



La catena di custodia e la genuinità della prova nel processo penale

Ordine Avvocati di Novara 11 marzo 2013

Avv. Claudio Bossi

Il presente lavoro ha potuto giovare della preziosa collaborazione delle dottoresse Anna Marcoli e Barbara Martinuzzi

Un tempo parlavano i testimoni; oggi parlano anche - e soprattutto - le cose.
C. Conti

La catena di custodia e la genuinità della prova nel processo penale

Il tema che mi accingo ad affrontare non è di certo fra i più frequenti, e neppure fra i più “analizzati” in dottrina e giurisprudenza.

Spesso il tema viene scambiato con quello, diverso e del tutto incoerente con l’oggetto di questo incontro, delle cosiddette “contestazioni a catena”.

O, in alcuni casi, ricompreso, e parzialmente a ragione, nella più vasta categoria dell’inutilizzabilità della prova.

Categoria generale, quella dell’inutilizzabilità, che trova ragione e fondamento, nel disposto dell’articolo 191 c.p.p.

A ben vedere però, se solo ci si attendesse al disposto dell’articolo 191 c.p.p. ed alla sua lettura, non si potrebbe in alcun caso eccepire inutilizzabilità della prova poiché essa sarebbe stata certamente raccolta/acquisita non in violazione di divieti stabiliti dalla legge.

Le prove acquisite in esito a perquisizioni, ispezioni od in esito ad accertamenti di carattere clinico sono sicuramente acquisite, salvo casi eccezionali, nel rispetto della legge.

E dunque, una semplice lettura della problematica inerente la catena di custodia collegata al disposto dell’articolo 191 c.p.p., non porterebbe a risultati di pregio o di rilievo.

Anche perché, o soprattutto perché, la normativa di riferimento, per utilizzare un’espressione semplice ed immediata, rispetto all’articolo 191 del codice di rito, è costituita dalla violazione delle disposizioni contenute e richiamate dallo stesso codice.

Disposizioni che, vedremo, spesso non sono sufficienti a chiarire i limiti ed i termini della questione.

Non di meno, versandosi in tema procedurale, esistono, e non potrebbe che essere così, norme specifiche di riferimento che consentono all’interprete di poter “costruire ed affrontare” in termini di logica giuridica la problematica evidenziandone confini ed orizzonti.

Le norme che costituiscono le “colonne d’ercole” del tema inerente la catena di custodia possono essere facilmente individuate ed identificate negli articoli:

art. 244 comma II c.p.p., (*“Se il reato non ha lasciato traccia o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati o dispersi, alterati o rimossi, l’autorità giudiziaria descrive lo stato attuale e, in quanto possibile verifica quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni. L’autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”*) riferito a rilievi e ogni operazione tecnica svolta su sistemi informatici o telematici, da eseguire *“adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali ed impedirne l’alterazione”*;

art. 247 comma I-bis c.p.p., (*“Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”*) relativo alle perquisizione dei sistemi informatici e telematici, da effettuare sempre *“adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”*;

art. 254-bis c.p.p., (*“L’autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico e di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, 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. In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere i dati originali”*) relativo al sequestro di dati informatici, che prevede espressamente la possibilità di stabilire che *“la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su un adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità”*;

art. 352 comma 1-bis c.p.p., (*“Nella flagranza del reato, ovvero nei casi di cui al comma 2 quando sussistono i presupposti e le altre condizioni ivi previste gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione, procedono*

altresì alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, quando hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi”) relativo alla perquisizione di sistemi informatici o telematici in flagranza di reato o nelle ipotesi ex art. 352 comma II, sempre da svolgersi in modo da “assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”;

art. 354 comma 2 c.p.p., (*“Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino 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. In relazione ai dati, all’informazione 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. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti”)* relativo agli accertamenti urgenti.

Le norme, almeno a me, paiono fra loro collegate da un filo conduttore che, oltre ad essere facilmente individuabile semanticamente nelle espressioni “adottando misure tecniche dirette ad assicurare”, “una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità” e “assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”, pare manifestarsi, quasi fisicamente, in quella necessità di richiamare l’adozione di metodi condivisi e certi, validati e incontrovertibili, atti a garantire la corretta estrapolazione del dato, la sua immodificabilità e la sua conservazione.

Ecco dunque che, almeno sotto un profilo per così dire “teorico” sempre utile nella vicende di procedura, abbiamo una prima, sommaria e certamente parziale, definizione di catena di custodia: essa attiene a tutte le operazioni, da chiunque e comunque compiute durante le attività inerenti le estrapolazioni di dati e la loro conservazione, ed è finalizzata a verificare che dette attività non siano intervenute sul dato originale

modificandolo o, nella fase di sua conservazione alterandolo o, non rendendone più possibile in epoca successiva alla raccolta, l'analisi.

Un tema, che, come si può vedere appare essere tutt'altro che secondario od inutile.

Pensate ad esempio al mondo della prova cosiddetta "informatica" la "digital evidence" dei sistemi anglosassoni, alla prova inerente le fonoregistrazioni o le videoregistrazioni, a quelle attinenti al prelievo di campioni biologici, ed alle implicazioni che dalla non corretta estrapolazione del dato o dalla sua cattiva conservazione possono derivare, per rendersi conto della importanza assoluta del tema.

