretta ricostruzione del fatto, ma anche la difesa la quale, attraverso la via delle investigazioni difensive, potrebbe attingere elementi idonei ad essere impiegati nella confutazione delle ipotesi accusatorie.

Si osserva che lo scopo dell'acquisizione probatoria è quello di introdurre elementi di prova genuini e l'attività di analisi degli elementi informatici, effettuata sull'originale del supporto sequestrato, potrebbe comportare una compromissione della genuinità delle stesse. Una "perfetta" rispondenza all'originale sembra essere maggiormente garantita, anziché attraverso la realizzazione di una semplice copiatura dell'*hard disk*, per mezzo di quella che viene definita ***bit stream image***¹⁹, ovvero una copia identica all'originale, da eseguirsi da parte di personale qualificato, che consente di analizzare anche le parti vuote dell'*hard disk* nelle quali potrebbero essere allocati *file* o frammenti di *file* cancellati e non visibili con ordinari *software* di scansione.

Poiché l'operazione di copia non deve in alcun modo modificare l'integrità dei dati contenuti nel supporto di memoria, è opportuno ricorrere all'ausilio di un *Write Blocker* – ossia di un dispositivo usato dagli investigatori nel campo dell'informatica forense per prevenire eventuali scritture su dispositivi di memoria oggetto di investigazioni – che impedirà la modifica dei dati sul supporto di memoria contenente la fonte di prova. In altri termini, un blocco in scrittura rende il supporto accessibile in sola lettura, permettendo l'interfacciamento alla postazione forense che ne eseguirà la *bit stream image*.

Conferma della corretta realizzazione della copia può essere ottenuta mediante **operazioni di hashing**²⁰ che si ritengono idonee ad assicurare un buon livello di sicurezza ed integrità del dato analizzato.

Un rimando a tali metodiche sembra contenersi nel novellato art. 354 c.p.p. (modificato ex L. n. 48 del 2008), laddove si richiede agli ufficiali di polizia giudiziaria, che si trovino di fronte ad un sistema informatico o telematico, di adottare misure tecniche per salvaguardarne l'integrità e, ove possibile, di procedere all'immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immutabilità. Il

¹⁸ La *computer forensics* è la disciplina che si occupa degli strumenti e delle tecniche utilizzate per recuperare elementi di prova digitali all'interno di un computer.

¹⁹ Attraverso tale procedimento si realizza una "**copia-immagine**" del supporto originale, ossia una replica esatta ed identica, ***bit per bit***, che riproduce anche le informazioni precedentemente cancellate e non sovrascritte contenute all'interno dello spazio non allocato di un *file system* (dati che non verrebbero copiati in maniera identica nel corso di un semplice processo di duplicazione dei *files*). La copia *bit stream* è unanimemente ritenuta uno strumento fondamentale ed imprescindibile per le procedure di acquisizione ed analisi di dati informatici.

²⁰ L'operazione di hashing serve a generare una sorta di marchio digitale o impronta che contraddistingue univocamente il dato informatico e ne garantisce l'integrità; consiste nell'applicazione di un formula matematica (algoritmo del tipo "funzione di hash") al supporto originale e alla copia: i valori dei due calcoli coincidono solo se vi è assoluta rispondenza tra l'originale e la copia. Va peraltro segnalato che già da alcuni anni la piattaforma comunemente usata per il calcolo dell'hash, l'MD5, è stata dimostrata inaffidabile da un gruppo di scienziati cinesi per la possibilità di collisioni.

riferimento alle procedure citate è comunque tutt'altro che esplicito e l'indicazione del generico termine "copia" potrebbe suggerire interpretazioni tese a legittimare interventi poco ortodossi in materia, pericolo che una terminologia tecnica più precisa avrebbe di certo scongiurato.

Una volta ottenuta questa "copia" la stessa dovrebbe essere utilizzata per la ricerca e l'individuazione degli elementi di prova, allontanando così il rischio di danneggiare definitivamente le tracce del supporto originale, alterandone la genuinità in maniera irrimediabile e comportando la caducazione degli sforzi d'indagine fino a quel momento compiuti.

Punto focale dell'intera questione è comprendere fino a che punto le tecniche utilizzate per estrarre la copia di un file dal computer posto sotto sequestro, seppur non distruttive, riescano a garantire la conformità del dato acquisito rispetto all'originale, senza alterare quest'ultimo, sottoponendo lo stesso ad un trattamento che possa in qualche modo esporlo a contaminazioni tali da impedire ulteriori autonome verifiche. Il rischio sarebbe dunque quello di trovarsi ad analizzare un supporto con tracce modificate in seguito agli accertamenti già esperiti.

Così, autorevole dottrina (Alessia Ricci) sostiene, in ciò criticando i più recenti arresti della giurisprudenza della Cassazione, che l'unica via davvero praticabile al fine di evitare la dispersione e l'inutilizzabilità del materiale probatorio informatico raccolto, sarebbe quella di ricorrere all'**accertamento tecnico irripetibile**, limitando così i pericoli di compromissione della sua genuinità.

L'Autore evidenzia in particolare come il pericolo che il supporto informatico sul quale si compiono determinate attività subisca modifiche irreversibili, dimori nella stessa dimensione virtuale in cui si opera. Trattasi, infatti, di tracce caratterizzate da una guisa di immaterialità tale per cui la loro fragilità e volatilità è in re ipsa e la loro propensione alla modificazione, alterazione, danneggiamento o distruzione è considerevole.

In definitiva, proprio sulla base della considerazione che la modifica del file, nel corso della sua materiale apprensione, sia una evenienza possibile da verificarsi nella pratica, si è indotti a censurare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (v. *infra*), che non riconosce l'intrinseca irripetibilità delle operazioni riconducibili alla *computer forensics*, per loro natura tendenti ad alterare il dato digitale.

Tale posizione non sembra tener conto però, da un lato, del fatto che l'attività di estrazione di copia di files, è attività che, proprio perché "ricognitiva", di constatazione, raccolta, e prelievo di dati, potrebbe essere ricondotta alla categoria non già degli **accertamenti**, bensì dei **rilievi**, i quali – come già visto – non sono sussumibili sotto il fuoco del 360 cpp; e, dall'altro lato, del fatto che lo stesso legislatore, a torto o a ragione, contempla ipotesi di indagini informatiche che possono ben essere espletate in assenza di previo avviso al difensore, e comunque senza il rispetto delle garanzie del 360 cpp: ci si riferisce in particolare non solo al già citato **art. 354 co. 2 cpp** ("*in relazione ai dati, alle informazioni, e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale, e la sua immodificabilità.*"), ma anche agli **artt. 247 co. 1 bis cpp** (**perquisizione** di sistema informatico o telematico disposta dal PM per la ricerca di tracce pertinenti al reato, "*adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione.*"), **244 co. 2, ultimo periodo, cpp** (**ispezione** di sistemi informatici e telematici: l'A.G. "*può disporre rilievi segnaletici, descrittivi, e fotografici, e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici...*"), e **254 bis cpp** (**sequestro di dati informatici** presso fornitori di servizi informatici, telematici, e di telecomunicazioni: "*l'A.G.,... può stabilire..., che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità.*").

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza della Suprema Corte pare attestarsi pacificamente su posizioni opposte a quelle della citata dottrina, affermando il principio secondo cui “*Non dà luogo ad accertamento tecnico irripetibile l'estrazione dei dati archiviati in un computer, trattandosi di operazione meramente meccanica, riproducibile per un numero indefinito di volte.* (vds. *ex plurimis* Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 23035 del 30/04/2009 Cc.** (dep. 04/06/2009) Rv. 244454; Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 11863 del 26/02/2009 Cc.** (dep. 18/03/2009) Rv. 243922).

In senso conforme anche Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 14511 del 05/03/2009 Cc.** (dep. 02/04/2009) Rv. 243150, secondo cui: “*Non rientra nel novero degli atti irripetibili l'attività di estrazione di copia di "file" da un computer oggetto di sequestro, dal momento che essa non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre comunque assicurata la riproducibilità d'informazioni identiche a quelle contenute nell'originale.*”)

Tali conclusioni sono state da ultimo riproposte dalle Sezioni Unite, nella sentenza **Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Mills:**

“*Vanno analizzati, quindi, i motivi di ricorso che – sempre in riferimento alle ordinanze dibattimentali emesse dal Tribunale – denunciano la inutilizzabilità di alcuni apporti probatori. Il ricorrente, come sopra si è riassunto, deduce l'inutilizzabilità di alcune prove, ...per violazione di disposizioni afferenti alle garanzie difensive nello svolgimento di accertamenti tecnici asseritamente irripetibili (estrazione di files dal computer dell'imputato);*

[...] **10.1** *In ordine alla lamentata illegittimità della inclusione nel fascicolo del dibattimento di files estratti dal computer di MILLS nel corso della perquisizione del 10 febbraio 2006, in quanto atti da reputarsi irripetibili, deve ribadirsi l'orientamento costante di questa Corte Suprema secondo il quale:*

[...] - *va escluso che l'attività di estrazione di copia di un file da un computer (attività definibile, secondo Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503, Dell'Aversano, come accertamento di polizia giudiziaria diretto all'assicurazione delle fonti di prova) costituisca atto irripetibile, dato che non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare un pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo in prospettiva dibattimentale. È assicurata infatti, in ogni caso, la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale [vedi Cass., Sez. I: 26 febbraio 2009, n. 11863, Ammutinato; 5 marzo 2009, n. 14511, Stabile Aversano; 11 marzo 2009, n. 12472, Izzo; 30 aprile 2009, n. 23035, Corvino].*

Nella specie la perquisizione risulta effettuata con il rispetto delle regole procedurali inglesi e pertanto deve ritenersi legittima anche per l'ordinamento italiano, in base alle convenzioni internazionali; né si è trattato di accertamenti irripetibili essendo il computer rimasto integro; inoltre la stessa tecnica di estrazione utilizzata, ovvero la "encase forensic", così come tutti i programmi di estrazione, prevedevano come prima operazione quella di effettuare una copia dell'hard disk, sicché era garantita l'esclusione di alcuna modifica del supporto originale.”

Si possono citare poi gli **accertamenti sul DNA**, sui quali poi torneremo. Si tratta di accertamenti ripetibili o irripetibili?

In realtà **sembra lecito affermare che l'accertamento tecnico sul DNA non può essere definito in astratto ripetibile o irripetibile**, in quanto la natura del medesimo dipende da diversi fattori, la cui ricorrenza va in concreto verificata di volta in volta. Ad esempio la risposta può dipendere dalla quantità di materiale ancora disponibile a seguito dell'accertamento: è evidente infatti che se il materiale repertato contenente sostanza biologica è quantitativamente rilevante, se

ne potrà utilizzare una parte per le necessarie comparazioni (con il profilo biologico dell'indagato ad es.), ben sapendo che analogo accertamento potrà essere sempre ripetuto.

In proposito si possono citare le ordinanze del Tribunale del Riesame di Milano pronunciate il 12.05.2008 e il 21.05.2008, nelle quali - in entrambi i casi - si è affermata la piena utilizzabilità degli accertamenti sul DNA disposti dal pm in fase di indagine con le forme del 359 cpp, sulla base della ritenuta ripetibilità dell'accertamento stesso.²¹

Tuttavia anche le metodiche eseguite per i prelievi e per le comparazioni – specie se eseguite non correttamente – possono determinare l'alterazione del materiale con conseguente irripetibilità dell'accertamento.

Si noti poi che **l'accertamento sul dna tende ad avere come effetto la distruzione del materiale analizzato**. Di conseguenza, se si tarda a ripetere l'accertamento, ad esempio aspettando l'apertura del dibattimento, vi è il rischio che il tempo trascorso, unitamente – in ipotesi – a non perfette condizioni di conservazione dei reperti, non permettano di ottenere gli stessi risultati ricavati dal primo accertamento (ad es. non si riesce a ricavare un profilo di dna utile per la successiva comparazione).

In tema di **accertamenti su sostanza stupefacente** la regola è che si tratti di esami generalmente **ripetibili**: con riferimento alla **cocaina ed eroina**, in quanto "trattasi di sostanze allo stato solido, non facilmente alterabili in tempi brevi" e dunque suscettibili di successiva perizia tossicologica [C I 26.1.1994, Braccio, MP 1994, 196221; C VI 28.1.1993, Corazza, CED 187452, in Guariniello 69; C VI 18.11.1992, Cornacchia, ivi 193599], ma anche con riguardo alla **marijuana**, atteso che la relativa riduzione di principio attivo, connessa al decorso del tempo, è stata ritenuta non determinativa dell'alterazione del prodotto e, comunque, non foriera di uno specifico interesse dell'imputato considerato che "un'eventuale alterazione della sostanza (con contrazione della percentuale di principio attivo) comporterebbe una riduzione della responsabilità dell'imputato" [Cass sez. VI, 18.9.1992, Pizzo]. Analogo principio è stato ribadito per la consulenza su **hashish**, ritenendo che anche il campione di tale sostanza stupefacente conserva nel tempo le intrinseche caratteristiche e può, pertanto, ove necessario, essere sottoposto a nuovo esame [Cass sez. IV, 29.4.2009, Matarazzo, CED 244688].

Nondimeno, e non senza considerare pronunzie di segno contrario (attestate cioè sulla natura irripetibile degli accertamenti diretti ad individuare il principio attivo nello stupefacente: Cass VI 3.5.1991, Zaraca), la "regola" di cui sopra soffre significative eccezioni, dipendenti dalle specifiche situazioni di fatto: ad esempio, ciò che "naturalisticamente" sarebbe reiterabile (accertamento su sostanza stupefacente) si trasforma nel suo contrario allorquando **il materiale a disposizione sia talmente esiguo, da non consentirne la sottoposizione ad analisi che in una occasione soltanto**; oppure allorquando **la tipologia di sostanza stupefacente da analizzare, per sue intrinseche caratteristiche, sia tale da determinare una rilevante riduzione del relativo principio attivo in pochissimo tempo** (come ad es. nel caso dello *shabu*, un particolare tipo di anfetamina, composta

²¹ Così nell'ordinanza n. 1061/08 R.G.TRD del 12.05.2008 del Trib. Ries. Milano, relatore Piffer, si osserva, con riferimento ad analisi che avevano evidenziato una compatibilità tra il dna di uno degli indagati e il berretto indossato da uno dei rapinatori: "trattandosi di accertamenti ripetibili svolti dal PM in via di urgenza e legittimamente utilizzabili in sede cautelare in attesa degli esiti degli ulteriori accertamenti svolti previo avviso alla difesa; e che si tratti di accertamenti ripetibili è dimostrato per tabulas dallo stesso elaborato del consulente del pm che proprio per garantire tale ripetibilità ha fatto un uso molto limitato del materiale rinvenuto sugli oggetti in sequestro".

L'ordinanza n. 1139/2008 RG. TRD del 21.05.2008, relatore dott.ssa Ambrosino, è forse sul punto ancora più esplicita: "...In primo luogo l'attendibilità del dato in parola non pare sminuita dalla circostanza che è stato disposto, nelle forme dell'accertamento irripetibile, la rinnovazione della comparazione in questione. Al contrario tale fatto non solo dà conto della concreta possibilità di implementazione futura del quadro indiziario, ma anche rivela la cautela con cui l'accertamento ripetibile effettuato nelle forme della consulenza è stato effettuato, come si evince dall'elaborato del consulente del pm che proprio per garantire tale ripetibilità ha fatto un uso molto limitato del materiale rinvenuto sugli oggetti in sequestro.

da metamfetamina, molto usata nelle Filippine, ma anche in occidente, la quale ha la caratteristica di perdere la capacità drogante - ed il relativo principio attivo - in pochi giorni).

Ancora: **l'accertamento su piantagione di canapa indiana si qualifica tendenzialmente come non ripetibile**, in quanto finalizzato alla descrizione ed accertamento della "natura e maturazione delle piante e possibilità di estrazione di sostanze stupefacenti", ossia situazioni soggette a modificazione [Cass sez. VI 22.2.1993, Oliviero, CP 1995, 324]. Parimenti **l'indagine tecnica su** soluzione di lavaggio di **attrezzi destinati allo spaccio di sostanze stupefacenti** (bilancia, coltelli e buste di polietilene) costituisce un accertamento tecnico **irripetibile** da espletarsi nelle forme di cui all'art. 360 [Cass VI 15.10.1996, Gigaro, CED 206577]. E' poi implicito che gli accertamenti su residui di stupefacenti talmente esigui (la c.d. "**analisi delle tracce di stupefacente**") da non consentire non soltanto la c.d. campionatura, ma da rendere addirittura precaria la ripetizione dell'accertamento, sono di quelli implicanti modifica irreversibile dell'oggetto e, come tali, soggetti al regime dell' art. 360 [al pari di quelle tese all'esaltazione del numero di matricola abraso in arma da fuoco o di numero di telaio alterato in autoveicolo: D'Andria].

Dunque stante la necessità di verificare caso per caso – in caso di accertamenti tecnici-scientifici – la loro effettiva ripetibilità, ci si limiterà per il momento ad enucleare le problematiche di ordine generale relative agli accertamenti tecnici in generale.

A) omesso avviso del compimento di accertamenti irripetibili

Cosa accade nel caso in cui il pm compia accertamenti irripetibili ai sensi del 360, senza previamente avvisare l'indagato ed il difensore?

L'inefficacia probatoria degli accertamenti irripetibili compiuti in assenza di previi avvisi si ricava dal disposto degli artt. 178, 179, 180 cpp: infatti è indiscutibile che l'art. 360 ponga una prescrizione (obbligo del preavviso del conferimento dell'incarico) volta a tutelare "l'intervento" e "l'assistenza" dell'imputato e delle altre parti private (art. 178 lett. c). La violazione di tale prescrizione, siccome dettata dalla norma che contempla le nullità di ordine generale, e poiché non richiamata nei casi di cui all'art. 179 cpp (nullità assoluta), comporta necessariamente e per esclusione una **nullità a regime intermedio**.

Tali nullità sono rilevate anche d'ufficio, ma non possono essere più rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado, ovvero se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo.

Dunque nel caso di accertamenti tecnici irripetibili, che di norma saranno eseguiti nell'ambito delle indagini preliminari, la relativa nullità (conseguente all'omissione degli avvisi) sarà rilevabile e/o deducibile soltanto fino alla deliberazione della sentenza di primo grado.

Secondo **Cass. N. 1335/2007 del 31.10.2007** (ud.), ricorrente ZOCALI (conf. *ex plurimis*, Cass. 4.5.1995 n. 7324, in proc. MELLEI e altri, Cass. Sez. IV, 6.12.1996, imp. Foderà, CED n. 207408), la violazione della norma che impone l'avviso prima del conferimento dell'incarico, comporta la nullità ex art. 180 cpp degli accertamenti tecnici irripetibili successivamente esperiti, e soltanto di riflesso l'inutilizzabilità degli stessi: nullità a rigore sanabile se non dedotta o rilevata prima della deliberazione della sentenza di primo grado, con conseguente piena utilizzabilità degli accertamenti stessi ancorchè espletati omettendo il benché minimo avviso alle parti.

In particolare, si osserva, la violazione in parola non poteva comportare una nullità assoluta (ex art. 178 lett. c, in relazione all'assenza del difensore in casi in cui ne è obbligatoria la presenza), "giacchè il difensore non era obbligatoriamente tenuto ad assistere a quegli atti".

La Corte ha sottolineato poi come la sanzione della **inutilizzabilità** sia espressamente prevista solo nell'ultima parte (5° comma) dell'art. 360 cpp, per il caso in cui vi sia stata formulazione di riserva di promuovere incidente probatorio, disattesa dal pm: non anche in caso di violazione del comma 1.

Il legislatore ha infatti responsabilmente attribuito al pubblico ministero il potere di compiere tali accertamenti "senza ritardo", salva la facoltà della persona sottoposta alle indagini di promuovere incidente probatorio, ai sensi del c. 4 della citata norma²².

Peraltro, la necessità di contemplare, oggi, il ruolo attivo della difesa nell'ambito di accertamenti disposti nella fase delle indagini preliminari, si riverbera sulla stessa dinamica di non ripetibilità/non differibilità. Così, si afferma che il difensore, nell'ambito delle investigazioni difensive, non può compiere accertamenti tecnici che importino una modificazione irreversibile dello stato dei luoghi che renda l'accertamento stesso non ripetibile, se essi non siano anche indifferibili.

La linea delle pronunce giurisprudenziali, pressoché costante, è nel senso di ritenere che, in caso di omesso avviso del compimento di atto irripetibile ex art. 360 cpp, non si realizzi un'ipotesi di inutilizzabilità del mezzo, ma di nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 c. 1, la quale, non rientrando nel novero di quelle previste dal successivo art. 179, va eccepita, ai sensi dell'art. 180, nel corso del giudizio di primo grado, prima della deliberazione della relativa sentenza. Ciò in quanto la nullità attiene all'intervento ed all'assistenza in operazione alla quale l'indagato e la difesa hanno diritto ma non obbligo di partecipare [C IV 30.10.1996, Graziani, CED 207337], al punto da non essere prevista la nomina di difensore di ufficio in caso di assenza o irreperibilità di quello di fiducia. La nullità, peraltro, non rileverà allorché il giudice pervenga all'affermazione di responsabilità con "argomenti che non si collegano al giudizio del consulente" [così testualmente, e forse ovviamente, Cass sez. IV 26.2.1997, Di Sarno, CED 207330].

Peraltro, è stato precisato [da Cass. sez. IV 27 gennaio 1999 (dep. 9.3.1999), n. 3127, Cuglieri, non massimata] che nell'ipotesi di accertamento ex art. 360 (autopsia) dichiarato nullo per omesso avviso, con conseguente totale **inutilizzabilità** dei relativi atti, **tale inutilizzabilità** degli esiti delle indagini autoptiche **non è affrancabile mediante l'esame testimoniale del consulente tecnico** che quelle indagini, riconosciute nulle, ebbe ad eseguire, perché **tale testimonianza si porrebbe in contrasto col disposto dell'art. 197 lett. d**, esulando, peraltro, gli apprezzamenti tecnici dai limiti della prova testimoniale (art. 194). Tale testimonianza può, semmai, riguardare solo i dati oggettivi previamente rilevati, non costituenti oggetto delle indagini autoptiche eseguite. Gli esiti della indagine autoptica riconosciuta nulla neppure possono essere apprezzati ed utilizzati dal perito successivamente nominato, giacché in tal caso riviverebbe uno loro utilizzabilità indiretta e *per relationem*, a fronte, invece, della loro definitiva caducazione utilizzatoria in dipendenza della dichiarata nullità.

Si tratta dunque di una "inutilizzabilità derivata" (ossia derivata dalla nullità dell'atto)

Con operazione ermeneutica forse "creativa", la S.C. ha tuttavia evidenziato che la nullità per la mancanza dell'avviso ex c. 1 dell'art. 360 non può essere eccepita dall'indagato se costui ha avanzato richiesta di **rito abbreviato**, avendo egli manifestato accettazione del giudizio allo stato degli atti e, dunque, rinunciato ad eccepire la nullità medesima [Cass. Sez. IV, Sent. N. 360, ud. 11.11.1994 (dep. 18.01.1995), Imp. Presta, CP 1996, 3032²³]. Soluzione, questa, che - nell'ambito di quel più ampio quadro problematico della deducibilità, in abbreviato, delle nullità determinatisi nella fase precedente - ha suscitato peraltro non poche perplessità in dottrina.

²² Si noti, ad ogni buon conto, che, secondo Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 23939 del 23/05/2007 Cc.** (dep. 19/06/2007) Rv. 236972, "L'art. 360, comma quinto, cod. proc. pen., nel prevedere l'inutilizzabilità «nel dibattimento» dei risultati degli accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta a indagini ed in assenza della condizione della indifferibilità, prevista dall'ultima parte del precedente comma quarto, lascia per ciò stesso chiaramente intendere che detta inutilizzabilità non sussiste con riguardo all'adozione di misure cautelari."

²³ "Qualora il P.M. abbia proceduto ad accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 cod.proc.pen. senza dare avviso alla persona sottoposta alle indagini, sussiste un'ipotesi di nullità di cui all'art. 178, lett. c), cod. proc. pen.. Se però vi sia stata richiesta di **rito abbreviato**, con l'accettazione da parte dell'imputato del giudizio allo stato degli atti, la scelta operata comporta la rinuncia ad eccepire la nullità detta."

In ogni caso tali conclusioni appaiono coerenti con l'impostazione del codice di rito, il quale prevede una separazione netta tra fase delle indagini e fase del giudizio. Il che permette di distinguere il regime di utilizzazione probatoria dei risultati dei rilievi e degli accertamenti tecnico-scientifici a seconda che il procedimento segua le forme ordinarie, o che segua le forme "speciali" di uno dei riti a carattere cd. inquisitorio (ossia abbreviato, patteggiamento, decreto penale).

In tali ultimi casi – in cui il giudice deve decidere “allo stato degli atti”, vi è sostanzialmente una rinuncia dell'imputato – esplicita o implicita – al contraddittorio come metodo costituzionalmente garantito per l'assunzione della prova.

Il Giudice potrà dunque utilizzare tutti gli elementi di cognizione acquisiti unilateralmente dalle parti nella fase delle indagini, fatta eccezione solo per i risultati di attività investigative viziati da inutilizzabilità patologica (vds. Cass. S.U. sent. N. 16, del 21.06.2000, Tammaro²⁴)

Dunque in sintesi secondo la richiamata giurisprudenza la violazione dell'art. 360 cpp non comporta necessariamente l'inutilizzabilità dell'accertamento tecnico eseguito, ogniqualevolta l'imputato ed il suo difensore abbiano fatto richiesta di definizione del procedimento con rito abbreviato, o con altro rito in cui il giudice decida “allo stato degli atti”.

Sarà dunque molto importante per il difensore, a fronte di indagini condotte dal pm anche mediante l'espletamento di accertamenti tecnici irripetibili, verificare che gli stessi siano stati preceduti dai necessari avvisi, e – in caso contrario -, eccepire la relativa questione tempestivamente e comunque non oltre la sentenza di primo grado. Inoltre, ove detti accertamenti dovessero avere un decisivo rilievo in termini probatori ai fini dell'attribuzione di responsabilità all'indagato (nel senso che in assenza di utilizzabilità del risultato probatorio degli stessi, residuerebbero profili di dubbio in merito alla responsabilità dell'indagato), il difensore dovrà opportunamente evitare di chiedere il giudizio abbreviato, a meno di non voler “rendere un servizio” al pubblico ministero ed accedere ugualmente al rito con conseguente piena utilizzabilità degli accertamenti tecnici viziati.

Allorchè il procedimento si svolga invece nelle forme ordinarie, con conseguente instaurazione del dibattimento, l'utilizzabilità probatoria dei risultati dei rilievi ed accertamenti eseguiti nel corso delle indagini, è condizionata sostanzialmente dalla ricorrenza del carattere della **irripetibilità**, intesa – come già detto – come:

- 1) **indifferibilità dell'attività**, ovvero come
- 2) **effettiva irripetibilità per le modifiche dei luoghi, delle cose, o delle persone interessate dall'attività investigativa (art. 117 disp att cpp);**

Il che trova conferma nell'**art. 431 comma 1 lett. b), c), e d), cpp**, secondo cui i verbali degli atti irripetibili compiuti dalla pg, dal pm (anche se all'estero) o dal difensore, sono direttamente inseribili nel fascicolo per il dibattimento, con la conseguenza che il loro contenuto sarà utilizzabile nel

²⁴ Secondo la citata sentenza della C.Cass., “il giudizio abbreviato costituisce un procedimento “a prova contratta”, alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regiodicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del “dibattimento”. Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano ne' l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte “secundum legem”, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 cod. proc. pen., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), ne' le ipotesi di inutilizzabilità “relativa” stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta “patologica”, inerente, cioè, agli atti probatori assunti “contra legem”, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito”.

giudizio dopo che ne sia stata data lettura (o indicazione) ex art. 511 cpp. Analoga disciplina è prevista ex art. 391 *decies* cpp per la documentazione degli atti irripetibili compiuti dal difensore della parte privata in occasione dell'accesso ai luoghi, nonché per i verbali degli accertamenti tecnici irripetibili eseguiti dal difensore previo avviso al pm (per consentirgli l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 360 cpp).

Peraltro il compimento di atti irripetibili rappresenta una delle eccezionali deroghe al principio della formazione della prova in dibattimento, posto che attraverso essi viene meno l'autonomia del giudizio rispetto alle attività che lo precedono e si recuperano conoscenze anteriormente formate. Infatti, caratteristica peculiare del compimento di atti irripetibili è quella di realizzare una formazione anticipata della prova con atti destinati a confluire, ex art. 431, nel fascicolo del dibattimento ed acquisiti, mediante il meccanismo delle letture, al "sapere" giudiziale nella fase della decisione.

D'altra parte, era annunciato esplicitamente in rel. prog. prel., 91, che l'accertamento ex art. 360 dovesse proporsi quale alternativa deflattiva all'incidente probatorio, evitando "in casi semplici" e statisticamente frequenti nella prassi, il ricorso allo stesso.

Sorprende dunque che la violazione di una prescrizione tanto eccezionale quanto derogataria rispetto a principi cardine del sistema (ossia al principio del contraddittorio e di formazione della prova nel dibattimento – immediatezza -), sia sanzionata soltanto con una nullità di ordine generale a regime intermedio e conseguente inutilizzabilità "temperata", e non già con una inutilizzabilità assoluta e permanente, ossia rilevabile in ogni stato e grado del giudizio.

SANATORIA e DEDUCIBILITÀ della NULLITÀ dell'accertamento tecnico

Si deve anche fare attenzione al fatto che, vertendosi in tema di nullità a regime intermedio e non già assolute, il regime applicabile sarà quello di cui agli **artt. 182 e 183 cpp**, e non invece quello dell'art. 179 cpp. In particolare dette nullità, lungi dall'essere "insanabili", potranno senz'altro essere sanate, e non potranno essere eccepite da chi abbia concorso a darvi causa ovvero non abbia interesse all'osservanza della disposizione violata.

Così ad esempio non potrà eccepire la nullità dell'accertamento tecnico compiuto dal pm omettendo i relativi avvisi (tutti o alcuni):

- il difensore di una parte in relazione all'omesso avviso all'altra parte, ex art. 182 co. 1 cpp per mancanza di interesse all'osservanza della disposizione violata;
- il difensore della parte non avvisato che abbia ciononostante partecipato al conferimento dell'incarico, perché venutone comunque a conoscenza, e ciò perché in tal modo la parte può avvalersi della facoltà (partecipare agli accertamenti tecnici anche attraverso la nomina di consulenti di parte) al cui esercizio l'atto omesso o nullo era preordinato (art. 183 co. 1 lett. b cpp)
- il difensore di una parte in relazione all'omesso avviso alla parte dal medesimo assistita, sempreché il difensore stesso partecipi al conferimento dell'incarico trascurando di eccepire immediatamente la nullità dell'atto: in tal caso infatti opererebbe il disposto dell'**art. 182 co. 2 cpp**, secondo cui, **quando la parte vi assiste, la nullità di un atto può essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo**. Non vi è chi non veda come la nullità dell'atto si produce solo nel momento in cui si procede al conferimento dell'incarico pur in assenza dei previi avvisi, di talchè, se il difensore è presente al conferimento, ha l'onere di dedurre immediatamente la nullità, pena la sua successiva ineducibilità: il che non esclude in astratto una residua rilevabilità d'ufficio ma rende comunque più improbabile che la nullità produca i suoi effetti.

B) rilievi di natura irripetibile

Come già visto il 359 cpp riguarda gli accertamenti e i rilievi in generale, mentre il 360 cpp contempla i soli accertamenti tecnici irripetibili.

Si pone il quesito se sia necessario o meno procedere con le forme del 360 cpp, nel caso in cui si debba procedere all'effettuazione di rilievi irripetibili (non di accertamenti quindi), al di fuori delle ipotesi di urgenza ex art. 354 cpp. Come ad es. può accadere nel caso in cui la pg, esaurita l'attività di sopralluogo, e successivamente all'assunzione della direzione delle indagini da parte del PM, ritenga di effettuare nuovi rilievi su luoghi o cose (in ipotesi anche già in sequestro, come il rilievo di impronte dattiloscopiche o di tracce di DNA su beni rinvenuti sulla scena del delitto), a seguito dell'emergenza di nuove circostanze che ne suggeriscano l'opportunità.

Pare che la regola generale, desumibile dalla giurisprudenza consolidata della Suprema Corte (cfr. *ex ceteris* Cass. Sez. 1, Sentenza n. 45437 del 30/11/2005 Ud. (dep. 15/12/2005) Rv. 233354, Imp. Fummo²⁵, e Sez. 1, Sentenza n. 23156 del 09/05/2002 Ud. (dep. 17/06/2002) Rv. 221621, Imp. Maisto²⁶; ma v. anche *supra*), sia nel senso di ritenere effettuabili i rilievi – ancorché irripetibili - senza la necessità di avvisare preventivamente le parti.

Inoltre lo stesso legislatore, all'art. 391 *decies*, con riferimento alle indagini del difensore, detta una disciplina particolare che sembra confermare l'orientamento in parola. In particolare si prevede che il difensore, allorchè proceda ad accertamenti tecnici non ripetibili, debba darne avviso, senza ritardo, al pm “per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'articolo 360”. Nel caso invece in cui il difensore debba compiere altri atti non ripetibili “di cui al comma 2” (ossia gli “atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi”, e tra questi in *primis* i rilievi irripetibili), il difensore dovrà darne avviso al pm il quale, personalmente o mediante delega alla pg, ha soltanto “facoltà di assistervi”, senza poter quindi nominare un proprio consulente che partecipi alle operazioni, e senza poter sollevare riserva di promuovere incidente probatorio. Il che suggerisce che specularmente il PM dovrebbe poter compiere rilievi irripetibili senza dover rispettare le garanzie del 360.

Vero è tuttavia che le pronunce della Suprema Corte che hanno dato luogo all'orientamento consolidato sopra menzionato, sono quasi tutte relative ad ipotesi di rilievi effettuati in caso di urgenza e prima dell'intervento del PM, e non riguardano casi in cui detti rilievi, di natura irripetibile, debbano essere eseguiti successivamente.

In tali casi viene da chiedersi se si possa applicare analogicamente il principio affermato con riferimento alle attività di pg ex art. 354 cpp - e consentire quindi l'effettuazione dei rilievi irripetibili senza il rispetto delle garanzie ex art. 360, ma solo previo avviso al difensore, sulla falsariga di quanto previsto dal 356 in relazione al 354 -, oppure se la pg – ove delegata - e il PM debbano effettuare detti rilievi nel rispetto del contraddittorio, quale principio generale dell'ordinamento che presiede alla formazione della prova nel processo.

²⁵ “In tema di accertamenti urgenti sulle cose, i prelievi di polvere da sparo, quantunque prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con questi ultimi, per cui, pur essendo irripetibili, non richiedono alcuna partecipazione difensiva”.

²⁶ “In tema di accertamenti urgenti sulle cose, i semplici rilievi, fra i quali rientra il cd. "tampone a freddo" finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell'uso di armi da fuoco, quantunque prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con questi ultimi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire con l'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 cod. proc. pen., le quali sono riservate soltanto agli "accertamenti" veri e propri, se e in quanto qualificabili di per sè come irripetibili”.

Il rango costituzionale del principio in parola (garantito ex art. 111 Cost) e norme generali di prudenza suggeriscono – ad avviso di chi scrive - l’adozione delle forme e delle garanzie del 360 anche per l’effettuazione di rilievi di carattere irripetibile.