Tema che, se consentite, appare ancora di maggior interesse se solo si pensi alla straordinaria ed inarrestabile diffusione della tecnologia telematica e delle connessioni internet.

Quante sono le sostituzioni di identità compiute attraverso il furto dei dati sensibili perpetrato a mezzo di social network ?

Quante le truffe telematiche, quante le operazioni di *fishing* o *pharming*, le clonazioni di documenti o carte di credito, le indebite connessioni, le diffamazioni e/o le ingiurie che staccatesi dal mondo reale vivono e proliferano nel mondo virtuale ?

Ed ancora quanti le illecite interferenze nella vita privata attuate a mezzo di programmi per telefonino, quante le violenze private che si consumano attraverso l'installazione di programmi "mirror" che consentono di controllare i figli, ma anche le mogli, le amanti, i dipendenti e via di seguito ?

Quanti i prelievi di liquidi biologici effettuati ai fini di ricercare e stabilire "il colpevole", o se si vuole, più semplicemente finalizzati a verificare lo stato di ebbrezza ?

Impronte digitali, tracce di ogni genere o tipo costituiscono elementi di prova, o in alcuni casi per loro stessa natura, prove, la cui raccolta/acquisizione, deve necessariamente essere eseguite nel rispetto della norma, o meglio della regola dettata a tal fine.

Ma qual è questa regola e quale natura ha ?

Il problema delle regole

Il codice di procedura, lo strumento che apparentemente dovrebbe presiedere e dettare le regole da applicarsi alla materia, ne contiene, in realtà ben poche.

Anzi, pochissime.

La circostanza potrebbe e forse dovrebbe suscitare una qualche perplessità ed un certo senso di smarrimenti.

Il Legislatore avrebbe dovuto indicare, esplicitamente, metodi e mezzi da utilizzarsi per espletare le attività indicate e, all'esito, ritenerne i risultati ottenuti, acquisiti in conformità alla legge.

Invece la scelta del Legislatore è stata fatta ed è di tenore opposto.

Neppure gli ultimi interventi normativi, effettuati in tema di documento informatico (491 bis c.p.) hanno apportato elementi utili per l'interprete.

Si tratta di una scelta casuale ?

Di una scelta sciagurata ?

Certamente no.

Anzi.

Per comprenderne le ragioni poste alla base di una scelta simile, occorre porre l'attenzione su di alcune osservazioni di carattere "meta giuridico", o, per meglio dire tecnico.

La materia che ci occupa trova ragion d'essere nelle cognizioni tecnico-scientifiche sufficienti e necessaria ad estrarre dalle scaturigini o dalle fonti raccolte in fase di indagine quegli elementi che diverranno prove.

Ora appare evidente come normare, in sede procedurale regole atte a definire ambito e tipologie di attività che si confrontano e traggono origine nel mondo della scienza, con tutto ciò che questo significa soprattutto in relazione alle nuove scoperte ed alla rapida obsolescenze delle stesse.

Si tratta all'evidenza di un'attività non solo del tutto improponibile ma, addirittura, inutile e del tutto controproducente posto che la scelta della "tecnica da utilizzarsi" o della "procedura da seguire" finirebbe con l'essere immediatamente, od in breve tempo, da dichiararsi ormai sorpassata o non più rispondente alla migliori conoscenze disponibili nel patrimonio della comunità scientifica di riferimento.

Ecco allora spiegata l'esigenza del Legislatore di non procedere con indicazioni di carattere tassativo e tassonomico, ma anzi, di riferirsi a criteri di stampo generale rimandando ogni successiva determinazione circa la correttezza e la rispondenza alle migliori delle migliori tecniche rispetto a quelle utilizzate.

Prima di verificare quali siano le "regole" di cui parliamo appare necessario effettuare un'ultima, apparente, divagazione dal tema principale.

Essa ha per oggetto la definizione di prova scientifica.

Ritengo possa condividersi quella proposta dal professor Oreste Dominioni che così la definisce:

"in generale può dirsi si tratti di operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte".

Si tratta di un concetto generale, nel quale, come è facile intuire, sono ricomprese anche quelle regole proprie della fase acquisitiva (assunzione) e valutativa (utilizzo di metodi finalizzati ad ottenere un risultato processualmente ostensibile) di cui deve interessarsi la catena di custodia.

Dunque, la prova scientifica, per essere prova, deve rispondere con espresso riferimento ad ogni suo momento sia esso genetico piuttosto che dialettico, sino a giungere a quello, sottratto alla potestà delle parti poiché affidato al Giudice, inerente e relativo alla valutazione dei risultati ottenuti dalla prova, a regole scientifiche, metodologie tecniche, riconosciute quali affidabili, e utilizzare apparati tecnici affidabili e "manovrati" da soggetti dotati di competenze esperte.

Quindi occorrono:

"caratteri scientifici" per l'ammissione della prova,

"caratteri scientifici" per determinarne la sua assunzione,

"caratteri scientifici" per la sua valutazione.

La definizione delle “regole”

Definire regole “comuni”, “condivise” ed “accettate” ai fini della valutazione dei metodi di raccolta e di conservazione della prova appare essere, allo stato, esigenza del tutto non percepita dal Legislatore.

O, se percepita, certamente non perseguita.