Del resto nulla vieta che sia dato avviso al difensore anche in caso di accertamenti di natura ripetibile (compiuti cioè ai sensi dell’art. 359): ciò anzi può essere utile, ad es. nei casi di consulenze medico legali, per consentire alle parti di offrire il loro contributo nell’accertamento della verità, ed arginare la possibilità di esporsi a obiezioni ed eccezioni delle difese nel successivo dibattimento

Vi è poi da aggiungere che spesso l’effettuazione di rilievi richiede l’intervento di personale dotato di specifiche competenze tecniche ed il compimento di operazioni o l’adozione di metodiche talora anche complesse o di difficile esecuzione, il che offre il destro a possibili obiezioni in ordine alla esatta natura di dette operazioni (ossia se si tratti di rilievi o di accertamenti).

E’ però pur sempre prospettabile una soluzione alternativa, ancorata al combinato disposto degli **artt. 244** e 370 cpp: è infatti consentito al pm delegare alla pg il compimento di un’ispezione, comportante l’effettuazione di “*rilievi segnaletici, descrittivi, e fotografici, e ogni altra operazione tecnica*”; rilievi che frequentemente sono atti irripetibili per natura.²⁷

C) delegabilità’ alla pg degli accertamenti ex art. 360 cpp

Il PM, nel caso debba procedere ad accertamenti tecnici irripetibili, può delegarne il compimento alla pg, come pare suggerito dall’art. 348 co. 4 cpp (che attribuisce alla pg il potere di compiere, di iniziativa o su delega del PM, “atti o e operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche”), oppure deve necessariamente conferire un incarico ad un consulente tecnico (eventualmente delegando all’uopo la pg ex art. 370), come letteralmente previsto dall’art. 360 cpp, norma che disciplina l’espletamento di detta categoria di atti?

La Suprema Corte sembra orientata a “salvare” gli accertamenti tecnici irripetibili eseguiti dalla pg in assenza di conferimento di incarico ad un consulente, sempreché gli stessi siano stati accompagnati dagli avvisi e dalle garanzie ex art. 360 cpp.

Del resto è lo stesso legislatore che, sia pure nell’ambito della disciplina del processo avanti al G.d.P., ha attribuito alla pg - con l’**art. 13 d.lg. 28 agosto 2000 n. 274**²⁸ (competenza penale del giudice di pace) - il potere di compiere accertamenti tecnici irripetibili previa autorizzazione del p.m. e sempre che questi non ritenga di compierli personalmente.

Il che suggerisce che il legislatore abbia ritenuto implicito che la pg potesse compiere tali accertamenti, se a ciò espressamente delegata dal PM, considerato anche che l’autorizzazione, essendo complementare ad una facoltà propria dell’organo autorizzato, è qualcosa di meno rispetto alla delega, che invece comporta il conferimento *ex novo* di un potere che il medesimo organo non vanta autonomamente.

²⁷ In dottrina suggeriscono tale soluzione Donatella Curtotti Nappi e Luigi Saravo (Dir.Pen.Proc. 5/2011)

²⁸ “1. La polizia giudiziaria può richiedere al pubblico ministero l'autorizzazione al compimento di accertamenti tecnici irripetibili ovvero di interrogatori o di confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini. Il pubblico ministero, se non ritiene di svolgere personalmente le indagini o singoli atti, può autorizzare la polizia giudiziaria al compimento degli atti richiesti. Allo stesso modo provvede se viene richiesta l'autorizzazione al compimento di perquisizioni e sequestri nei casi in cui la polizia giudiziaria non può procedervi di propria iniziativa.”

Ma se il PM delega il compimento degli accertamenti tecnici alla pg (*rectius* ai reparti specializzati delle forze di pg), come spesso avviene, come si assicura il rispetto del contraddittorio?

La soluzione che appare più corretta e che, consapevolmente o meno, viene adottata di prassi dal PM, è quella di richiedere il rispetto delle garanzie del 360 (ed *in primis* l'effettuazione degli avvisi di rito alle parti) quale espressione del principio generale del contraddittorio ex art. 111 Cost.

D) conseguenze in caso di omesso avviso all'interessato della facoltà di farsi assistere da un difensore.

Cosa succede se la p.g. compie rilievi irripetibili in caso di urgenza ex art. 354 cpp, senza dare avviso all'indagato della sua facoltà di farsi assistere dal difensore?

Nel caso i rilievi siano eseguiti nei confronti di persona identificata, la stessa deve essere avvisata della facoltà di farsi assistere da un difensore (ex art. 356 cpp e art. 114 disp. att. cpp).

L'art. **356 cpp** prevede infatti che il difensore dell'indagato ha la facoltà di assistere al compimento degli atti di cui all'art. 354 cpp, senza diritto di essere previamente avvisato, mentre l'art. **114 disp. att. cpp** prevede che la pg, nel procedere al compimento degli atti indicati nel 356 cpp, deve avvertire l'indagato, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia.

In ogni caso l'inizio delle operazioni non è necessariamente subordinato all'arrivo del difensore.

L'avviso in parola deve essere dato al soggetto nel momento in cui si procede all'atto, e non quando siano precedentemente svolte le attività ad esso propedeutiche (in tal senso: Cass. Sent. 16553 del 2011, imp. Pasolini²⁹).

La violazione di tale disposizione, che presidia l'assistenza dell'indagato al compimento dell'atto, rientra tra le **nullità previste dall'art. 178 co. 1 lett. C) cpp**, per il quale è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza, la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private. Si tratta quindi di una nullità di ordine generale, ma non assoluta, non rientrando tra i casi previsti dall'art. 179 cpp, non essendo relativa né all'omessa citazione dell'imputato né all'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza (come visto la presenza del difensore nel nostro caso è solo facoltativa).

Trattandosi di nullità a regime intermedio verificatasi nella fase delle indagini, da un lato la stessa può essere rilevata od eccepita prima della deliberazione della sentenza di primo grado, dall'altro essa è soggetta al regime di deducibilità di cui all'art. 182 cpp (conf. Cass. 27736 del 2007 imp. Nania, e 2584 del 2007, imp. Bradaschia).

Secondo l'art. 182 co. 2 cpp, come già ricordato, quando la parte vi assiste, la nullità di un atto può essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo.

Considerato che quando l'atto viene compiuto, l'indagato potrebbe non sapere dell'esistenza del diritto di nominare un difensore, appare improponibile richiedere al medesimo di eccepire tale omissione sia prima sia immediatamente dopo il compimento dell'atto stesso.

Sul punto si è pronunciata anche la Suprema Corte che ha osservato come il termine per la deduzione della nullità in esame non vada posto in relazione alla necessaria effettuazione di un successivo atto cui intervengano la parte o il difensore, ben potendo la formulazione dell'eccezione avere luogo anche al di fuori dell'espletamento di specifici atti, mediante il deposito di memorie o

²⁹ In tale caso il ricorrente, Pasolini, lamentava che l'avviso in parola non gli fosse stato dato contestualmente alla richiesta di consenso all'alcoltest, e che, pertanto, gli fosse stato precluso di avvalersi della difesa tecnica onde determinarsi sulla scelta a lui più conveniente.

richieste che, ai sensi dell'art. 121 cpp, possono essere inoltrate in ogni stato e grado del procedimento (cfr. Cass. sez. 4 sent. 2584/2007, imp. Bradaschia, cit.), purché ciò avvenga immediatamente dopo, senza attendere il compimento del primo atto successivo del procedimento (cfr. *ex ceteris* Cass. Sez. 4 sent. 45621/2009 imp. Moretti³⁰, Cass. sez. 2, sent. 13392/2011 imp. Mbaye³¹).

Per tali motivi è non solo opportuno che la pg puntualmente offra l'avviso in parola all'interessato, ma anche che ne lasci traccia scritta nel verbale all'uopo redatto.

E) conseguenze in caso di omesso avviso di deposito al difensore del compimento degli atti ex art. 354 cpp

Ai sensi dell'art. 366 cpp, i verbali degli atti compiuti dalla pg ai quali il difensore ha diritto di assistere, sono depositati nella Segreteria del pm entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto, con facoltà per il difensore di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi. Quando non è stato dato avviso del compimento dell'atto, al difensore è immediatamente notificato l'avviso di deposito e il termine decorre dal ricevimento della notificazione.

Ci si chiede dunque se debba essere dato avviso di deposito al difensore nei casi di accertamenti ex art. 354 co. 3 cpp, per i quali il difensore ha facoltà di assistere, senza diritto di essere previamente avvisato.

La Cassazione sul punto ha un atteggiamento un po' ondivago:

- talora (**mancanza, nel caso di cui all'art. 354 co. 3 cpp, di un obbligo di deposito dell'atto**) afferma che gli accertamenti ex art. 354 co. 3 cpp, per i quali il difensore non ha diritto ad essere previamente avvisato, non rientrano tra gli atti di cui al 366 cpp, con la conseguenza che nessun avviso di deposito deve essere dato al difensore (vds. in tal senso Cass. 10135 del 2006, imp. Menardo, e Cass. 26738 del 2006 imp. Belogi, ove si osserva che la pg, quando procede agli accertamenti ex art. 354 cpp, ha solo l'obbligo ai sensi del 114 disp att cpp di avvertire l'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, ma non è tenuta né a prendere notizia dell'eventuale nomina, né a nominare un difensore d'ufficio, con conseguente inapplicabilità della procedura di deposito di cui al 366 cpp; secondo altra impostazione, che porta peraltro a identiche conclusioni, vds. Cass. sez. 4 n. 4816 del 2004, imp. Venturi, che, attraverso la distinzione tra "facoltà" e "diritto" di assistere, sostiene che l'obbligo di deposito, sanzionato da nullità, perché concerne l'intervento della difesa nel procedimento, non rileva in caso di semplice "facoltà");

- talaltra (**assenza di nullità, solo mera irregolarità**) afferma che il deposito è sì dovuto, ma che l'eventuale omissione non comporta né nullità assoluta – non essendo compresa tra queste dall'art. 179 cpp - né a regime intermedio - riguardando queste ultime l'intervento e la presenza del difensore "al momento" del compimento dell'atto processuale -, né relativa – non essendo espressamente comminata dalla legge, e vigendo in materia il principio di tassatività delle nullità (conf. *ex multis* Cass. sez. 4 n. 12025/2010 imp. Cinciripini, n. 24876/2008 imp. Castelli, e n.

³⁰ “La nullità a regime intermedio deve essere eccepita prima del compimento dell'atto o, se non è possibile, immediatamente dopo ed è tardiva quando è dedotta a distanza di parecchi giorni e in occasione di un primo atto successivo del procedimento. (Fattispecie relativa alla violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. per mancato avviso, da parte della polizia giudiziaria, della facoltà per l'indagato di farsi assistere da un difensore nel compimento dell'alcoltest sulla persona dello stesso indagato).”

³¹ “La violazione da parte della polizia giudiziaria dell'obbligo di avvertire l'indagato, ai sensi dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nel corso di una perquisizione o sequestro, integra una nullità generale a regime intermedio che va eccepita, ai sensi dell'art. 182, cod. proc. pen., o prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo, ossia subito dopo la nomina del difensore, ovvero entro il termine di cinque giorni che l'art. 366 cod. proc. pen. concede a quest'ultimo per l'esame degli atti.”

43376/2003, imp. De Sannio). Si tratterebbe quindi di mera irregolarità, senza incidere sulla validità ed utilizzabilità dell'atto, e la conseguenza sarebbe dunque solo quella di spostare la decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive (esame dell'atto e richiesta di copia).

- in altre ipotesi (**sanatoria della nullità attraverso il successivo deposito degli atti**) afferma poi che gli accertamenti ex art. 354 cpp comportano sì la necessità di depositare in segreteria i verbali degli atti compiuti dalla pg, ma aggiunge poi che il successivo deposito degli atti, notificato al difensore in concomitanza con la notifica del decreto di citazione a giudizio, varrebbe a sanare le nullità pregresse derivanti dall'omesso deposito dei verbali di detti atti (Cass. Sez. 4 sent. 18351 del 2006, imp. Sada, che invoca in proposito la presenza di un principio generale ricavabile dal sistema, secondo cui tutte le nullità derivanti da omessi avvisi di deposito per atti irripetibili nella fase delle indagini preliminari sono sanate dal successivo deposito di tutti gli atti con l'emissione del decreto di citazione a giudizio).

- infine vi è anche un orientamento (**nullità relativa**), ritengo ormai superato, che in base ad un'esegesi ampia della locuzione "intervento dell'imputato", contenuta nell'art. 178 c.p.p., lett. c), comprensiva dell'intervento nel procedimento, pretende individuare una nullità relativa nelle ipotesi di omesso avviso di deposito al difensore, nullità come tale soggetta al regime di deducibilità di cui al 182 cpp (Cass. sez. 4 sent. 42020/2003 imp. Della Luna, e sez. 5, n. 5276 del 1996, imp. Maccari). Tale orientamento sembra dimenticare peraltro il principio di tassatività delle nullità di cui all'art. 177 cpp, ed il fatto che se proprio tale nullità è prevista dal 178 co. 1 lett. c), allora dev'essere identificata quale nullità a regime intermedio e non già relativa.

PERIZIA E CONSULENZA TECNICA CHE COMPORTINO ACCERTAMENTI INVASIVI (Artt. 359 bis e 224 bis cpp)

Prima di introdurre le norme (artt. 359 bis e 224 bis) che oggi - più che in passato - agevolano il compito del Pubblico Ministero, della polizia giudiziaria, ma anche del Giudice, allorchè debbano ricorrere ad accertamenti invasivi ed *in primis* alle indagini tecniche sul dna, occorre fare un passo indietro e vedere **come la materia era disciplinata prima della novella del 2005.**

Infatti in precedenza non vi era alcuna norma che autorizzasse gli inquirenti a prelevare, senza il consenso dell'indagato, sostanze biologiche al medesimo riferibili, al fine di poter eseguire le necessarie comparazioni sul dna. Alla lacuna si ovviava ritenendo **comunque** che le finalità di accertamento della verità sottese al processo penale (e costituzionalmente rilevanti) giustificassero l'adozione di misure coattive nei confronti dell'indagato recalcitrante, tali da consentire il prelievo di materiale biologico di confronto (come ad es. il prelievo ematico).

La materia è stata inizialmente impostata, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, dalla **sentenza n. 30 del 1962**, relativamente alla norma che consentiva all'autorità di P.S. l'effettuazione di **rilievi fotosegnalatici e antropometrici** senza le garanzie dell'art. 13 Cost.

La Corte ribadì quanto già emergeva dalla propria giurisprudenza, e cioè che *«la garanzia dell'habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere».*

Con singolare premonizione, la Corte osservò: *«I rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervelotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico».* A questa categoria di accertamenti, la Corte ne contrappose un'altra, ove non vi sarebbe coercizione della libertà personale, anche nel caso si imponga «una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali».

La differenza «non consiste tanto nella momentaneità o nella levità della eventuale coercizione quanto, essenzialmente, nel fatto che nel secondo ordine di casi i rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano l'aspetto esteriore della persona, la cui sfera di libertà resta integra, mentre nel primo i rilievi importano una menomazione della libertà della persona pari a quella dell'arresto.

Si è giustamente osservato in dottrina come la Corte, fin da questa risalente decisione, abbia escluso per prelievo coattivo di sangue o di altro materiale organico la qualificazione di violenza sulla persona. Il problema individuato è solo quello della limitazione di libertà necessaria per l'esecuzione del prelievo, la quale, per il disposto dell'art. 13, secondo comma, Cost., richiede le garanzie della espressa previsione di legge e del provvedimento giurisdizionale. **I rilievi antropometrici e fotosegnalatici furono «salvati» in quanto atti non limitativi della libertà personale, ma era stato anticipato il giudizio esattamente contrario quanto ai prelievi di sangue.**

Di questo la Corte si ricordò qualche anno dopo, ammettendo la pertinenza del richiamo all'art. 13 Cost., ma considerando assicurate la riserva di legge e la garanzia giurisdizionale

attraverso la generica previsione dei poteri del giudice nella direzione della perizia (soprattutto art. 317 del codice abrogato).

In particolare la **Corte Costituzionale**, con la **sentenza n. 54 del 1986 (del 18.03.1986)**, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tali pratiche (prelievi di sangue) quando ancora era in vigore il vecchio codice (codice Rocco), aveva espressamente escluso che il prelievo ematico - eseguito coattivamente a fronte dell'opposizione della persona richiesta - potesse comportare una vulnerazione dell'art. 13 co. 2 Cost.³².

La Corte aveva così dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale (degli artt. 146, 314, e 317 c.p.p. vecchio codice). In particolare aveva superato l'obiezione relativa alla violazione dell'art. 13 co. 1, 2, e 4 Cost., (in relazione alla pretesa attribuzione al giudice di un potere illimitato nell'uso della coazione fisica in caso di opposizione agli atti di indagine), affermando che "le ragioni relative alla giustizia penale, e all'accertamento della verità che la concerne, rientrano sicuramente fra i casi previsti dalla legge [ex art. 13 co. 2 Cost.]: e la perizia medico-legale è altrettanto certamente uno dei modi legittimi mediante i quali è lecito al giudice previa congrua motivazione attuare una qualsiasi restrizione della libertà personale."

Tuttavia **10 anni dopo** la Corte veniva chiamata nuovamente a pronunciarsi su una norma, l'art. 224 co. 2 cpp³³ che, autorizzando il giudice ad adottare "tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali", attribuiva al giudice stesso un generico potere di coazione tale da ricomprendere in ipotesi anche provvedimenti restrittivi della libertà personale (nel caso di specie, ancora una volta, prelievo ematico).

Nell'occasione la Corte, con sentenza n. 238 del 27.06.1996³⁴, adottò una decisione di segno opposto a quella precedente, affermando l'illegittimità costituzionale dell'art. 224 co. 2 cpp per violazione dell'art. 13 co. 2 Cost.

La Corte infatti **ha ritenuto illegittimo l'art. 224 c. 2 c.p.p.**, "nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate".

In particolare la Corte pur riconoscendo che il prelievo ematico costituisce una "pratica medica di ordinaria amministrazione" ha cionondimeno affermato che lo stesso comporta "certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo."³⁵

³² Art. 13 co. 2 Cost.: "non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione, o perquisizione personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria, e nei soli casi e modi previsti dalla legge."

³³ Se ne riporta il testo: "1. Il giudice dispone anche d'ufficio (190) la perizia con ordinanza motivata, contenente la nomina del perito, la sommaria enunciazione dell'oggetto delle indagini, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo fissati per la comparizione del perito.

2. Il giudice dispone la citazione del perito e dà gli opportuni provvedimenti per la comparizione delle persone sottoposte all'esame del perito. **Adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali"**.

³⁴ Il caso era quello di una statua raffigurante la Madonna, a Civitavecchia, da cui uscì sangue umano (il noto caso della Madonna di Civitavecchia). Il proprietario e i suoi familiari rifiutarono di sottoporsi a prelievo ematico e il loro difensore formulò la questione di legittimità costituzionale che diede luogo alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 224 co. 2 cpp.

³⁵ Se ne riporta di seguito la **massima** per esteso: "È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 13, secondo comma, Cost., l'art. 224, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei <casi> e nei <modi> dalla legge (nella specie, esecuzione di prelievo ematico coattivo), in quanto - posto che il parametro evocato assoggetta ogni restrizione della libertà personale, tra cui espressamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, alla duplice garanzia della riserva di legge (essendo tali misure coercitive possibili <nei soli casi e modi previsti dalla legge>) e della riserva di giurisdizione (richiedendosi l'atto motivato dell'autorità giudiziaria), approntando così una tutela della libertà

La Corte in detta sentenza ha anche evidenziato come in un diverso contesto, cioè quello del codice della strada, il legislatore – operando il bilanciamento tra l'esigenza probatoria di accertamento del reato e la garanzia costituzionale della libertà personale – ha dettato una **disciplina specifica** dell'accertamento (sulla persona del conducente in apparente stato di ebbrezza alcolica o di assunzione di sostanze stupefacenti) della concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata e del prelievo di campioni di liquidi biologici (**prevedendo sì in entrambi i casi la possibilità del rifiuto dell'accertamento, ma con la comminatoria di una sanzione penale per tale indisponibilità** del conducente ad offrirsi e cooperare all'acquisizione probatoria); **disciplina questa la cui illegittimità costituzionale è stata esclusa dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza di poco precedente (sent. N. 194 del 1996), tra l'altro proprio negando la denunziata violazione dell'art. 13 secondo comma Cost.**

Il divieto implicato dalla sentenza della Corte, pur pronunciato in tema di perizia pare debba estendersi alle attività tecniche effettuabili dal Pubblico Ministero che non può evidentemente disporre di un potere negato al giudice.

La Corte avvertì chiaramente che fino all'introduzione di una disciplina, quella modalità investigativa restava preclusa. Qualcosa di simile a quel che si è verificato, in tempi più recenti, per le videoriprese in ambito domiciliare. Inoltre la Corte era andata ben oltre il prelievo ematico in corso di perizia, fissando una nozione di «accertamento corporale coattivo», che prescinde da ogni connotato di pericolosità per la persona e da ogni apprezzabile lesione della sua dignità, e che nondimeno, rientrando sotto il precetto dell'art. 13, richiede una specifica previsione normativa.

Anzi, verosimilmente la portata della sentenza della Corte Costituzionale n. 238/1996 è ben più ampia di quanto appaia a prima vista, giacchè non riguarda solo il prelievo ematico coattivo, di per sé privo di concreta azione lesiva, bensì investe – a maggior ragione – tutta una serie di scoperte scientifiche applicabili alle indagini penali, quali **indagini elettromiografiche, endoscopiche, alcune visite specialistiche, tecniche radiografiche, ecc.**

Probabilmente la Corte immaginava che il legislatore avrebbe prontamente stabilito con legge i casi di ammissibilità e le forme del provvedimento autorizzativo. Cosa che invece non avvenne fino almeno al 2005 (v. *infra*).

C'è da dire che gli effetti dell'inerzia sono stati contenuti dal fatto che la giurisprudenza non ha mai dubitato della **libera utilizzabilità del materiale biologico**, una volta superato il problema di un intervento coattivo sulla persona.

Così la Corte di Cassazione (Cass. sez. I, 25.09.1999, Fata Livia, CED 214372) ha precisato che la limitazione introdotta dalla Corte Costituzionale, in quanto correlata con la tutela della libertà personale, **non riguarda in alcun modo l'impiego di materiali che, in precedenza legittimamente prelevati, non fanno più fisicamente parte della "persona" e non richiedono alcun intervento manipolatorio su di essa o comunque limitativo della sfera di libertà del soggetto (fattispecie in cui era stato utilizzato in sede di consulenza tecnica un campione di sangue in precedenza prelevato al soggetto a fini diagnostici).**

Tale orientamento può dirsi oggi consolidato. Invero, in via generale, il Giudice della legittimità riconosce che **il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili (es. spazzolino da denti, indumenti**

personale che è centrale nel disegno costituzionale - la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere alla esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale. Invero, con riferimento alla medesima norma, le ragioni relative alla giustizia penale, consistenti nell'esigenza di acquisizione della prova del reato, pur costituendo un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità, rappresentano in realtà solo la finalità della misura restrittiva e non anche l'indicazione dei < casi > voluta dalla garanzia costituzionale. - V. Sent. nn. 54/1986 e 194/1996."

usati, pettine, ecc.) non é qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici non richiede l'osservanza delle garanzie difensive: per contro, le successive operazioni di comparazione del consulente tecnico pretendono l'osservanza delle garanzie difensive (C I 2.2.2005, Candela, CED 233448).

Analogamente secondo la Suprema Corte risulta pienamente legittimo il sequestro di tracce di saliva lasciate su un bicchiere dalla persona sottoposta ad indagini, senza peraltro che possa aver rilievo la circostanza che, al fine di acquisire reperti biologici, sia stata la polizia ad offrire la bevanda, in quanto nessuna disposizione di legge subordina lo svolgimento delle indagini al consenso dell'indagato, quando non si risolve in violazioni della libertà personale o di altri diritti costituzionalmente garantiti (C I 11.3.2003, E., CED 225265)³⁶.

Così, in applicazione di tale generale principio, **ai fini dell'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza alcolica, sono stati ritenuti utilizzabili** (Cass. sez. IV, 12.06.2003, Carloni, CED 226257; Cass. sez. IV, 13.05.2005, p.g. in proc. Romano, CED 231976) nei confronti dell'imputato i **risultati del prelievo ematico** che sia stato effettuato, secondo i normali protocolli medici di pronto soccorso, durante il ricovero presso una struttura ospedaliera pubblica a seguito dell'incidente stradale subito in occasione della commissione del reato, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica (cartella clinica, reperti di laboratorio) e restando irrilevante, a questi fini, la mancanza del consenso.

Anche recentemente la Suprema Corte (C VI 28.4.2005, P., CED 232122) ha ribadito che è utilizzabile, a fini di prova, il campione di sangue prelevato all'imputato nell'ambito degli ordinari accertamenti sanitari effettuati ai sensi dell'ordinamento penitenziario, essendo irrilevante la mancanza di un specifico consenso a tal fine.

Dunque alla p.g. – laddove delegata con decreto del Pubblico Ministero – non è fatto alcun divieto di procedere alla ricerca di tracce organiche della persona attraverso atti di perquisizione personale e locale che possono implicitamente portare alla persona restrizioni maggiori di quelle di un semplice prelievo coattivo di saliva o capelli. E' probabile che quasi tutti i cittadini preferirebbero vedersi togliere un paio di capelli, o prelevare un po' di saliva, piuttosto che vedersi mettere sottosopra la casa alla ricerca di qualche capello abbandonato.

La Cassazione ha sempre ammesso tale possibilità, ritenendo “legittima la raccolta di qualsiasi elemento probatorio posta in essere tramite il corretto uso del potere-dovere di

³⁶ Così pure Corte di Cassazione sez. I 23.6.2005, P., CED 232109, è stata chiamata a delibare un ricorso difensivo in cui si sosteneva che la sentenza della C Cost. n. 238 del 1996 avrebbe trovato applicazione non solo nel caso di prelievo ematico coattivo, ma anche in tutti i casi in cui vi fosse stata acquisizione di un prodotto della "persona" fisica (come la saliva, nella fattispecie in esame) già evacuato dalla stessa, e semprechè la persona - informata dell'uso che sarebbe stato fatto del prelievo - non avesse previamente concesso il consenso a tale uso. Secondo il Giudice di legittimità, per contro, le due situazioni non solo non sono assimilabili ed, anzi, non hanno niente in comune, mancando nel caso di prelievo della saliva abbandonata dall'interessato su un oggetto venuto a contatto con la sua bocca o addirittura espulsa volontariamente, quei caratteri di violazione della libertà personale (coazione) e di invasività nel corpo umano (tramite un ago diretto a prelevare il sangue dall'interno del corpo, attraverso una lesione del corpo stesso, pur se minima) che sono presenti nel prelievo ematico coattivo. L'acquisizione della saliva espulsa o abbandonata dal soggetto dopo la espulsione dalla bocca, infatti, non ha alcun carattere né di coazione né di invasione, per cui non può essere ritenuta ablativa o limitativa della libertà personale (analogo discorso, con i relativi adattamenti, vale ovviamente per ogni tipo di traccia organica "abbandonata": sperma, urina, fluido vaginale, peli, capelli, lembi di pelle ecc.). **Né un preteso carattere "subdolo" del prelievo di saliva potrebbe far ritenere invasivo il prelievo stesso.** Invero - secondo la S.C. - l'art. 189, nel prevedere proprio le prove non disciplinate espressamente dalla legge, riconosce valide e legittime, ovviamente, anche le attività (ad es. pedinamento, osservazione e controllo) svolte dalla p.g. all'insaputa dell'imputato, che pure, sotto un certo profilo, potrebbero essere qualificate "subdole", ma che comunque non limitano né la libertà personale né quella morale dell'imputato. D'altra parte **l'acquisizione di oggetti provenienti dall'indagato e da terzi** (siano scritti autografi o meno [v. art. 75 disp. Att. Cpp, secondo cui il giudice, se necessario, può disporre atti di perquisizione o sequestro al fine di reperire scritture di comparazione] o registrazione di espressioni verbali ovvero anche parti del corpo umano ormai staccate dallo stesso, come capelli lasciati su un pettine o unghie tagliate o indumenti recanti tracce organiche della persona che li ha indossati), **a fini probatori, costituisce una prova tipica per la quale l'ordinamento ha predisposto lo strumento del sequestro probatorio.**

perquisizione e sequestro, anche se sia finalizzato alla raccolta delle cosiddette tracce biologiche (capelli, sangue, cute, saliva e sperma)” (così, da ultimo Cass. 10.10.2007 n. 38903, imp. Mallia³⁷, e Cass., 12 febbraio 2009, n. 25918, Di Paola, rv. 244224).

PRELIEVI CD. INVASIVI

La distinzione tra prelievi invasivi e non invasivi ha assunto decisiva importanza a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale, perché – in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore – i primi non potevano più essere disposti neppure dal Giudice in sede di perizia, mentre i secondi continuavano ad essere liberamente realizzabili anche ad opera della p.g., ed in assenza di autorizzazione giudiziale.

Il divieto di disporre misure che incidano sulla libertà personale dell'indagato (al di fuori di quelle specificamente previste nei < casi > e nei < modi > dalla legge) non riguarda anche i **prelievi cd. non invasivi**, per la ragione che gli stessi **non determinano affatto una compressione della sfera di libertà della persona**, e dunque neanche si pone un problema di mancata codificazione dei casi e modi di attuazione di detta restrizione.

Tuttavia, con la **Legge n. 85/2009**, sono state introdotte una serie di cautele e garanzie (tra cui la necessaria autorizzazione dell'A.G. – ma sul punto v. *infra*) per l'esperibilità di prelievi di capelli, di peli, o di mucosa del cavo orale, ed altri accertamenti. Non può sfuggire come tra “gli atti idonei ad incidere sulla libertà personale” (formula questa espressamente utilizzata dal nuovo art. 224 bis cpp, tradizionalmente sovrapponibile al concetto di atti invasivi)), è menzionato anche il semplice prelievo di capelli – fino ad allora ritenuto **di carattere non invasivo** -, il che suggerisce l'avvenuta rivisitazione da parte del legislatore della nozione di “prelievo invasivo”, e forse introducendo sinanche il dubbio sulla possibilità di ritenere ancora realizzabili i prelievi non invasivi (ancorché diversi da quelli relativi a capelli, peli, o saliva) da parte della pg in assenza di autorizzazione giudiziale data nelle forme del 224 bis o del 359 bis cpp.

Cosa si deve intendere dunque per prelievo invasivo?³⁸

Il **prelievo**, definibile come **qualsiasi manovra diretta a raccogliere materiale biologico necessario per l'esecuzione di ricerche ed analisi, ha carattere invasivo** qualora **implichi il superamento del limite fisico dell'individuo ed incida sulla sua integrità fisica³⁹**. Da ciò deriva,

³⁷ La quale ha testualmente affermato che: “*al sopravvenire di una normativa, che applichi il dettato dell'art. 224 c.p.p. ultima parte, è inibita l'interferenza nella sfera fisica dell'individuo, per eseguire prelievi al fine di espletare accertamenti peritali; è legittima, invece, la raccolta di qualsiasi altro elemento probatorio, che sia espletata nell'osservanza delle norme processuali vigenti in tema di limitazione della libertà individuale, con riferimento sia a quella personale che domiciliare, quando venga posta in essere tramite il corretto uso del potere - dovere di perquisizione e sequestro, anche se sia finalizzata alla raccolta delle c.d. tracce biologiche, quali capelli, sangue, cute, saliva e sperma. Ne deriva che nella specie il provvedimento adottato dal Pubblico Ministero con cui si disponevano tali mezzi di ricerca della prova, proprio perché specificamente previsti e disciplinati dalla legge ordinaria, è legittimo, non avendo comportato alcun'intrusione corporale vietata. Conseguie che l'astratta censura sollevata dai difensori sulla violazione della libertà personale, che sarebbe stata realizzata con la perquisizione ed il sequestro è infondata.*”

³⁸ Si noti che la nozione di “prelievo non invasivo” è stata utilizzata anche dal legislatore nella formulazione degli artt. 186 e 187 C.d.S. i quali entrambi, già da prima della novella introdotta con L. 125 del 24.07.2008, prevedono il potere per gli organi di Polizia Stradale “nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica”, di “sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi **non invasivi** o a prove, anche attraverso apparecchi portatili” (v. art. 186 co. 3 e 187 co. 2 CdS).

³⁹ Si deve inoltre richiamare la distinzione – posta al centro del disegno di legge Flick – tra tecniche invasive e tecniche non invasive della sfera corporale intima della persona, mutuata da quella già adottata in **Inghilterra** tra “**prelievi non intimi**” (*non intimate body samples*), relativi a capelli, peli non pubici, unghie, *swab* dalla bocca, e “**prelievi intimi**” (*intimate body samples*), relativi a materiale ematico, sperma, urina, saliva, peli pubici, *swab* da orifizi corporali diversi dalla bocca, impronte dentarie. Detta distinzione riguarda il prelievo di campioni biologici e gli accertamenti medici. **Vengono definiti espressamente non invasivi** della sfera corporale “i prelievi di unghie, capelli, ed altre parti esterne non sensibili del corpo, e **gli accertamenti medici** diversi dalle ispezioni personali, **che non richiedono la somministrazione di sostanze o l'introduzione di strumenti nel corpo della persona sottoposta all'esame**. Per altro

a contrario, che segno qualificante del prelievo non invasivo è la raccolta di materiale biologico che avrebbe comunque abbandonato la sfera fisica della persona. Alla luce di tale distinzione, il prelievo ematico sarebbe riconducibile alla tipologia del prelievo invasivo, mentre il tampone di cellule di desquamazione dell'epidermide (stub) o di altro tessuto esterno (tampone dal cavo orale) o, ancora, la raccolta di liquidi biologici secreti (saliva, urine) rientrerebbero nella categoria del prelievo non invasivo.

LA LEGGE N. 155 DEL 2005 - PRELIEVI COATTIVI

Come già anticipato, il legislatore nel 2005 è intervenuto per colmare la lacuna formatasi nell'ordinamento a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale: lacuna derivante dall'impossibilità di acquisire coattivamente il profilo biologico della persona sospettata anche di gravissimi delitti, se non attraverso "stratagemmi" lasciati all'abilità e arguzia investigativa della polizia giudiziaria di turno.

Così il **d.l. 27 luglio 2005 n. 144** conv. in **l. 31 luglio 2005 n. 155** (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), ha introdotto il nuovo **c. 2 bis dell' art. 349**, ed ha aggiunto un nuovo periodo al **comma 3 dell'art. 354 cpp** (quest'ultimo ora abrogato dalla **L. n. 85/2009**). Procediamo con ordine:

l'art. 349 co. 2 *bis* cpp⁴⁰ attribuisce alla polizia giudiziaria il potere di procedere, **in mancanza del consenso dell'interessato, al prelievo di capelli o saliva**, (la locuzione "il prelievo di capelli o saliva" ha sostituito, in sede di conversione del decreto, l'originaria espressione "il prelievo di materiale biologico dal cavo orale"), **all'evidente scopo di ricavare il profilo del DNA, ai fini dell'identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini**.

In tale contesto diviene quindi **irrilevante** l'eventuale **dissenso** del soggetto da identificare, e gli unici **limiti** imposti alla polizia nell'effettuazione del **prelievo coattivo** riguardano la necessità, per quest'ultima, di munirsi di una **autorizzazione** scritta o orale (da confermare per iscritto) del p.m., nonché l'obbligo di rispettare la **dignità** della persona sottoposta al prelievo.