La scelta, o l’immobilità in cui il Legislatore si è “consapevolmente” abbandonato, si rivela, a ben vedere felice e proficua.

L’assenza di una disciplina di carattere positivo vincolante e granitica ha, in effetti, reso maggiormente duttile lo strumento interpretativo a disposizione degli interpreti, rendendolo di fatto materia extra processuale e, ricollegandola, agli epistèmi tipici della scienza.

O, se vogliamo, della filosofia della scienza.

È necessario prendere le mosse, al fine di correttamente inquadrare il tema oggetto dell’incontro, dalla funzione che la scienza, e con essa la prova scientifica, tende ad assumere nel procedimento penale e, segnatamente, alla necessità di distinguere tra le differenti proposizioni scientifiche quelle ritenute ed accettate quali valide e validate dalla comunità di riferimento e quelle che, invece, non sono ancora assurte, o non assurgeranno, mai a tale rango poiché non validate o falsificate.

Il dibattito culturale, e per quel che ci riguarda sostanziale e con immediate ricadute in alcuni casi drammaticamente concrete, può riassumersi nel rapporto-scontro tra positivismo e falsificazione popperiana che ha governato la materia nel secolo scorso e, per ciò che ci riguarda, fatto il proprio ingresso prepotentemente nel sistema giuridico processuale a far tempo dall’introduzione del codice a stampo prevalentemente accusatorio oggi governante la materia.

Nei Paesi di lunga tradizione accusatoria, ove la prova è frutto della dialettica posta in essere dalle parti con riguardo ed in relazione ad ogni singolo aspetto che concorre a formarla ed a renderne intelligibile (rectius ad interpretarla e valutarla) per la giuria (non dotata di ego ipertrofico quale il *peritus peritorum* che conosce il sistema italiano) sono da tempo in uso criteri e canoni atti a distinguere la *good sciences* dalla *junk sciences*.

Quale “scienza”?

La sentenza Daubert

Nel 1993 la Suprema Corte Federale degli Stati Uniti con la pronuncia *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceutical inc.*, pone alcune questioni che costituiscono un vero e proprio punto di svolta in ordine alla disciplina dell’ammissione della prova scientifica e, evidentemente, circa la sua valutazione.

Dalla pronuncia possono ricavarsi quattro differenti problematiche inerenti il rapporto tra “scienza” e processo penale.

Esse riguardano:

- il ruolo del Giudice da intendersi nella duplice funzione relativa alla fase di ammissione della prova scientifica con riferimento alla enucleazione dei requisiti di ammissibilità, ed a quello da esperirsi in relazione alla determinazione dei criteri per stabilire l’affidabilità dei risultati,
- l’evidenziazione dei meccanismi processuali idonei a governare al meglio l’assunzione della prova scientifica con le due esclusive finalità di far recepire in modo corretto il “sapere” tecnico al processo e propiziarne la sua valutazione ragionevole e credibile.

I primi tre presupposti possono essere ricondotti alla fase dell’ammissibilità della prova, (per noi alla fase dettata dagli articoli 189 e 190 del c.p.p.) il quarto alla problematica inerente i criteri di giudizio da seguirsi da parte del Giudice.

O, se si preferisce, alle regole processuali da applicarsi alla prova scientifica che, spesso - almeno in Italia - non rimane mezzo di prova ma trascende nel sostanziare il risultato ottenuto a prova sul contenuto della quale è impossibile contraddire.

Ma quali caratteristiche deve avere la “scienza” processualmente affidabile ?

La pronuncia si occupa, e preoccupa, di fornire alcuni criteri interpretativi al Giudice ai fini di consentire allo stesso di verificare se gli assunti formulati e provenienti da un tecnico, lo “scienziato”, *expert witness* (figura equiparabile al nostro consulente tecnico o perito), siano o meno considerabili quali espressione di principi e regole scientifiche o frutto delle personali opinioni del teste.

Si tratta di un tema di non poco conto che attiene, come abbiamo detto, alla stessa “qualità” della prova e, a ben vedere, al risultato che la stessa può produrre in relazione al procedimento nel quale viene assunta.

Diverso è considerare il risultato della prova semplice opinione di un esperto, altro è dirla frutto di regole scientifiche accettate ed incontrastabili.

Nel primo caso l’opinione è manifestazione di un convincimento proprio e non universalmente riconosciuto, nel secondo invece ci si troverebbe innanzi ***ad un risultato ottenuto e prodotto dalla rigida e corretta applicazione di principi validati e considerati postulati dalla comunità scientifica.***

Proprio ai fini di orientare la scelta del Giudice, la sentenza in commento ha inteso fornire alcuni indici che costituiscono indubitabile ausilio ai fini di stabilire se la prova richiesta, o meglio i presupposti su cui la prova richiesta d’ammissione, possano o meno definirsi scientifici

Ai fini di stabilire se la prova richiesta sia o meno prova scientifica occorre che:

- **essa si basi su di un principio scientifico o della tecnologia ritenuto e considerato valido.**

Non generalmente accettato ma valido.

La differenza, all’evidenza, non è solo terminologica.

- **La conoscenza per dirsi scientifica deve essere “radicata nei metodi e procedimenti della scienza”.**

La testimonianza dell’*expert witness* deve essere ***“sorretta da una corretta metodologia cioè da buoni fondamenti basati su ciò che è conosciuto”.***

- **Il principio scientifico o la metodologia tecnologica oltre ad essere teoricamente validi, devono essere applicati correttamente al caso concreto, ed in grado di apportare conoscenze per la ricostruzione del singolo fatto di cui ci si occupa.**

Deve cioè essere d’ausilio al Giudice.

La ricorrenza dei tre criteri descritti è da verificarsi a cura del Giudice che, negli Stati Uniti, esercita il cosiddetto potere di “gatekeeping”, ovvero decide se ammettere o meno la prova scientifica.

Senza addentrarci in ulteriori analisi, relative alla possibilità per il Giudice statunitense di esercitare detto potere, dobbiamo necessariamente richiamare il disposto degli articoli 189 e 190 del codice di procedura

penale che, almeno ma non solo a me, paiono disegnare una funzione assai simile anche in capo al Giudice Italiano.

La prova scientifica, anche nel procedimento italiano, deve, per essere ritenuta ammissibile, avere caratteristiche e struttura simile a quella richiesta dalla sentenza Daubert, o, se vogliamo, deve poter sorpassare indenne il Daubert test.

Esse deve essere non vietata, non manifestamente superflua o irrilevante, idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti, non compromettere la libertà morale del teste.

La prova scientifica deve dunque essere in grado di **“assicurare l'accertamento dei fatti”**.

Cioè, deve essere ***capace di intervenire sul caso concreto con una specifica forza epistemica atta a fornire una spiegazione (scientifica) dei fatti oggetto della sua applicazione utile ai fini di ricostruire i fatti.***

E in Italia ?

La sentenza Franzoni

Nota al grande pubblico, soprattutto ai “tele vespisti”, nella forma crasica dell’ “è stata lei” o, in quella di stampo più garantista del “non è stata lei” la sentenza Franzoni (Cassazione sezione I 29 luglio 2008) affronta il tema con riferimento alla B.P.A. (*blood patterns analysis*) riconoscendo la validità della prova scientifica, rectius del risultato ottenuto attraverso l’applicazione della legge scientifica, costruita facendo riferimento “all’applicazione di ampiamente collaudate da risalente esperienza” regole proprie di altre scienze (matematica, geometria, fisica, biologia e chimica) che “in quanto universalmente riconosciute ed applicate non richiedono specifici vagli di affidabilità”.

Ovvero, in assenza di riconoscimento di regole universalmente collaudate, la prova scientifica, o meglio i risultati ottenuti dalla “prova scientifica”, debbono essere sottoposti a specifico vaglio di affidabilità.

Ma, ancora una volta l’attenzione del Giudice è attratta dalla regola scientifica e non dalla sua concreta attuazione.

La sentenza Cozzini

“Quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta al giudice prescegliere quella da preferire.

Per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sulle quali essi sono condotti; l’ampiezza, la rigorosità, l’oggettività della ricerca, il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l’ipotesi, sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate; l’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica.

Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Infine, dal punto di vista del giudice, è di preminente rilievo l’identità, l’autorità indiscussa, l’indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, l’finalità per le quali si muove.

Dopo aver valutato l’affidabilità metodologica e l’integrità delle intenzioni, occorre infine valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili

informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato; deve trattarsi, cioè, di una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso.

Gli esperti dovranno essere chiamati non solo ad esprimere il loro personale seppur qualificato giudizio, ma anche a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una "metateoria" in grado di fondare affidabilmente la ricostruzione.

Di tale complessiva indagine il giudice è chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto"

(Cassazione, sez. IV, 13.12.2010)

La Corte pare identificare in modo espresso e davvero chiarissimo quali siano i limiti del rapporto che deve esistere tra scienza e processo penale.

Ovvero cosa possa essere considerato "scienza" per il giudice e, nell'ambito della scienza così definita, quali siano i limiti riservati alla possibilità di scelta del giudice e come detta scelta possa e debba essere motivata.

I limiti, tutti i limiti posti ed indicati dall'interprete, debbono essere necessariamente considerati e di essi deve darsi esplicito atto nella parte motivazionale della sentenza.

In difetto, la pronuncia mancherà di quel rigore, di carattere logico-giuridico, che la rende degna d'ottenere cittadinanza nell'ordinamento.

Non a caso la massima redazionale dell'ufficio massimario si conclude testualmente con il richiamo al giudice "*a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto*".

Con il che, ovvero laddove l'insegnamento della Suprema Corte fosse seguito, e i difensori svolgessero la propria insostituibile funzione di pungolo nel divulgarne conoscenza e applicazione, si potrebbe porre rimedio a quella "*totale abdicazione delle funzioni tipiche del processo innanzi alla Scienza*" che, oltre a costituire personale mio cruccio, pare essere male sempre più dilagante nel processo penale italiano.

Ma, senza neppur dover leggere troppo fra le righe, è possibile individuare, nella pronuncia in questione, un altro interessantissimo aspetto che ci consente, dopo questa rapida disamina e riflessione sulle caratteristiche e sui connotati del rapporto che deve sussistere tra scienza e processo penale, di ritornare al tema centrale della conversazione e di “sciogliere” il dubbio circa il vizio da lamentare avanti al giudice in caso di violazione della catena di custodia.

La catena di custodia: quale vizio ?