La disciplina contenuta nel nuovo c. 2 bis dell'art. 349 risultava poi espressamente richiamata nel secondo periodo del c. 3 dell'art.354⁴¹ (introdotto dall'art. 10 c. 4 *ter* d.l. 27 luglio

verso gli accertamenti medici invasivi si caratterizzano per la somministrazione di sostanze o l'introduzione di strumenti nel corpo umano.

⁴⁰ **Art. 349 - Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone**

1. La polizia giudiziaria procede alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti.

2. Alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti.

2-bis. Se gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero.

3. Quando procede alla identificazione, la polizia giudiziaria invita la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini a dichiarare o a eleggere il domicilio per le notificazioni a norma dell'art. 161. Osserva inoltre le disposizioni dell'art.66.

4. Se taluna delle persone indicate nel comma 1 rifiuta di farsi identificare ovvero fornisce generalità o documenti di identificazione in relazione ai quali sussistono sufficienti elementi per ritenere la falsità [c.p. 496], la polizia giudiziaria la accompagna nei propri uffici e ivi la trattiene per il tempo strettamente necessario per la identificazione e comunque non oltre le dodici ore ovvero, previo avviso anche orale al pubblico ministero, non oltre le ventiquattro ore, nel caso che l'identificazione risulti particolarmente complessa oppure occorra l'assistenza dell'autorità consolare o di un interprete, ed in tal caso con facoltà per il soggetto di chiedere di avvisare un familiare o un convivente.

5. Dell'accompagnamento e dell'ora in cui questo è stato compiuto è data immediata notizia al pubblico ministero il quale, se ritiene che non ricorrono le condizioni previste dal comma 4, ordina il rilascio della persona accompagnata.

6. Al pubblico ministero è data altresì notizia del rilascio della persona accompagnata e dell'ora in cui esso è avvenuto.

⁴¹ **Art. 354 - Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro**

2005 n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005 n. 155), nel caso in cui gli accertamenti urgenti della p.g. avessero reso necessario il prelievo di materiale biologico⁴².

Sebbene il generico riferimento al potere della p.g. di effettuare **altri accertamenti**, presente nella formulazione originaria dell'art. 349 sembrasse implicitamente già concedere uno spazio ad interventi "in qualche misura anche **invasivi** della persona", oggi bisogna fare i conti con una prescrizione esplicita. Anzitutto, occorre sottolineare che si tratta di un prelievo forzoso **oggettivamente vincolato**: si deve ritenere che la polizia possa prelevare **solo** il materiale organico espressamente indicato, e, parrebbe, in via alternativa: solo capelli o solo saliva; il tenore letterale del c. 2 *bis* dell' art. 349, e segnatamente la disgiuntiva "o" ivi contenuta, orienterebbe a propendere per questa interpretazione.

Il principale problema interpretativo posto dalla norma in commento riguarda la questione se il prelievo in parola sia o meno **teleologicamente e soggettivamente** vincolato o, in altri termini, se lo stesso serva **solo all'identificazione** e possa essere svolto **solo sull'indagato**.

1) Quanto al primo profilo, la dizione letterale della norma sembra suggerire che i **risultati** che scaturiscono dal prelievo **non dovrebbero rivestire alcuna valenza ulteriore rispetto a quella meramente "identificativa" prescritta dal c. 2 dell' art. 349 cpp.**

Ma anche in tal caso **nulla vieterebbe che i dati genetici acquisiti a seguito del prelievo forzoso, dopo essere stati utilizzati per verificare l'identità dell'indagato, siano immessi nel circuito delle indagini, e, conseguentemente, utilizzati anche per altri fini.** Del resto, non è esplicitata la sorte che quei dati dovrebbero avere una volta che l'identificazione dell'indagato abbia dato un esito positivo.

2) Per quanto riguarda, invece, il **vincolo soggettivo** del prelievo di cui all' art. 349 c. 2 *bis* c.p.p., a rigore l'unico destinatario di tale operazione dovrebbe essere la persona nei confronti della quale vengono svolte le indagini.

La finalità probatoria dei risultati ottenuti dal prelievo è esclusa, da taluno (Nicolucci), oltre che per la teleologia espressa dalla norma, anche per la ragione che una diversa soluzione introdurrebbe una forma coercitiva di acquisizione di contributi probatori da parte dell'imputato, negandogli la possibilità di difendersi non collaborando.

Peraltro, anche a voler far riferimento al principio "*nemo tenetur se detegere*", normalmente richiamato per invocare il diritto al silenzio o il diritto a mentire dell'indagato, ci si deve chiedere se nel caso specifico si tratti veramente – per l'imputato che si oppone al prelievo di saliva o capelli – di "non collaborare", piuttosto che non di vero e proprio "ostruzionismo", ossia tentativo di impedire il raggiungimento di un risultato delle indagini. Del resto il prelievo in questione – non si dimentichi – ancorchè utilizzato con finalità probatorie, non avrebbe necessariamente l'effetto di costituire una prova a carico, ma potrebbe benissimo comportare la possibilità di scagionare

1. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria curano che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero.

2. Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modificano e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti.

3. Se ricorrono i presupposti previsti dal comma 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale. **[Se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico, si osservano le disposizioni del comma 2-bis dell'art.349].**

⁴² L'art. 354 co. 3 cpp, presentava invero un **problema di coordinamento tutto "interno"**: il primo periodo di tale comma vietava [e tuttora vieta] espressamente alla p.g. di eseguire autonomamente ispezioni personali anche in presenza di condizioni di urgenza, mentre il secondo periodo di quello stesso comma attribuiva alla stessa p.g. il potere di effettuare di propria iniziativa il prelievo di materiale biologico a prescindere dal consenso dell'interessato. Si poneva allora la questione se il legislatore ritenesse che il prelievo di materiale biologico fosse, nella prospettiva della salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente sanciti, meno pregiudizievole di una ispezione. Probabilmente era così, ma ciò lasciava residuare l'impressione che vi fosse una qualche "dissonanza" tra il primo ed il secondo periodo del c. 3 dell' art. 354.

definitivamente l'indagato, ad es. in caso di rilevata incompatibilità del profilo genetico del campione di confronto con quello estrapolato dalla materia organica dell'indagato.

Si aggiunga poi che in virtù del comma **4 quater** del d.l. 27 luglio 2005 n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005 n. 155, **il prelievo coattivo in discorso trova applicazione anche nell'ambito delle procedure di identificazione di cui all' art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59 conv. in l. 18 maggio 1978 n. 191** (*Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati*), **il quale attribuisce gli ufficiali e agli agenti di polizia il potere di accompagnare nei propri uffici "CHIUNQUE" rifiuti di dichiarare le proprie generalità**, e di trattenere tale soggetto per il tempo strettamente necessario alla sua identificazione, e, comunque, **non oltre le ventiquattro ore**: procedura questa, che può essere adottata nel caso di rifiuto a declinare le proprie generalità (il che peraltro rende il soggetto che oppone il rifiuto "indagato" per il reato di "*rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale*" e dunque nuovamente applicabile l'art. 349 cpp), ma anche nell'eventualità in cui vi siano sufficienti indizi per ritenere che la persona da identificare abbia reso dichiarazioni non veritiere circa la sua identità ovvero che i documenti dalla stessa esibiti siano falsi.

Secondo alcuni autori peraltro il prelievo coattivo di cui al c. 2 bis dell' art. 349 sarebbe **sospetto di incostituzionalità** in relazione all'art. 13 c. 2 Cost. Infatti, a seguito della novella legislativa del 2005 **la p.g. ha acquistato il potere di disporre prelievi coattivi, che sono invece oggi consentiti con ampie limitazioni al giudice nell'ambito dell'assegnazione di incarichi peritali (vds. art. 224 bis cpp introdotto ex L. 85/09)**, e – prima della novella ex L. 85/09 – addirittura interdetti al giudice, come già precisato dalla sentenza Corte costituzionale n. 238/1996 la quale, come già detto, ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 224 c. 2, laddove consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure che comunque incidessero sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" previsti dalla legge.

Si aggiunge poi che si configurerebbe una limitazione della libertà personale rimettendola alla polizia giudiziaria, a prescindere – per ciò che concerne le finalità di identificazione – da ogni requisito di urgenza, e senza alcuno specifico meccanismo di convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Si osserva altresì che è stato completamente escluso un meccanismo di controllo giudiziale sull'adempimento.

Certo, si potrebbe sostenere che il c. 2 bis dell' art. 349 in sostanza prevede i "casi" (identificazione dell'indagato) e i "modi" (prelievo di capelli o saliva nel rispetto della dignità della persona) del prelievo coattivo, conformandosi, così, alle indicazioni contenute nella sent. n. 238/1996, e rispettando, conseguentemente, la riserva di legge di cui all'art 13 c. 3 Cost. **Senonché**, parrebbe agevole replicare che la disposizione codicistica in discorso non sembra soddisfare i requisiti dell'eccezionalità, della necessità e dell'urgenza imposti dal medesimo art. 13 co. 3 Cost. Senza contare, poi, che **il c. 2 bis dell' art. 349 non sembra garantire la riserva di giurisdizione prevista dall'art 13 c. 2 Cost.**

Ma la vera domanda che ci si deve porre è la seguente: il prelievo di capelli e saliva, è effettivamente invasivo? O in altri termini: comporta veramente una restrizione della libertà personale?

La risposta è resa ancor più ardua proprio alla luce della novella del 2009 che ha di fatto – sia pur implicitamente - qualificato come atti "incidenti sulla libertà personale" (e dunque invasivi) il prelievo di capelli, di peli, e di mucosa del cavo orale, tradizionalmente considerati non invasivi.

Si pone così il problema di individuare l'area dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale posti fuori legge.

Alcuni Autori, prendendo spunto dalla decisione della Corte costituzionale n. 30 del 1962, osservano che la differenza tra provvedimenti incidenti e provvedimenti non incidenti sulla libertà

personale va individuata non tanto sul piano del carattere momentaneo o lieve dell'eventuale coercizione, quanto, piuttosto, sulla natura della stessa, a seconda che riguardi solo l'aspetto esteriore della persona o comporti sostanziali restrizioni fisiche o morali della libertà. Si propone, dunque, quale criterio discrezionale, quello tra misure extracorporali e intracorporali (comprese in quest'ultimo ambito quelle che possono menomare la libertà morale del soggetto), **ritenendosi, in tale prospettiva, estranei alla declaratoria di illegittimità costituzionale i provvedimenti che pur potrebbero immobilizzare momentaneamente la persona per descriverne, fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista, o richiedere una momentanea costrizione per fissare le impronte digitali.**

Del resto l'art. 349 co. 2 c.p.p. prevedendo che la p.g. possa eseguire, ove occorra per identificare l'indagato, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici (nonché altri accertamenti), sembra aver affrontato la questione della coercibilità di un'eventuale resistenza dell'indagato, risolvendola positivamente. Coticchè pare non esservi dubbio che la p.g. possa costringere l'indagato recalcitrante a lasciare le proprie impronte digitali, a farsi fotografare, e a farsi sottoporre a rilievi antropometrici.

Si può discutere, certo è che, in caso di (seria e decisa) opposizione dell'interessato all'effettuazione di rilievi dattiloscopici o antropometrici, o di prelievi comunque non invasivi da parte della p.g., la forza che quest'ultima dovrà necessariamente impiegare per vincere la resistenza dell'indagato, comporterà indubbiamente una forma di restrizione della libertà personale, ancorchè di durata limitata: il che parrebbe riportarci ancora sotto il fuoco dell'art. 13 Cost., a prescindere da come vogliamo qualificare il rilievo/prelievo (cioè extracorporale o intracorporale, o se invasivo o non invasivo), trattandosi indubbiamente del compimento di atti restrittivi della libertà personale compiuti dall'autorità di pubblica sicurezza in violazione della riserva di giurisdizione di cui al comma 2, e comunque in assenza dei presupposti di cui al comma 3 (casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge).

LA NOVELLA EX LEGE 30 GIUGNO 2009 N. 85

Il legislatore italiano, con la legge 85 del 2009, ha autorizzato il Governo ad aderire ad un Trattato di quattro anni precedente, quello di Prum, in realtà di contenuto molto più ampio.

L'accordo prevede **scambi di informazioni** relativamente a **tre mezzi fondamentali**:

- informazioni concernenti il **DNA**,
- informazioni concernenti le **impronte digitali**,
- informazioni concernenti la **immatricolazione di veicoli**.

Qui ci interessa soprattutto, e naturalmente, la questione del DNA.

La legge 85 del 2009 ha una triplice funzione

- a. Autorizzare l'adesione al trattato**
- b. Istituire la banca DNA (banca dati nazionale del DNA e laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA) e regolare in proposito la cooperazione internazionale**
- c. Regolare la materia del prelievo coattivo di materiale biologico**

Tralasciando in questa sede il primo e il secondo punto, veniamo a trattare la terza ed ultima funzione della legge, ossia quella di introdurre nel nostro ordinamento (finalmente) una **disciplina del prelievo di materiale biologico**, che mancava ormai da quasi quattordici anni.

Il nuovo art. 224-bis c.p.p. recita:

«**Art. 224-bis.** - (Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale). –

1. *Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere **atti idonei ad incidere sulla libertà personale**, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.*

2. *Oltre a quanto disposto dall'articolo 224, l'ordinanza di cui al comma 1 contiene, a pena di nullità:*

- a) *le generalità della persona da sottoporre all'esame e quanto altro valga ad identificarla;*
- b) *l'indicazione del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto;*
- c) *l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti;*
- d) *l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia;*
- e) *l'avviso che, in caso di mancata comparizione non dovuta a legittimo impedimento, potrà essere ordinato l'accompagnamento coattivo ai sensi del comma 6;*
- f) *l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per il compimento dell'atto e delle modalità di compimento.*

3. *L'ordinanza di cui al comma 1 è notificata all'interessato, all'imputato e al suo difensore nonché alla persona offesa almeno tre giorni prima di quello stabilito per l'esecuzione delle operazioni peritali.*

4. *Non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità.*

5. *Le operazioni peritali sono comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto. In ogni caso, a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive.*

6. *Qualora la persona invitata a presentarsi per i fini di cui al comma 1 non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può disporre che sia accompagnata, anche coattivamente, nel luogo, nel giorno e nell'ora stabiliti. Se, pur comparendo, rifiuta di prestare il proprio consenso agli accertamenti, il giudice dispone che siano eseguiti coattivamente. L'uso di mezzi di coercizione fisica è consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento. Si applicano le disposizioni dell'articolo 132, comma 2.*

7. *L'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato».*

La norma, nel suo complesso, si muove nella prospettiva segnata dalla sentenza della Corte Cost. n. 238/1996.⁴³

Il procedimento è **giurisdizionalizzato** e prevede l'assistenza tecnica del difensore.

È adottato un criterio di **proporzionalità**, perché l'accertamento coattivo è limitato a reati di gravità medio alta. La perizia coattiva è infatti consentita quando si procede per un **delitto doloso o preterintenzionale**, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o

⁴³ Desta peraltro perplessità il concetto di "accertamenti medici", che resta del tutto **indeterminato** sia con riguardo alla **tipologia** di atti che possono essere compiuti, sia con riferimento alle **modalità esecutive** degli stessi [Conti (4); Gabrielli (6) 73]. Ove si abbia riguardo alle considerazioni svolte *supra* circa la necessità di una dettagliata indicazione dei casi e modi al fine di soddisfare la riserva di legge rinforzata stabilita dall' art. 13 c. 2 Cost. è chiaro che la disciplina in esame appare piuttosto indeterminata. All'evidenza, il legislatore ha evitato di prevedere un elenco tassativo dei singoli atti espletabili, che sarebbe stato inevitabilmente esposto ad una rapida obsolescenza tenuto conto della continua evoluzione della scienza medica. Proprio alla luce delle riserve di ordine costituzionale appena esposte, si sottolinea che gli "accertamenti medici", ai quali fa riferimento l' art. 224 *bis* c. 1, devono essere **espressamente previsti dalla legge** a causa del principio di tassatività esistente in materia [Tonini].

della **reclusione superiore nel massimo a tre anni** e negli altri casi espressamente previsti dalla legge⁴⁴.

È applicato un criterio di **residualità**, perché l'accertamento è disposto solo quando sia «**assolutamente indispensabile per la prova dei fatti**».

È imposto un criterio di **gradualità**, perché il giudice deve privilegiare l'accertamento consentito dall'interessato e, se questo non è possibile, l'accertamento meno invasivo.

Il primo dato che si ricava dall' art. 224 *bis* è che la disciplina in esame trova applicazione soltanto nel caso in cui la persona sottoposta alla perizia non presti il proprio **consenso** ai prelievi ed agli accertamenti suddetti (c. 1). Qualora, infatti, l'interessato sia **consenziente**, non scatta la necessità di tutelare la libertà personale: la situazione è rimasta quella anteriore alla legge e non occorre una regolamentazione legislativa dei casi e modi ai sensi dell' art. 13 c. 2 Cost. I prelievi e gli accertamenti possono, pertanto, essere effettuati nel corso delle comuni attività peritali, **senza particolari formalità**, e cioè a prescindere dalla gravità del reato per il quale si procede e indipendentemente dal requisito di indispensabilità ai fini probatori. Anche le tipologie degli accertamenti espletabili non richiedono una indicazione tassativa. **Resta il limite ricavabile dall'art. 5 c.c. in relazione agli atti di disposizione del proprio corpo: l'individuo non può consentire ad atti che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o psichica o che ledano la propria dignità.**

Qualora l'individuo non presti il consenso, trova allora applicazione la disciplina tratteggiata dall'art. 224 *bis*.

Si discute se l'elencazione contenuta nel 1° comma – peli, capelli, saliva – sia tassativa. Ritengo di no, posto tra l'altro che la norma si riferisce anche, ed in generale, ad «accertamenti medici».

Ragion per cui pare sia lecito ricorrere all'art. 224 *bis* cpp, anche per il prelievo di materiale ematico. Si è già visto, d'altra parte, che il prelievo di sangue non è considerato pratica contraria alla dignità ed alla salute della persona, in quanto “*di ordinaria amministrazione nella pratica medica*”.