Abbiamo visto come spesso la violazione della catena di custodia, sia denunciata quale ricadente nel *genus*, vasto ed a geometria variabile, dell’inutilizzabilità.

La giurisprudenza, in modo pressoché unanime, ritiene, in linea con la sua tendenziale ostilità verso l’applicazione del regime di inutilizzabilità in punto di ammissione della prova, che il vizio fondato sul disposto dell’articolo 191 c.p.p. non possa essere dedotto¹.

Con recentissima pronuncia (Cassazione, sezione III, 33584/2012) la giurisprudenza di legittimità si è espressa in punto affermando l’insussistenza del vizio dedotto, ovvero dell’inutilizzabilità per essere la prova raccolta in violazione di divieti stabiliti dalla legge.

Si legge nella motivazione *“l’unica censura residua, pertanto, a parte generiche illazioni in punto di fatto, peraltro compiutamente esaminate dalla sentenza impugnata, riguarderebbe le modalità di prelievo e conservazione dei reperti, che non sarebbero state rispettose dei parametri elaborati dall’ENFSI.*

*Orbene, anche sul punto la sentenza impugnata ha esaminato in termini assolutamente esaustivi le censure dell’appellante, con osservazioni pienamente condivisibili in punto di diritto, **in ordine alla affermazione secondo la quale il mancato rispetto degli standard indicati dall’ENFSI non rende inutilizzabili come prova gli eventuali campioni repertati, ed in punto di fatto in ordine alla irrilevanza delle asserite violazioni delle***

¹ Cfr. Tribunale di Bologna, sent. n. 1823 del 22.12.2005 (caso “Vierika”): *“In termini generali, quando anche il metodo utilizzato dalla p.g. non dovesse ritenersi conforme alla migliore pratica scientifica, in difetto di prova di una alterazione concreta, conduce a risultati che sono, per il principio di cui all’art. 192 c.p.p., liberamente valutabili dal giudice alla luce del contesto probatorio complessivo (fermo restando che maggiore è la scientificità del metodo scelto, minori saranno i riscontri che il giudice è chiamato a considerare per ritenere attendibili gli esiti delle operazioni tecniche)”. In quest’ultimo caso si pone però sulla difesa l’onere di dimostrare non soltanto il mancato utilizzo delle best practice dell’informatica forense, ma anche di provare (ed è una *probatio diabolica*) effettive e concrete alterazioni del materiale informatico. Cfr., in senso favorevole alla difesa, sentenza del 17.12. 2009 del Tribunale di Vigevano riguardante il ‘caso di Garlasco’ e la sentenza della Cassazione n. 2388 del 16.12.2009.*

prescrizioni dell'ENFSI. Il riferimento della L. 30 giugno 2009, n. 85, art. 11 agli standard raccomandati dall'ENFSI, come affermato nella sentenza impugnata, infatti, riguarda esclusivamente l'inserimento dei reperti e campioni biologici nella banca dati istituita dalla stessa legge per assicurare l'uniformità dei parametri di tipizzazione dei profili genetici"

Dunque, l'omesso rispetto delle linee guida dettate ai fini di compiere l'accertamento scientifico che si trasformerà in prova nel processo penale non rende, per esplicita dichiarazione del Giudice di legittimità, inutilizzabili le prove.

L'affermazione suona, indubitabilmente, ed almeno a prima vista assai dura e in contrasto con quanto sino ad ora sostenuto.

Se la scienza deve possedere le caratteristiche che la Cassazione ha indicato e ricapitolato nella sentenza Cozzini, se il Giudice è obbligato a dar conto delle ragioni che lo hanno indotto a ritenere valida la teoria scientifica prescelta, se detta scelta deve essere spiegata in modo comprensibile, per tutti, come può essere che un vizio nella applicazione delle tecniche necessarie e sufficienti a produrre il risultato attraverso l'utilizzo delle "regole" elaborate dalla teoria scientifica stessa non sia in grado di esplicitare alcuna efficacia nel giudizio penale ?

Per rispondere al quesito è necessario ricordarsi che la Corte di legittimità si esprime su quanto è fatto oggetto di ricorso, ovvero sui motivi per come costruiti e dedotti dalla parte ricorrente.

Ora, appare indubbio che il momento della raccolta della prova, nel caso specifico la raccolta del profilo genetico, non fosse affetto da alcuna violazione di norme dettate dalla legge.

Così come le operazioni effettuate sul reperto prelevato non fossero state condotte in contrasto con disposizioni capace di far scattare la censura prevista dall'articolo 191 del codice di rito.

Nel caso concreto si era verificato un "semplice" non rispetto nell'applicazione di protocolli scientifici elaborati dalla comunità di riferimento che prevedono la compilazione ed il confronti di una serie di campi ai fini di dichiarare il profilo genetico estratto compatibile con quelli da inserire nella "banca del DNA" europea.

Ovvero, il risultato della prova per le modalità con la quale essa era stata effettuata e condotta, non sarebbe stato ritenuto affidabile dalla comunità di riferimento ai fini di essere inserito nella banca dati dei profili genetici.

Cioè, quel profilo per come ricavato non avrebbe potuto essere considerato attribuibile, per gli standard scientifica, con certezza a quello specifico soggetto.

Come ben si può vedere appare in tutta chiarezza come il vizio dedotto, inutilizzabilità della prova, non sia assolutamente conferente.

La prova c'è, è valida ed utilizzabile.

Semmai si tratta di valutarne l'attendibilità e la "scientificità".

Ovvero di effettuare una valutazione della genuinità della prova e del "peso" che essa deve e può assumere nell'ambito del processo decisionale affidato al Giudice.

In altre parole se il risultato dell'accertamento scientifico prodotto nel giudizio possa essere ritenuto in grado di sostenere, oltre i limiti del ragionevole dubbio, la colpevolezza dell'imputato.

Non se la prova sia o meno inutilizzabile, ma come essa debba essere valutata, ovvero se essa risponda, in relazione al procedimento scientifico che ne ha portato alla formazione, a quegli *standards*, a quelle regole, a quelle cautele, che debbono essere considerate dal Giudice affinché egli possa *"... dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto"*

Un vizio dunque differente dall'inutilizzabilità che mi pare di poter identificare nel "vecchio" vizio di motivazione.

Vizio invocabile allorché esista salto logico tra le premesse (attribuzione di validità alla regola scientifica prescelta), le evidenze (mancato rispetto di tutte le regole previste e normate per dare concreta applicazione alla regola scientifica) ed il risultato del ragionamento (prova dichiarata certa).

Il vizio diventa allora evidente: se una teoria scientifica, definita e riconosciuta valida ed accettata, è in grado di fornire spiegazioni attraverso l'applicazione (corretta) di un metodo scientifico, solo la corretta

applicazione di quel metodo scientifico, in tutti i suoi aspetti, sarà in grado di produrre una prova “scientificamente” valida.

E dunque capace di svolgere la funzione che il Legislatore ha attribuito alla prova.

Ove il metodo non sia rispettato il giudice può ben ritenere valida la prova ma nella propria motivazione deve dar conto *“esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione in modo completo e comprensibile a tutti, dell’apprezzamento compiuto”*

Operazione non semplice che finirebbe col risolversi in un falso logico od in una vuota tautologia.

Entrambi vizi del provvedimento ben noti e destinati a cadere sotto la scure della Corte di Cassazione.

Dunque non solo, o non tanto, inutilizzabilità quanto vizio o difetto di motivazione in ordine all’esposizione di quei criteri derivati dalle informazioni scientifiche disponibili al Giudice, che non possono dirsi esposti in modo razionale, completo e comprensibile a tutti se non tengono conto della mancata applicazione o dell’omesso rispetto di quelle regole di condotta previste dalla teoria scientifica di riferimento ai fini di condurre l’analisi da compiersi in modo conforme ai principi esposti ed a considerare attendibile e valido il risultato ottenuto.

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo

Nella CEDU non esistono specifici e diretti riferimenti al rispetto della catena di custodia.

E, per le ragioni esposte, non potrebbe essere diversamente.

Occorre però, facendo perno e riferimento sui criteri dell'equo processo, ovvero del due process law, verificare se essa possa essere utilizzata quale strumento di richiamo e di "regola" anche nella materia che ci occupa.

L'analisi deve partire necessariamente dal contenuto dell'articolo 6 CEDU sancisce il diritto ad un equo processo, stabilendo che :

"1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.

La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza"

Vero è che la Corte di Strasburgo lascia alla discrezionalità del legislatore nazionale la disciplina delle prove, ma entro certi limiti: richiede uno standard di equità e di rispetto del diritto di difesa del procedimento nel suo complesso.

A riguardo si ricordano diverse pronunce, tra le quali la Sentenza CEDU, 13.10.2005 n. 36822 - sez III, che afferma:

" Benché l'art. 6 garantisca il diritto ad un processo equo, non disciplina tuttavia l'ammissibilità delle prove in quanto tali, materia che appartiene in primo luogo al diritto interno (v. la sentenza 12 luglio 1988 nel caso Schenk c. Svizzera, serie A n. 140, par. 45-46).

La missione che la Convenzione affida alla Corte consiste unicamente nel valutare se il procedimento considerato nel suo insieme, compreso il modo di produzione delle prove, abbia rivestito carattere equo e se i diritti della difesa siano stati rispettati (v. la decisione 12 febbraio 2004 nel caso De Lorenzo c. Italia, ricorso n. 69264/01)".

Ancora, la sentenza CEDU 25.09.2011 (P.G. e altro c. Regno Unito) ritiene:

"Nell'ambito della valutazione del carattere "equo" di una procedura penale, la Corte non è competente a pronunciarsi su errori di fatto o di diritto asseritamente commessi da una giurisdizione interna, se non e nella misura in cui tali errori possano aver minacciato diritti e libertà garantiti dalla convenzione. L'art. 6 di quest'ultima non stabilisce alcuna regola in materia di ammissibilità dei mezzi di prova, questione che è principalmente rimessa al diritto interno. La Corte non è chiamata a dire se determinati tipi di prova (ad esempio, le prove assunte "contra legem") potessero o meno essere ammessi e utilizzati. Il ruolo della Corte è semplicemente quello di determinare se, anche alla luce della maniera in cui le prove sono state ottenute e del tipo di "illegalità" dal quale esse sarebbero affette, la procedura nel suo complesso possa considerarsi equa. Nella fattispecie, alcune prove (intercettazioni ambientali) furono ottenute in violazione dell'art. 8 della convenzione (che garantisce il diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e della

corrispondenza), ma non in violazione del diritto interno. Riferendosi a precedenti giurisprudenziali relativi ai casi Schenk c. Svizzera e Khan c. Regno Unito, e rilevando che da un lato i ricorrenti ebbero un'ampia possibilità di contestare l'autenticità e l'utilizzazione delle intercettazioni de quibus agitur e, dall'altro, che queste ultime non costituivano l'unica prova a carico, la Corte ha ritenuto che, nel suo complesso, la procedura penale contro i ricorrenti non aveva violato l'art. 6 § 1 della convenzione”.