Vi è però un problema nella prospettiva della **tassatività**, che come sappiamo deve riguardare anche le tipologie di atti restrittivi della libertà personale (art. 13 co. 2 Cost.: “casi e modi previsti dalla legge”).

L'interessato deve inoltre essere avvisato della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia (comma 2): la presenza del difensore - di fiducia, o nominato d'ufficio - è infatti **obbligatoria, pena la nullità della perizia** (comma 7).

La norma si riferisce alla “persona sottoposta al prelievo”: tuttavia il termine sembra riferibile ai soli imputato, indagato e persona offesa, dato che non esiste alcuna disposizione codicistica che preveda in capo al terzo il diritto all'assistenza del difensore. Tale ultima previsione sembrerebbe apparire, peraltro, ad una prima lettura, singolare in quanto il legislatore riconnette la sanzione della nullità dell'atto solo alla mancata assistenza del “*difensore nominato*” e non anche alla mancata assistenza della “*persona di fiducia*”, pur essendo tali figure alternativamente previste dal comma secondo, lett. d) della disposizione in esame, essendo invero previsto che l'interessato possa

⁴⁴ In proposito, occorre ricordare quegli accertamenti che sono attualmente consentiti in materia di **violenza sessuale e pedofilia**. L' art. 16 l. 15 febbraio 1996 n. 66 ha imposto all'imputato per i gravi delitti ivi indicati (artt. 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p.) l'obbligo di sottoporsi "con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime". Successivamente, l'art. 15 l. 3 agosto 1998 n. 269 ha interpolato il citato art. 16 estendendo tale ipotesi particolare di perizia all'imputato per il delitto di cui all'art. 600 *bis* c. 2 c.p.. Si tratta di un esame "coattivo", che si svolge nell'interesse della salute della persona offesa, e che, per espressa disposizione di legge, deve aver luogo “con le forme della perizia”. In ogni caso, la specifica finalizzazione giudiziaria dell'indagine, sia essa esclusiva o non, e il fatto che si tratti di accertamento idoneo ad incidere sulla libertà personale, consentono di ricondurre la fattispecie alle norme di cui alla nuova disciplina introdotta ex L. 85/2009 (v. *infra*).

indifferentemente avvalersi di una di esse con obbligo, in ogni caso, per il giudice di avvisarlo indicando la relativa facoltà nell'ordinanza ammissiva "a pena di nullità". Non sembrerebbe, dunque, agevole, comprendere la ragione per la quale la nullità consegua solo alla mancata assistenza del difensore nominato e non anche a quella della persona di fiducia, posto che in entrambi i casi si tratterebbe di un'ipotesi di nullità derivante dalla violazione dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen. derivante dalla mancata "assistenza" dell'imputato – indagato.

La scelta del legislatore, a ben vedere, appare razionale in quanto ispirata alla esigenza di garantire la difesa tecnica dell'indagato – imputato.

Nullità

L' art. 224 *bis* commina una nullità speciale, sia qualora l'ordinanza che dispone la perizia non rechi il contenuto tassativo che è stabilito dal c. 2 (art. 224 *bis* c. 2, 1° periodo), sia qualora la persona interessata abbia nominato un difensore e questi non assista all'attività peritale (art. 224 *bis* c. 7).

Il regime della nullità varia a seconda dell'individuo da sottoporre a simili attività.

Se si tratta di una **parte privata diversa dall'imputato**, la nullità è sempre di tipo intermedio, ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 180. Trattandosi di nullità di ordine generale, ma non assoluta, la stessa è soggetta all'ordinario regime di deducibilità e di sanatoria di cui al combinato disposto degli artt. 182 e 183 cod. proc. pen.

Se si tratta dell'**imputato** o dell'**indagato** la nullità che concerne il contenuto dell'ordinanza è di tipo intermedio, mentre l'assenza del difensore alle attività peritali parrebbe rientrare nelle nullità assolute di cui all' art. 179.

Qualora il periziando sia una persona estranea al procedimento, la nullità è di tipo relativo [Tonini; Conti].

Inutilizzabilità

La nullità non è l'unica sanzione processuale posta a presidio delle norme in tema di accertamenti coattivi. Fuori dalle ipotesi in cui l'art. 224 *bis* commina espressamente tale conseguenza, può infatti prospettarsi il più grave vizio della inutilizzabilità.

A tale conclusione si perviene ove si tenga conto degli interessi sottesi alla materia in oggetto.

Poiché la limitazione della libertà personale è vietata salvo ciò che è espressamente consentito nei casi e modi previsti dal legislatore, qualora non siano rispettate le regole stabilite dalla legge siamo in presenza di atti vietati. Si faccia il caso in cui venga disposto un accertamento coattivo per reati diversi da quelli espressamente previsti o in assenza del requisito della indispensabilità per la prova dei fatti. In casi del genere si configura in capo al giudice quella carenza di potere istruttorio che comporta la radicale inutilizzabilità degli elementi eventualmente raccolti (art. 191 cpp).

Parrebbe che si debba pervenire ad analoghe conclusioni in presenza di accertamenti che non rispettino i limiti probatori stabiliti al comma 4 (operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge, o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità) dell' art. 224 *bis*. In tal caso, a fronte dei nitidi divieti stabiliti dalla norma del comma 4 potrebbe ritenersi operante **l' art. 191 cpp**; avrei dubbi invece per il **comma 5** (le operazioni devono essere eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto; a parità di risultato sono prescelte le tecniche meno invasive) che non pone specifici "divieti".

Tutto questo attiene alla **perizia**. Ma a noi interessa anche, e forse soprattutto, il prelievo coattivo come **atto di indagine**⁴⁵. Ed in tal senso interviene il **nuovo art. 359-bis** c.p.p.

⁴⁵ Quando occorre eseguire accertamenti sulla persona, il p.m. può procedervi direttamente attraverso il proprio consulente tecnico, soltanto se vi è il **consenso** della persona interessata. In tal caso, troverà applicazione l' art. 359 se si

«**Art. 359-bis.** - (Prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi). - 1. Fermo quanto disposto dall'articolo 349, comma 2-bis, quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224-bis e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste.

2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con **decreto motivato** contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224-bis, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore.

3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni degli articoli 132, comma 2 (“[...] in ogni caso la persona non può essere trattenuta oltre le 24 ore”), e 224-bis, commi 2, 4 e 5, si applicano a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite. Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191».

La norma prevede una *species* di accertamento tecnico **ripetibile**.

La lettura della disposizione rivela un istituto in gran parte ricalcato sull'art. 224 bis cpp. **La differenza più vistosa consiste nella diversa utilizzabilità dei risultati: quelli del mezzo di prova confluiranno nel fascicolo per il dibattimento; i risultati dell'atto di indagine esplicheranno efficacia all'interno della fase procedimentale.**

Dunque che accade se nella fase dibattimentale la persona – già sottoposta a prelievo ai sensi dell'art. 359 bis - si rendesse irreperibile? In effetti ove il prelievo effettuato in fase di indagine non sia quantitativamente sufficiente a consentire la ripetizione delle analisi, l'esito dell'accertamento eseguito in fase di indagine resterebbe inutilizzabile (sul punto v. Cass. 2002, imp. Jolibert, v. *infra*)

Qui vi sono aspetti decisamente più problematici.

La norma emula le dinamiche del procedimento cautelare personale, imponendo la convalida giudiziale per le iniziative assunte d'urgenza dal pubblico ministero, ed altrimenti rimettendo il provvedimento coercitivo al giudice.

La norma regola le «operazioni di cui all'art. 224-bis», ma non specifica se l'**accertamento è riservato alle sole indagini per i delitti con pena superiore ai tre anni (come previsto dall'art. 224 bis cpp)**; il che fa sorgere ovviamente dei dubbi, che verosimilmente devono essere risolti nel senso di negare l'esperibilità della consulenza in termini più ampi di quanto concesso al perito in sede dibattimentale.

Non pare vi siano dubbi neppure, in forza dell'art. 27 della legge (abrogazione dell'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 354 c.p.p.), sul fatto che **i prelievi coattivi a fini di accertamento del fatto non possono essere compiuti d'iniziativa dalla polizia giudiziaria.**

Tuttavia l'efficacia di queste garanzie resta pregiudicata dall'inciso iniziale della norma: «fermo quanto disposto all'art. 349 comma 2-bis».

tratta di atti ripetibili e l' art. 360 se l'accertamento tecnico ha natura irripetibile. Quando il prelievo avviene non coattivamente, bensì su consenso dell'interessato, l'atto è ammissibile per **qualsiasi reato** (anche per una contravvenzione); è sufficiente la sola pertinenza e rilevanza, o perfino la mera utilità investigativa; non è posto alcun limite né divieto espresso; non sono previste sanzioni processuali specifiche; non è prevista né la distruzione del campione biologico, né la cancellazione del profilo

Quindi la polizia giudiziaria può ancora prelevare materiale biologico coattivamente, **fuori da ogni necessità urgente**, in base alla mera autorizzazione del PM e senza alcuna convalida giudiziale. C'è da chiedersi quale sarebbe la disciplina dell'atto di indagine compiuto su materiale prelevato in tal modo.

Ciò soprattutto considerando la **gravità delle sanzioni processuali** previste per la violazione della procedura corretta, come descritta dai commi 2, 4 e 5 dell'art. 224-*bis*.

Va poi segnalata la almeno apparente **sproporzione tra gli «arsenali»** che segnano da un lato l'art. 224-*bis*, cioè il procedimento in ambito peritale, e dall'altro l'art. 359-*bis*, cioè la «perizia» del pubblico ministero. In questo secondo caso, come abbiamo appena visto, ogni violazione significativa della norma richiamata porta nullità ed inutilizzabilità.

Infatti in caso di mancata osservanza dei presupposti e dei tempi stabiliti dal codice di rito, tanto quanto all'accertamento (art. 224-*bis*, commi 2, 4 e 5), tanto quanto all'accompagnamento coattivo (art. 132, comma 2), **il prelievo è inutilizzabile** (comma 3) e ciò è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (*ex* art. 191, comma 2).

Non si parla di inutilizzabilità, invece, nella stessa norma richiamata, e le sanzioni espresse di nullità riguardano in quella sede solo i doveri motivazionali del giudice e l'assenza del difensore all'atto del prelievo. Il nucleo «forte» dei divieti, cioè i commi 4 (pratiche pericolose) e 5 (pratiche che offendono la dignità; la stessa norma prescrive inoltre che “a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive”), sembra sprovvisto di sanzione.

Nella norma in commento, a differenza di quanto previsto dal nuovo art. 224 *bis* cpp, non è invece prevista a pena di nullità la mancata assistenza del difensore. Il che ha suscitato perplessità, alla luce del fatto che l'art. 359 *bis* risulta norma nel complesso più “garantita” rispetto all'art. 224 *bis* cpp. La spiegazione è tuttavia semplice, e discende direttamente dal fatto **che il 359 *bis* cpp disciplina accertamenti ripetibili, non utilizzabili in dibattimento, e per i quali non è dunque necessario il contraddittorio (esattamente come avviene per gli accertamenti *ex* art. 359 cpp).**

Pare dunque sarebbe stata preferibile la previsione di un art. 360 *bis* cpp, calibrato sulla disciplina dell'accertamento tecnico irripetibile così da attuare il contraddittorio e conferire al difensore dell'indagato la possibilità di partecipare all'atto di indagine con l'ausilio di un proprio consulente tecnico.

Controlli radiologici coattivi

Alla luce della nuova normativa *ex lege* 85/2009, che espressamente contempla tra gli atti disciplinati e sottoposti al nuovo regime garantito, gli “accertamenti medici”, ci si può chiedere se anche i **controlli radiologici coattivi**, che hanno vissuto, dopo il 1996, in una specie di limbo, debbano ora essere ricondotti sotto il fuoco delle nuove disposizioni (224 *bis* e 359 *bis*).

Una parte della giurisprudenza li qualificava come modalità esecutiva della **perquisizione**, mentre in altri casi veniva evocata la disciplina della **ispezione**. Nell'un caso e nell'altro, evidentemente, l'attività coercitiva in ipotesi necessaria per disporre il corpo dell'indagato con modalità utili all'effettuazione della radiografia trovava la copertura costituzionale dell'art. 13 Cost., a condizione naturalmente che venissero osservate le norme della legge ordinaria che assicurano la conformità al precetto costituzionale.

Si dovrebbe discutere a fondo, però, se la **somministrazione di radiazioni** rendesse l'esame «invasivo», nel senso indicato dalla giurisprudenza costituzionale. Problema che viene risolto in genere, anche a livello di legittimità, con vari argomenti: la corrispondenza dell'esame ad una pratica medica corrente, la minima quantità delle sostanze «inserite» nel corpo della persona, l'assoluta necessità medica dell'accertamento nel caso di buon fondamento dei sospetti che lo suggeriscono (è risaputo che la radiografia è utilizzata, in genere, per verificare la presenza di confezioni di droga nelle viscere o negli orifizi dell'indagato).

Per altro era stato giustamente notato che per accertamenti «biologici» coattivi ma certamente non invasivi, come il prelievo di capelli o saliva, era prescritta fin dal 2005 una autorizzazione del pubblico ministero, che non è invece prescritta, fuori dal caso di perquisizione, dall'art. 103 del d.P.R. 309 del 1990.

Così secondo **Cass. Sez. 4, Sentenza n. 6284 del 02/12/2005 Cc. (dep. 17/02/2006) Rv. 232959 Imputato Euchi**: “In materia di ispezione personale, l'accertamento radiografico è una delle legittime modalità di esecuzione a cui può farsi ricorso coattivamente, purché sia eseguito per mezzo di personale medico specialistico nel rispetto delle corrette metodologie tecniche, non rilevando che il controllo sia esteso così all'interno del corpo umano.”(La Corte ha ritenuto legittimo l'accertamento radiografico disposto coattivamente da personale di polizia giudiziaria della Guardia di Finanza, previa autorizzazione del P.M., nel corso dei controlli previsti dall'art. 103 d.P.R. n. 309 del 1990).⁴⁶

Negli stessi termini, si veda anche **Cass. Sez. 6, Sentenza n. 33988 del 11/07/2005 Cc. (dep. 22/09/2005) Rv. 232234 Imputato: Hombang**, la quale richiede comunque anche la “previa autorizzazione del P.M.”, per la sottoposizione dell'indagato ad esame radiologico, trattandosi di attività diretta non soltanto all'accertamento del reato (nella specie, verificatosi per l'avvenuto rinvenimento degli ovuli, poi fatti espellere in ospedale, sotto il controllo del medico, mediante la somministrazione di lassativi), ma anche alla tutela del diritto alla salute del soggetto.

⁴⁶ Nella motivazione di detta sentenza la Corte ha preso espressamente posizione sulla possibilità di applicare o meno gli arresti della sentenza 238/1996 della Corte Cost.:

“Sostiene in sostanza il ricorrente che sarebbe inutilizzabile il risultato dell'esame radiografico dell'addome - da cui è emersa la presenza di tre corpi estranei - in quanto effettuato senza il suo consenso; richiama al riguardo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996.

L'assunto non può essere condiviso dal momento che **la fattispecie attualmente in esame non può essere ricondotta, ad avviso del Collegio, nell'ambito delle situazioni cui si riferisce il citato precedente.**

Del tutto diversa, come si è detto, è la situazione del presente caso, dovendosi ricomprendere l'effettuazione dell'accertamento radiografico nell'ambito delle facoltà inerenti all'**ispezione personale dell'indagato.**

L'ispezione personale, come è noto, è mezzo di ricerca della prova che consente di procedere ad un controllo, anche coattivo, di una persona, controllo oggettivamente delimitato dalla sua stessa essenza nei limiti dell'"ispezione", e che in tale ambito deve rispettare l'obbligo di una esecuzione rispettosa della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore della persona che vi è sottoposta (art. 245 c.p.p., comma 2).

L'effettuazione di un esame radiografico ben può rientrare, ad avviso del Collegio, nelle modalità esecutive dell'ispezione dato che la radiografia consente soltanto una estensione del controllo attuabile che, attraverso l'uso della tecnica radiologica (o anche di altra tecnica), non è limitato al solo aspetto esterno dell'indagato ma è esteso anche all'"ispezione" all'interno del corpo umano. **In ciò non è ravvisabile alcuna violazione della riserva di legge;**

infatti, da un lato, l'ispezione è atto tipico disciplinato dal codice di rito e, dall'altro, esso non risulta, a differenza della perizia, indeterminato e generico quanto agli ulteriori poteri di accertamento autorizzabili dal magistrato, dal momento che per la stessa natura ed essenza del mezzo in considerazione, i poteri sono oggettivamente limitati a quelli che permettono un esame della persona che vi è sottoposta, nulla di più e nulla di meno essendo possibile con l'ispezione.

Risultano dunque rispettati i due parametri - della riserva di legge e di giurisdizione - richiesti dall'art. 13 Cost. per la legittima limitazione della libertà personale.

Nè l'atto può ritenersi vietato sotto il profilo dell'art. 32 Cost. che garantisce il diritto alla salute e vieta ogni forma di trattamento medico obbligatorio non previsto da apposita disposizione di legge. Ed invero - fermo restando anche a tale riguardo la necessità del rispetto della riserva di legge, che, per quanto sopra detto, risulta nella specie osservata - già da tempo la Corte Costituzionale ha precisato (sentenza n. 307 del 1990 e n. 258 del 1994) che **la norma impone altresì l'osservanza dei limiti derivanti dal rispetto della persona umana; con la precisazione tuttavia che sono al di fuori di tale limite, e non sono dunque incompatibili con l'art. 32 Cost., quei trattamenti che hanno conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili.**

In tali limiti si pone, ad avviso della Corte, la sottoposizione ad una radiografia, tecnica ormai largamente sperimentata e controllata e di uso assolutamente comune e tale che - come peraltro questa Corte ha già avuto modo di precisare con giurisprudenza risalente al precedente codice di rito (sez. 1^a, 27/02/1989 n. 498, Salvan rv. 180897) ma esprimente un principio tuttora valido e che il Collegio condivide - usato secondo corrette metodologie e da persone dotate delle necessarie cognizioni mediche e tecniche, comporta un'esposizione assolutamente irrilevante alle radiazioni che non presentano alcun pericolo di danno per la salute e per l'incolumità fisica dello imputato.”

Ma a voler essere rigorosi, pare si possa dire che, **in caso di mancato assenso dell'indagato l'ispezione coattiva possa al più essere compiuta, non ai sensi dell'art. 103 TULstip (che tra l'altro – si noti – parla solo di perquisizione e non anche di ispezione !), bensì ai sensi degli artt. 244 (“casi e forme delle ispezioni”) e 245 (“Ispezione personale”) c.p.p., previa adozione di apposito decreto motivato da parte del pm (si ricordi che l'art. 354 co. 3 cpp, nell'autorizzare la polizia giudiziaria in caso di urgenza al compimento di accertamenti e rilievi sulle persone, espressamente esclude per essa la possibilità di procedere ad ispezione).**

Inoltre si dovrà avvertire l'interessato della sua **facoltà di farsi assistere da persona di sua fiducia (art. 245 co. 1 c.p.p.)**⁴⁷, sempreché la stessa sia “prontamente reperibile”.

Infine l'ispezione dovrà essere condotta alla presenza del pm ai sensi dell'art. 245 c.p.p., il quale potrà astenersi dall'assistere alle operazioni solo nel caso l'ispezione sia eseguita “per mezzo di un medico” (come accade di norma per l'esecuzione di radiografia).

In ogni caso bisogna anche citare la relazione accompagnativa del **disegno di legge n. 995**, poi confluito insieme ad altri nel testo approvato: in punto di esemplificazione degli accertamenti medici di cui al nuovo art. 224 bis cpp, lo stesso fa espresso riferimento alla radiografia per poi giungere ad escludere “**l'ecografia cui la polizia giudiziaria sottopone un soggetto sospettato di aver ingerito, allo scopo di occultarli, involucri contenenti sostanza stupefacente, trattandosi, in questo caso, (...) di sequestro di corpo del reato a seguito di perquisizione personale, anche con l'ausilio di personale sanitario**”.

Si deve infine osservare che l'eventuale sottoposizione a radiografia dell'indagato in violazione delle garanzie previste dalla legge (ad es.: p.g. che sottopone l'indagato a radiografia senza neppure chiedere previamente autorizzazione al pm) potrebbe avere come conseguenza quella di determinare il sorgere di un procedimento disciplinare in capo agli operanti che hanno compiuto l'accertamento, se non addirittura un procedimento penale per art. 609 (ispezione personale arbitraria). **Ma non la perdita dell'utilizzabilità degli elementi di prova acquisiti attraverso l'ispezione arbitraria (ossia la radiografia coattiva): infatti la sostanza stupefacente contenuta negli ovuli eventualmente presenti nello stomaco dell'indagato, dovrebbe in ogni caso essere sottoposta a sequestro** (ex art. 253 co. 1 cpp secondo cui “l'Autorità Giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti”, o ex art. 321 co. 2 cpp in relazione all'art. 240 co. 2 n. 2) c.p., trattandosi di cose la detenzione delle quali costituisce reato, e pertanto soggette a confisca obbligatoria), **in base al principio “male captum, bene retentum”, ed entrerebbe inevitabilmente a far parte del fascicolo processuale.**

L'accertamento coattivo non ripetibile

E' possibile che tra gli accertamenti coattivi non tipizzati rientrino anche **atti non ripetibili**.

Pertanto, l'accertamento si attingerà in concreto come ripetibile o meno a seconda del **tipo di attività** da porre in essere e della situazione concreta (si pensi al caso in cui l'accertamento debba essere effettuato su di una persona in fin di vita). Analogamente accade quando vi è pericolo di degradazione (causa temperatura, umidità, interazione con altri microrganismi). Può altresì darsi il caso che la quantità di materiale da analizzare sia scarsa. All'evidenza, in quest'ultimo caso si tratterà di un atto non ripetibile giacché è la stessa attività accertativa che brucia il proprio oggetto alla stregua di quanto è previsto dall' art. 117 disp att. e coord. Nelle altre ipotesi prospettate, viceversa, la non ripetibilità sarà data dalla deperibilità della *res* sottoposta all'accertamento che rende l'attività da compiere urgente e non utilmente ripetibile con gli stessi risultati (cfr. art. 360).

Si può ipotizzare, qualora l'atto si configuri come non ripetibile, che **trovino applicazione** in favore della difesa anche **le regole stabilite** dall' art. 360 cpp in merito agli accertamenti non ripetibili (es. potrà essere presente il consulente tecnico del difensore). Altrimenti l'unica alternativa

⁴⁷ Avviso la cui omissione secondo taluni (Galantini) determinerebbe una **nullità a regime intermedio** per violazione del diritto all'assistenza, da intendersi in senso più ampio che semplicemente come diritto all'assistenza tecnica.

possibile, per salvare l'utilizzabilità dell'accertamento, resta l'esperimento di incidente probatorio, espressamente previsto dal modificato comma 2 dell'art. 392 cpp.

Le modifiche agli artt. 133 e 354 cod. proc. pen.

Gli **articoli 26 e 27** novellano, con finalità di **coordinamento**, gli articoli 133 e 354 del codice di procedura penale. In particolare:

a) la novella dell'**articolo 133, comma 1**, è volta a inserire anche "la persona sottoposta all'esame del perito diversa dall'imputato" nell'elenco di soggetti nei confronti dei quali può essere disposto l'accompagnamento coattivo";

b) la novella dell'**art. 354**, sopprime l'ultimo periodo del comma 3. Si tratta della disposizione, introdotta nel 2005 dal D.L. 27 luglio 2005, n. 144 (recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 31 luglio 2005, n. 155"), che consentiva agli agenti di polizia giudiziaria di compiere accertamenti e rilievi urgenti sulle persone nel rispetto delle modalità previste dall'art. 349, comma 2-bis.

La *ratio* della soppressione della disposizione in questione discende dalla circostanza che la stessa viene assorbita dalla nuova disciplina di cui all'art. 359-bis cod. proc. pen. (v. *supra*, art. 25).

Modifiche in tema di incidente probatorio (art. 392 cod. proc. pen.).

L'**articolo 28** modifica l'**articolo 392, comma 2, del codice di rito, in tema di incidente probatorio** così da consentire l'uso di tale strumento di anticipazione nella raccolta della prova anche per l'espletamento di una perizia ai sensi dell'art. 224-bis cod. proc. pen..

Modifiche alle norme di attuazione del cod. proc. pen.

L'**articolo 29** interviene invece sulle **norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale**, introducendovi tre nuovi articoli.

In particolare:

a) l'**articolo 72-bis (Prelievo di campioni biologici e accertamenti medici su minori e su persone incapaci o interdette)** è diretto ad individuare i soggetti che possono validamente esprimere il consenso ovvero negarlo, nel caso in cui la persona da sottoporre al prelievo di campioni biologici o agli accertamenti medici si trovi in stato di incapacità legale o naturale (comma 1). Qualora poi le persone indicate per esprimere il consenso o il dissenso manchino o non siano reperibili o siano in conflitto di interesse con la persona interessata, il consenso è prestato da un curatore speciale nominato dal giudice (comma 2); si applicano le disposizioni di cui agli articoli 224-bis e 359-bis del codice di procedura penale (comma 3);

Molto opinabile, anche nella prospettiva segnata dalla sentenza Marper della CEDU, la **sostanziale omologazione del trattamento dei minori**. Vi sono disposizioni speciali solo per la prestazione del consenso, che esautorano completamente l'interessato (potestà genitoriale, e curatore speciale in caso di conflitto di interessi).

b) l'**articolo 72-ter (Redazione del verbale delle operazioni)**, contiene un richiamo esplicito alle modalità di documentazione degli atti previsti dal codice di procedura penale e fissa un obbligo a carico, di volta in volta, del giudice, del perito, ovvero del consulente tecnico o del pubblico ministero, di menzionare espressamente nel verbale il consenso prestato dalla persona interessata;

c) l'**articolo 72-quater (Distruzione dei campioni biologici)**⁴⁸, disciplina la sorte dei campioni biologici prelevati, prevedendo che in caso di "decreto di archiviazione" ovvero di

⁴⁸ Art. 72-quater. - (Distruzione dei campioni biologici). - 1. All'esito della perizia su campioni biologici, ai sensi dell'articolo 224-bis del codice, il giudice dispone l'immediata distruzione del campione prelevato, salvo che non ritenga la conservazione assolutamente indispensabile. La distruzione è effettuata a cura del perito il quale ha proceduto alla relativa analisi, che ne redige verbale da allegare agli atti.

sentenza “non più soggetta ad impugnazione”, gli stessi debbano essere immediatamente distrutti, a meno che il giudice non ritenga la conservazione assolutamente indispensabile. Alla distruzione dovranno provvedere il consulente o il perito che hanno proceduto alle relative analisi, che dovranno altresì redigere un verbale da allegare agli atti (comma 1). La disposizione esclude comunque la distruzione del campione biologico che sia stato prelevato nel luogo del delitto per il quale si procede (comma 2).

Tale ultima disposizione, si osserva, da un lato sembrerebbe limitare l’obbligo di distruzione dei campioni biologici solo nei casi in cui intervenga un “decreto” di archiviazione (con esclusione, quindi, della “ordinanza” di archiviazione emessa a norma dell’art. 409 cod. proc. pen.) e, dall’altro, non specifica se tale obbligo consegua alla pronuncia della sola sentenza di assoluzione non più impugnabile ovvero di una qualsiasi sentenza irrevocabile. Pare, tuttavia, potersi ritenere in via interpretativa che il riferimento al “decreto” sia frutto più di un’imperfezione linguistica che ad una precisa volontà legislativa, dal momento che proprio l’espletamento della procedura garantita attuata in sede di pieno contraddittorio all’esito dell’udienza camerale definita con l’ordinanza di archiviazione giustifica a maggior ragione l’adozione del provvedimento di distruzione del campione biologico prelevato, sicchè sarebbe stato meglio utilizzare tecnicamente il termine più ampio “provvedimento di archiviazione”.

Quanto, poi, alla formula generica utilizzata dal legislatore (“sentenza non più soggetta ad impugnazione”), tenuto conto della finalità della conservazione del campione di prelievo biologico, pare doversi ritenere che l’apparente genericità del riferimento in realtà consentirebbe di includere nella previsione tutte le sentenze assolutorie emesse a norma dell’art. 13, comma primo, della legge, ad eccezione, dunque, non soltanto delle sentenze assolutorie per difetto di imputabilità ovvero per non punibilità, ma anche di quelle di non luogo a procedere (art. 425 cod. proc. pen.) e di quelle di proscioglimento sia per difetto di una condizione di procedibilità, preesistente o sopravvenuta, che per la presenza di una causa di estinzione del reato.

Se così è, allora, dovrebbe ritenersi – per analogia - che la distruzione dei campioni biologici prelevati non debba seguire nel caso di archiviazione adottata ai sensi dell’art. 411 cod. proc. pen., fatta eccezione per l’ipotesi in cui “il fatto non è previsto dalla legge come reato”, per la quale, come visto, l’art. 13 prevede l’omologa ipotesi assolutoria cui consegue l’obbligo di distruzione.

La disposizione in esame, infine, per quanto concerne il riferimento al provvedimento di archiviazione, appare mal coordinarsi con il disposto dell’**art. 414 cod. proc. pen.** in tema di riapertura delle indagini. Potrebbe, quindi, affermarsi che, in questo caso, il giudice - facendo uso del suo prudente apprezzamento - possa ritenere “*la conservazione (del campione prelevato) assolutamente indispensabile*” ai sensi del comma primo dell’art. 72-*quater* in tutti i casi in cui la notizia di reato risulti infondata, ai sensi dell’art. 125 disp. att. cod. proc. pen., perché gli elementi delle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l’accusa in giudizio, individuandosi in ogni caso quale limite temporale massimo per la conservazione del campione biologico quello di venti anni, come previsto dall’art. 13, ultimo comma.

RIFIUTO DELL’IMPUTATO DI SOTTOPORSI AL PRELIEVO

Naturalmente, l’esecuzione coattiva dei prelievi ed accertamenti medici non si pone quale alternativa sempre percorribile rispetto a quella consensuale.

Basti pensare alle ipotesi in cui la coazione sia esclusa perché:

2. Dopo la definizione del procedimento con decreto di archiviazione o dopo che è stata pronunciata sentenza non più soggetta ad impugnazione, la cancelleria procede, in ogni caso e senza ritardo, alla distruzione dei campioni biologici prelevati ai sensi degli articoli 224-bis e 359-bis del codice» [non anche se prelevati ai sensi dell’art. 349 bis cpp!].

- 1) si verte al di fuori dei "casi" previsti dalla legge (ad es. in caso di accertamenti e/o prelievi invasivi da effettuarsi in relazione a reati colposi o a delitti puniti con pena inferiore ai limiti edittali di cui al nuovo art. 224 bis cpp), come ad es. nel caso in cui si renda necessario un prelievo di materiale biologico da persona che si sospetti aver cagionato un sinistro stradale mortale, al fine della comparazione con il profilo genetico estrapolato dalle macchie di sangue rinvenute sul volante o sull'airbag relativo al conducente; oppure ad es. nel caso in cui l'accertamento non sia "assolutamente indispensabile per la prova dei fatti":
- 2) o per la stessa natura del prelievo o dell'accertamento medico (es. test psichiatrico), in ipotesi implicante la collaborazione attiva della persona da sottoporre all'esame, nel caso specifico non coercibile.
- 3) o non sia praticabile per **irreperibilità dell'interessato**

Rispetto alle situazioni di cui ai punti 1) e 2), in cui si rivela necessaria la collaborazione dell'interessato per procedere all'accertamento, una prima possibile soluzione, *de jure condendo*, potrebbe essere quella secondo cui il rifiuto ingiustificato dell'interessato di assoggettarsi ad accertamenti peritali potrebbe comportare **l'applicazione di sanzioni, di natura disciplinare - dotate di forza dissuasiva nei confronti del terzo estraneo al reato - similmente, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 133 c. 1 cpp nei riguardi del testimone o altro soggetto ivi indicato che senza legittimo impedimento ometta di comparire dinanzi al giudice, o penale, sull'esempio offerto dagli artt. 186 e 187 d.lg. 30 aprile 1992 n. 285, concernenti i reati di guida sotto l'influenza dell'alcool o in stato di alterazione psico-fisica determinata dall'uso di sostanze stupefacenti, ove il rifiuto del conducente del veicolo di sottoporsi agli accertamenti, mediante etilometro, riguardanti la concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata o a quelli, realizzabili mediante il prelievo di liquidi biologici, volti a verificare l'avvenuta assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, è sanzionato - salvo che il fatto non costituisca più grave reato - con le medesime pene previste dall'art. 186 c. 2 (ora co. 2 lett. c).**

Secondo alcuni autori peraltro, per essere efficace rispetto all'imputato, la soluzione dovrebbe comportare la previsione di una pena equivalente a quella stabilita per il reato da accertare, potendo, quindi, ragionevolmente adottarsi solo rispetto a reati di modesta gravità, data l'impossibilità di innalzare oltre una determinata soglia il tetto edittale.

In ogni caso, il dissenso ingiustificato proveniente dall'indagato o dall'imputato potrebbe essere considerato come elemento di prova a suo carico, alla stregua di quanto previsto dall'art. 116 c. 2 c.p.c., e dall'art. 118 c. 2 c.p.c.⁴⁹ (il quale autorizza il giudice civile a desumere "argomenti di prova" dal rifiuto delle parti senza giustificato motivo "di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per la conoscenza dei fatti di causa").

La giurisprudenza di legittimità ha del resto precisato che l'effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 224 cpp ad opera della sentenza n. 238 del 1996 della Corte costituzionale è solo quello di rendere incoercibili, indagini peritali invasive della sfera fisica dell'indagato, dell'imputato o di terzi ma non anche quello di precludere al giudice di trarre elementi di valutazione dal rifiuto dell'imputato di sottoporvisi (C VI 2.6.1997, Mazzola, DPP 1997, 1330)

⁴⁹ peraltro, sul punto, occorre ricordare che Corte Cost. n. 257/1996, *G. Cost.* 1996, p. 2306, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 c. 1 c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta, dopo averne acquisito il consenso, ha avuto modo di puntualizzare che "dall'eventuale diniego, manifestato in questa fase cautelare ed anticipata rispetto all'eventuale giudizio, non può essere tratto alcun elemento di valutazione probatoria";

Così Cass. Sez. 2, Sentenza n. 44624 del 08/07/2004 Ud. (dep. 17/11/2004) Rv. 230245 ha affermato: ***Il rifiuto dell'imputato di consegnare o lasciar prelevare materiale biologico utile alla comparazione del DNA, quando non siano state prospettate allo scopo modalità invasive o comunque lesive dell'integrità e della libertà personale, costituisce, se non motivato con giustificazioni esplicite e fondate, elemento di prova valutabile dal giudice a fini di ricostruzione del fatto, anche in qualità di riscontro individualizzante della chiamata in correità.*** (Fattispecie relativa al rifiuto opposto da persona accusata d'omicidio di consentire la comparazione del proprio DNA con quello ricavabile da alcune formazioni pilifere rinvenute all'interno di un casco che, stando alle dichiarazioni di un collaborante, era stato utilizzato durante l'esecuzione del delitto).