Sempre secondo la Corte di Strasburgo, nella sentenza CEDU del 13.10.2005 n. 36822 (Bracci c. Italia):

“La Corte non è dunque competente a pronunciarsi sul punto se le deposizioni dei testimoni siano state validamente ammesse come prove o ancora sulla colpevolezza del ricorrente (v., tra molte altre, la sentenza Lucà c. Italia, ricorso n. 33354/96, par. 38, e Khan c. Regno Unito, ricorso n. 35394/97, par. 34). La missione che la Convenzione affida alla Corte consiste unicamente nel valutare se il procedimento considerato nel suo insieme, compreso il modo di produzione delle prove, abbia rivestito carattere equo e se i diritti della difesa siano stati rispettati (v. la decisione 12 febbraio 2004 nel caso De Lorenzo c. Italia, ricorso n. 69264/01”

Occorre però sottolineare, in tema di digital evidence, l'assunzione e la conservazione della prova informatica sia particolarmente delicata perché un accesso scorretto all'hard disk può compromettere irrimediabilmente la genuinità della prova, senza possibilità per la difesa di provarne la difformità dal dato originale proprio perché quest'ultimo non è più disponibile.

Quindi uno standard minimo di garanzia del diritto di difesa richiede che sia redatto un verbale della catena di custodia atto a vagliare ex post se, e in che misura, le operazioni svolte sul materiale informatico e le modalità di custodia dello stesso abbiano inciso sulla prova.

Diversamente all'accusato è precluso l'esercizio del diritto di difesa con riferimento alla prova informatica, in violazione dell'articolo 6 comma 3 lettera b) della CEDU.

Da sottolineare come tale compressione intollerabile del diritto di difesa non si giustifica nemmeno con un'esigenza di interesse pubblico (cfr. c.d. teoria del bilanciamento, spesso affermata dalla Corte di Strasburgo – ad esempio, seppur nel rapporto tra esigenza pubblica all'accertamento reato/art. 3 CEDU, Jalloh c. Germania, Grande Camera, 11 luglio 2006; in Cass. pen. 2006, p. 3843, n. 1588).

Concludendo non pare davvero esistente un interesse pubblico a mantenere segreta l'attendibilità della prova. Anzi, sussiste l'interesse pubblico opposto a verificarne l'attendibilità.

Del resto costituisce un onere minimo per lo Stato far redigere un verbale di catena di custodia, mentre è una compressione gravissima per l'accusato non potere esercitare compiutamente il diritto di difesa con riferimento alla prova informatica.

Ma quali sono queste regole ? Una prospettiva operativa - protocolli e *guide line*

Il Giudice, nell'ottica che perseguiamo, deve essere aiutato nello svolgere il compito che abbiamo provato a descrivere.

Il tema, davvero di grande interesse e centrale nella ricostruzione dei ruoli e dei compiti processuali e ancor di più dei rapporti tra scienza e diritto ha dato corso alla elaborazione di alcune specifiche linee guida.

Tra le più note certamente quelle elaborate dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali e denominate "Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale".

Ma spesso le linee guida di cui parliamo non hanno genesi ed indicazioni così specifica.

Spesso esse trovano ragione d'essere ed applicazione proprio ed esclusivamente nel campo scientifico che della prova specifica deve occuparsi.

Diventa dunque complesso per il difensore, persino per il più attento difensore, doversi curare del recupero di linee guida circolanti all'interno di una comunità scientifica di riferimento spesso di difficile penetrazione.

Neppure può pensarsi ad un difensore che accampi violazioni, non meglio identificate, di protocolli, non specificati, che la comunità scientifica condivide senza che essi siano portati all'attenzione di Giudice.

I tempi del fragore e del fulgore della retorica d'arringa sono (finalmente ?) lontani nel tempo ed il Giudice è ormai abituato ad un processo di stampo dialettico, accusatorio, connotato dagli obblighi che gravano sulle parti.

Versandosi in ipotesi di "prova" atta confutare quella raccolta da controparte, appare evidente che l'onere di fornirla incomba sulla parte che intende valersene.

Ovvero sulla difesa che, una volta individuata la violazione della catena di custodia dovrà preoccuparsi e premunirsi di disporre delle prove sufficienti ed atte a dimostrare la violazione denunciata.

Dunque individuarla nello specifico e fornire dimostrazione al giudice della sua presenza e delle sua indicazione in protocolli, linee guida, *gold standards*, o protocolli elaborati dalla comunità scientifica di riferimento.

Ancora una volta la difesa non può limitarsi passivamente ad eccepire “la mancanza della prova”, la sua generica “inutilizzabilità” ma deve preoccuparsi di difendere contro provando, in ossequio al dettame etico prima ancora che Costituzionale, che fa del difensore baluardo a garanzia dei diritti.