Conf. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 37108 del 20/09/2002 Ud. (dep. 05/11/2002) Rv. 222527 Presidente: D'Urso G. Estensore: Fabbri G. Imputato: **Peddio** e altro. P.M. Monetti V. (Conf.)⁵⁰: ***È legittimamente valutato, come elemento di prova integrativo, il rifiuto ingiustificato dell'imputato a sottoporsi al prelievo necessario per l'esame comparativo del DNA (nella specie sui residui piliferi rinvenuti in un passamontagna utilizzato dall'autore di una rapina a mano armata), in quanto tale rifiuto può essere liberamente apprezzato dal giudice nella formazione del suo convincimento e anche utilizzato come riscontro individualizzante alla chiamata di correo.***

E Cass. Sez. 6, Sentenza n. 1472 del 02/11/1998 Ud. (dep. 04/02/1999) Rv. 213448, Imputato: **Archesso**: ***Qualora l'imputato sia stato sottoposto coattivamente a prelievo di sangue da sottoporre a perizia ematologica, il risultato della prova così conseguita, contrastando con quanto affermato dalla sent. n. 238 del 1996 della Corte cost. ... - è inutilizzabile, e ciò anche qualora il prelievo sia stato effettuato in epoca antecedente alla predetta sentenza, posto che i divieti di utilizzazione probatoria operano fino al momento della decisione e non solo nel momento di acquisizione della prova, in tal modo dovendosi applicare, relativamente a tale materia, il principio "tempus regit actum". Peraltro, il rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi spontaneamente al prelievo, non essendo motivato da ragioni inerenti all'invasione della propria sfera corporale e quindi alla violazione della libertà personale, ma da argomenti pretestuosi, può essere valutato dal giudice come elemento di convincimento (nella specie, come riscontro individualizzante a chiamata di correo).***

Secondo tale orientamento il giudice deve, in primo luogo, valutare i motivi per i quali l'imputato non si sottopone spontaneamente al prelievo di materiali biologici; in secondo luogo se ritiene non convincenti le ragioni del rifiuto, può tenerne conto come elemento di prova anche per determinare la responsabilità penale dell'imputato.

In tutte le decisioni sopra richiamate, la Cassazione fa riferimento alla figura del "riscontro individualizzante alla chiamata di correo" cioè a un elemento aggiuntivo di convincimento la cui funzione è quella di consentire il controllo di attendibilità di una dichiarazione accusatoria.

Al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore impone l'obbligo del riscontro (dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato, dall'imputato in un procedimento connesso o collegato probatoriamente, e dal testimone assistito), **si può attribuire al comportamento ostruzionistico dell'imputato il valore dell'argomento di prova sfavorevole (come ad es. nel caso di menzogna difensiva, secondo Cass. S.U. 22.02.1993, Bompressi).** Tale concetto corrisponde tra l'altro a quello civilistico ex art. 116 co. 2 cpc.

In definitiva **il comportamento processuale dell'imputato, pur potendo essere valutato dal giudice, non può peraltro arrivare mai ad avere l'effetto di invertire l'onere della prova in favore dell'accusa.** Spetta al pubblico ministero provare positivamente il suo assunto e l'onere

⁵⁰ La Corte fu chiamata a pronunciarsi in un caso in cui la responsabilità del PEDDIO, accusato di aver ucciso un uomo nel corso di una rapina a mano armata, era stata affermata sulla base delle dichiarazioni rese da un chiamante in correità (colui che aveva fornito l'arma utilizzata per la rapina, tale Fanni), riscontrate dalle dichiarazioni rese da altri soggetti collaboratori di giustizia. Era stata inoltre affermata la possibilità di valutare, come elemento probatorio aggiuntivo, anche il rifiuto degli imputati a sottoporsi ai prelievi necessari per l'esame comparativo del DNA.

della prova non può dirsi assolto sulla base del semplice comportamento ostruzionistico dell'imputato.

Dunque si è detto che il rifiuto dell'indagato a sottoporsi al prelievo necessario per l'esame comparativo di DNA può essere legittimamente valutato come elemento di prova integrativo. Non mancano però pronunce di segno contrario: si veda, sia pure sotto altro profilo, Cass. sez. II, 24.03.1998, Daccò, CED 210927, secondo cui il rifiuto dell'imputato di farsi prelevare materiale organico, in quanto "esplicazione del diritto di difesa", non può costituire una condotta processuale valutabile come circostanza aggravante, comparabile, a norma dell'art. 69 c.p., con opposti elementi per un giudizio di equivalenza.

In dottrina, si è precisato che il comportamento ostruzionistico diretto a paralizzare l'acquisizione della prova potrebbe avere valenza probatoria solo quando l'imputato assuma la veste di "**oggetto**" di prova rispetto all'esperimento fallito, sempre che il rifiuto di sottostare all'attività probatoria a carattere invasivo non sia giustificato dal superamento dei limiti negativi individuati dalla Corte costituzionale nella vita, nell'incolumità personale, nella salute, nella dignità della persona e nell'intimo della psiche; al contrario, il giudice non può trarre alcuna conseguenza a carico dell'imputato, tutte le volte in cui lo stesso, in quanto "**organo**" di prova, si avvalga del diritto di non collaborare all'accertamento del fatto riconosciuto dagli art. 24 c. 2 e 27 c. 2 Cost.

Nel primo caso – imputato come oggetto di prova – egli è solo una mera realtà fisica sottoposta ad osservazione e versa in condizioni di soggezione rispetto ad atti probatori che riguardano il suo corpo. Ciò accade per esempio nelle perquisizioni, nelle ispezioni, nelle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, ove non occorre che il soggetto collabori al compimento della prova ma deve limitarsi a un *patis*.

Nel secondo caso – imputato come organo di prova - per l'assunzione di una prova è indispensabile la collaborazione dell'imputato. In tal caso all'imputato si richiede un *facere* o un *non facere*, il che si verifica ad es. quando il soggetto deve fare registrare la propria voce sopra un nastro o deve tracciare un segno grafico per una perizia fonica o grafica, oppure deve farsi prelevare campioni biologici (sangue, urina) che richiedono una sua partecipazione attiva, oppure ancora nel caso di interrogatorio della persona sottoposta alle indagini (e in tutti i casi in cui gli si richieda di rendere dichiarazioni). Come organo di prova all'imputato va riconosciuto il diritto a tenere comportamenti non partecipativi rispetto al procedimento probatorio. In queste ipotesi si tende a ritenere che la scelta del soggetto di non collaborare sia espressione del diritto di difesa.

Così il "diritto a non collaborare" dovrebbe essere, secondo tale dottrina, riferito solo all'ipotesi in cui egli sia "organo" di prova.

Ad esempio, a conferma di quanto precede, si può richiamare la sent. Cass. sez. VI, 17.11.1994, Ligresti: in un caso di confronto, per il quale un Tribunale aveva disposto l'accompagnamento coattivo dell'imputato, salva la sua facoltà di non rispondere alle domande, la Corte di Cassazione ha ritenuto che "a differenza del diverso mezzo di prova dell'esame, che si pone come opzione della parte, il confronto non richiede il consenso dell'imputato e può essere disposto suo malgrado, ferma, comunque, la facoltà dello stesso di rifiutarsi di rispondere alle domande del giudice e senza che il suo diritto al silenzio possa pregiudicarlo sul piano probatorio.

Secondo altri poi addirittura non si potrebbe (mai) trarre alcun elemento di prova dal rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottostare all'accertamento tecnico disposto nei suoi confronti, perché ciò contrasterebbe con il disposto dell'art. 27 co. 2 Cost. (l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva): così costoro sostengono che la portata precettiva del principio sancito nell'art. 27 c. 2 Cost. fa sì che l'imputato non "possa, direttamente o indirettamente, essere costretto a collaborare e a fornire prove *contra se*" e "impedisce di trarre conseguenze sfavorevoli da qualsiasi comportamento dell'inquisito posto in essere nel segno della non collaborazione in ordine all'accertamento fattuale *contra se*, **giacché previsioni normative ispirate ad una logica diversa contrasterebbero con la regola dell'onere della prova in capo all'accusa** e con le regole di giudizio intrinsecamente riconnesse alla presunzione *de qua*"; secondo alcuni poi l'indagato, sapendosi innocente, potrebbe rifiutare il prelievo ematico per fuorviare le indagini a favore di terzi;

oppure potrebbe venire in gioco il desiderio di evitare che vengano resi noti una malattia, una tara genetica, un legame familiare, e persino di non contravvenire a un precetto religioso sottoponendosi a prelievo di sangue.

E' interessante peraltro notare che **la Corte europea dei diritti dell'uomo**, di solito sempre molto attenta a tutelare le garanzie difensive, **non pare ritenere che il diritto a non collaborare possa prevalere sull'esigenza di accertamento della verità allorchè la stessa compori l'effettuazione di prelievi non invasivi: arret 17.12.1996, Saunders c. United Kingdom, RIDU 1997, 167, secondo cui "il diritto al silenzio non riguarda l'uso processuale di dati che esistono indipendentemente dalla volontà dell'accusato, come per es. i documenti raccolti in esecuzione di un sequestro, i prelievi di alito, di sangue di urina e di tessuti corporali (pelle) necessari per il test del DNA].**

*"Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le **silence**. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN. (DNA)"*

In senso conforme pure **sent. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 1999, Ortiz c. Spagna**, secondo cui operazioni come prelievo ematico e tests alcolimetrici svolte con finalità probatorie costituiscono mezzi intrusivi estranei all'area protetta del diritto al silenzio, e quindi, in via di principio leciti. Tali operazioni forniscono al processo tutti quei dati che si possono ottenere dall'accusato ricorrendo alla coercizione, ma che esistono indipendentemente dalla volontà del sospettato.

Una ulteriore puntualizzazione giurisprudenziale sul tema riguarda la forma di valida manifestazione del consenso all'esecuzione del prelievo ematico. La Cassazione - in un'ipotesi in cui l'imputato ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 224 co. 2, come modificato dalla sentenza 238/1996 della Corte costituzionale, rilevando che il sangue era stato prelevato all'imputato senza il suo consenso e, comunque, senza informarlo che il prelievo era necessario al fine dell'esame sul DNA, ed assumendo che la relativa prova, in quanto illegittimamente acquisita, non sarebbe stata utilizzabile *ex art.526 c. 1* - pur riconoscendo che a seguito della citata sentenza della Corte delle leggi non era più possibile eseguire il prelievo ematico in forma coattiva, ha osservato però che, non prescrivendo la legge una forma particolare per la validità della prestazione del consenso al prelievo ematico, la prova del libero e incondizionato consenso può essere desunta da qualsiasi elemento diretto e logico idoneo a dimostrare che il prelievo del sangue sia stato eseguito con il pieno consenso di colui che aveva diritto ad opporsi (Cass. sez. I 2.6.1997, Padovano, *DPP* 1997, 951).

Infine, con riferimento al diverso profilo dell'**impugnabilità oggettiva** del provvedimento che disponga prelievi ematici coattivi, la Corte di cassazione, nell'annullare un'ordinanza con la quale il Tribunale per i minorenni aveva disposto nei confronti dell'imputato l'esecuzione di una perizia ematologico-genetica, ha ricordato che ai sensi dell'art. 568 c. 2 sono **sempre soggetti a ricorso per cassazione**, quando non sono altrimenti impugnabili, **i provvedimenti con i quali il giudice decida sulla libertà personale**: provvedimenti tra i quali senza dubbio rientra l'ordinanza dispositiva della perizia ematologico-genetica [C III 10.5.1997, Tasselli, *DPP* 1997, 806].

La questione è comunque superata dalla previsione dell'art. 111 c. 7 Cost. che impone la ricorribilità in cassazione avverso il provvedimento con cui il giudice (o il pubblico ministero) abbia disposto l'esecuzione coattiva delle operazioni (in quanto incidenti sulla libertà personale) [ovvero abbia autorizzato o convalidato l'atto del pubblico ministero (o della polizia giudiziaria).

Una ipotesi ulteriore in cui il prelievo non può essere eseguito coattivamente è quella dell'**irreperibilità dell'indagato**.

La Corte di Cassazione è intervenuta sull'argomento con una importante sentenza (**Sez. I, sent. 14.2.2002, imp. Jolibert, CED 221126**).

Può essere utile sintetizzare il caso perché molto significativo: *Jolibert era un minore che venne sottoposto ad indagini per omicidio grazie alla "soffiata" di una fonte confidenziale. La Corte d'Assise poté giungere alla sua condanna grazie alla comparazione del profilo biologico ricavato da due mozziconi di sigarette fumate dal medesimo con quello ricavato dal sangue dell'aggressore rinvenuto sul luogo del delitto. Purtroppo però l'estrazione del profilo del dna dai mozziconi avvenne omettendo gli avvisi richiesti per gli accertamenti irripetibili ex art. 360, e nel dibattimento il JOLIBERT si rese irreperibile rifiutando di sottoporsi a prelievo ematico, così non permettendo la ripetizione dell'accertamento. Il difensore del JOLIBERT sollevò la relativa eccezione nel dibattimento di primo grado, ed alla Suprema Corte non restò che annullare la condanna, perché fondata su un accertamento inutilizzabile ma posto a fondamento della decisione.*

Da tale sentenza si possono ricavare alcune decisive considerazioni:

- L'accertamento tecnico sul DNA eseguito dalla p.g. nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 348 c.p.p., non può essere utilizzato per la decisione, a norma dell'art. 512 c.p.p., qualora l'analisi comporti una modificazione irreversibile delle cose oggetto di analisi (nella specie mozziconi di sigaretta) e manchi il requisito della irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili. Secondo la Corte infatti **non può essere considerato fatto imprevedibile di natura oggettiva il rifiuto dell'imputato a sottoporsi a prelievo ematico**, e ciò tanto più dopo la sent. n. 238 del 1996 (che si noti, era stata pronunciata circa un anno prima che venissero espletati gli accertamenti biologici sui mozziconi fumati dal JOLIBERT. In sintesi, la Corte ha affermato che **l'accertamento, per essere acquisito al fascicolo del dibattimento, avrebbe dovuto essere eseguito sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 360 c.p.p. e 117 disp. att.: il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievo ematico rientrava infatti tra i suoi diritti costituzionalmente protetti, di talché tale rifiuto non poteva essere considerato fatto imprevedibile di natura oggettiva, ossia un fatto tale da rendere impossibile ex art. 512 cpp la ripetizione dell'accertamento.**

La Corte ha anche affermato: "...trattandosi di accertamento sin dall'inizio non ripetibile con gli stessi elementi di comparazione, si deve escludere che detto accertamento possa essere acquisito al fascicolo del dibattimento, mancando il requisito della imprevedibilità di fatti e di circostanze che ne hanno impedito la ripetizione."

- Nella sentenza JOLIBERT la Corte affermò anche il seguente principio di diritto (invero assai interessante): "...né può dubitarsi della **validità ai fini delle indagini**, del successivo accertamento tecnico sul DNA eseguito dalla CRIMINALPOL di Roma senza le garanzie difensive, trattandosi di accertamento diretto alla identificazione del colpevole. Infatti tale accertamento, indubbiamente ripetibile all'epoca con altro campione ematico, escludeva la necessità di approntare le prescritte garanzie difensive, tanto più che aveva il solo scopo di proseguire le indagini e che, comunque, non avrebbe potuto essere utilizzato in dibattimento come prova."

Il che appare decisivo, perché – stando a quanto affermato seppur incidentalmente dalla Corte – l'inutilizzabilità derivante dal mancato rispetto delle garanzie difensive (360 cpp) sarebbe limitata alla sola fase dibattimentale, con conseguente piena utilizzabilità in fase di indagini, anche ad esempio ai fini dell'adozione di una misura cautelare personale. Il che peraltro è normale perché – nel caso della sentenza JOLIBERT – il Pubblico Ministero non aveva fatto altro che disporre un accertamento ex art. 359 cpp, confidando nell'astratta ripetibilità del medesimo.

Ci si può chiedere allora se *mutatis mutandis*, nel caso di accertamento sul dna in relazione a tracce talmente esigue da non consentire una ripetibilità dell'accertamento, l'eventuale

accertamento eseguito ai sensi dell'art. 359 cpp (sicuramente inutilizzabile in dibattimento), possa essere utilizzato nella sola fase delle indagini. Al quesito pare possa darsi risposta positiva, anche se in tal caso ci troveremmo di fronte all'esecuzione di accertamenti tecnici *ab origine* irripetibili, mentre nel caso del JOLIBERT, l'irripetibilità era derivata da cause sopravvenute (ma non imprevedibili).

PRELIEVI COATTIVI ESEGUITI FUORI DEI CASI CONSENTITI

Quid iuris nel caso in cui la p.g. (come pure il pm) eseguano prelievi coattivi o più in generale sottopongano a restrizioni della libertà fisica l'indagato, in casi o con modalità non consentite?

Certo nei casi più eclatanti sono previste specifiche sanzioni, anche penali (v. ad es. art. 609 c.p. che punisce il pubblico ufficiale che, abusando dei suoi poteri, compie una ispezione o una perquisizione personali arbitrarie).

Ma dal punto di vista della utilizzabilità della prova acquisita in violazione del divieto posto da Corte Cost 238/1996?

La conseguenza giuridica correlata all'inosservanza del divieto è l'inutilizzabilità ex art. 191 dei dati ottenuti attraverso le misure coercitive illegittime.

Tuttavia bisogna tener conto che la conseguenza non è sempre così scontata.

Ad es. la Corte di Cassazione – con riferimento all'ipotesi di sottoposizione coattiva a radiografia – con sent., Sez. 6, n. 33988 del 2005, ha testualmente affermato:

“Non è inutile rammentare, ancora - ma su un piano puramente astratto - che, allorquando la perquisizione sia stata effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non nei "casi" e nei "modi" stabiliti dalla legge, come prescritto dall'art. 13 della Costituzione, si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino, estrinsecabile attraverso il riconoscimento dell'inviolabilità del domicilio; ne consegue che, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa, la perquisizione è nulla e il sequestro eseguito all'esito di essa non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p.⁵¹, nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti (Sez. un., 27 marzo 1996, Sala).

Dunque, l'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge ai fini della legittima acquisizione della prova nel processo non è, di per sé, sufficiente a rendere quest' ultima inutilizzabile, per effetto di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 191 c.p.p..

⁵¹ Art. 253 co. 1 cpp: “l'Autorità Giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti”.