Insomma, la difesa anche in questo caso è costretta ad abbandonare i lidi della solida e sicura arte della retorica per avventurarsi in quelli certamente meno comodi del confronto dialettico supportato dalla conoscenza.

Un ruolo diverso, certamente, un ruolo cui non siamo ancora abituati ma che, alla luce del progresso tecnologico inarrestabile, dobbiamo prepararci ad assumere sempre con maggior frequenza e capacità.

Ai fini di fornire un piccolissimo contributo allo scopo finale, mi permetto di rassegnare alcuni suggerimenti pratici relativi alle più comuni questioni in tema di catena di custodia.

APPLICAZIONI SETTORIALI

LA PROVA INFORMATICA

La fragilità della prova informatica

L'*hard disk* non è soltanto un'unità di immagazzinamento dati (un contenitore di cariche elettromagnetiche), ma registra (ed è modificato da) le informazioni circa le operazioni svolte dal processore.

Pertanto, se è vero che - in mani esperte - la prova informatica è suscettibile di una vera e propria clonazione (garantita dalla possibilità di scorporare il contenuto rappresentativo dal supporto), un semplice accesso al sistema effettuato senza le opportune cautele può determinare un'irrimediabile alterazione del dato informatico, con conseguente compromissione della genuinità della prova².

L'importanza decisiva delle modalità operative nelle operazioni di estrazione di dati, "clonazione" (tramite "bit stream image") e conservazione (c.d. *chain of custody*)

Le operazioni di apprensione, clonazione, trasporto, custodia del materiale informatico - per lo più collocate nell'ambito delle indagini preliminari - sono decisive per l'integrità della prova. E' quindi essenziale il successivo **contraddittorio** sulle modalità di svolgimento delle stesse.

Presupposto per l'esercizio del contraddittorio su tali attività è che esse siano scrupolosamente registrate in un verbale che indichi puntualmente soggetti che intervengono sul materiale, operazioni svolte, modalità di svolgimento delle stesse, luoghi e modalità di custodia, in modo che sia garantita l'integrale **tracciabilità** del dato informatico (c.d. *catena di custodia*).

Custodia della *digital evidence* sequestrata: normativa di riferimento

La giurisprudenza italiana poco ha approfondito il tema della **custodia** degli *hard disk* e dei cloni sequestrati e/o analizzati.

In generale, è applicabile la disciplina degli **articoli 259, 260, 261** del codice di rito.

² Come riconosciuto dalla celebre sentenza del 17.12. 2009 del Tribunale di Vigevano riguardante il 'caso di Garlasco'.

Secondo tali norme, il materiale sequestrato è custodito presso la cancelleria o la segreteria del Pubblico ministero o – quando ciò sia impossibile o inopportuno – in luogo diverso, secondo modalità predeterminate, occorrendo inoltre la nomina di uno specifico custode del materiale.

In particolare, nel caso di custodia di dati, informazioni, programmi informatici, ai sensi dell'articolo 259 c.p.p. comma II, *“il custode è soggetto all’obbligo di impedirne l’alterazione o l’accesso da parte di terzi, salva in quest’ultimo caso, diversa disposizione dell’autorità giudiziaria. Al custode può essere imposta una cauzione”* (articolo modificato dalla legge n. 48/2008).

Evidentemente il rispetto di tale norma richiederebbe la redazione di un verbale contenente l’indicazione precisa di ogni operazione svolta sul materiale sequestrato, le modalità di svolgimento delle stesse, i nominativi e le qualifiche degli operatori, al fine di poter verificare se il materiale è stato sottoposto a operazioni che possono averlo alterato.

La prassi però non sembra rispettare le norme cautelari che sarebbero imposte da una corretta interpretazione dell’articolo 259 comma II c.p.p.³.

Operazioni effettuate su materiale informatico: accertamento ripetibili o irripetibili?

Il contraddittorio su tutte le delicate operazioni che coinvolgono il dato informatico è destinato, di regola ad intervenire a posteriori, in giudizio, dopo le indagini.

Quindi, secondo parte della dottrina⁴, per garantire a pieno il diritto di difesa almeno le operazioni più delicate di estrazioni di dati dagli *hard disk* e di “clonazione” degli stessi dovrebbero essere considerati “accertamenti tecnici non ripetibili” ex art. 360 c.p.p., con la possibilità per il difensore di nominare un consulente tecnico che partecipi alle operazioni, per valutare se effettivamente le operazioni svolte siano state in grado di garantire la genuinità della prova.

La giurisprudenza ritiene invece che *“l’estrazione dei dati contenuti in un supporto informatico, se eseguita da personale esperto in grado di evitare la perdita dei medesimi dati, costituisce un accertamento tecnico ripetibile”* (Cassazione del 17.12.2009 n. 11863)

³ Cfr. al riguardo G. Vaciago, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell’indagato*, Torino 2012, pp. 85 ss.

⁴ Cfr., ad esempio, L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale in Cassazione Penale*, 2011 (12).

Ancora più categorica l'affermazione della sentenza del 30.04.2009, n. 23035, circa l'attività di stampa di documenti redatti su supporti informatici, secondo cui: *"l'affermazione che l'operazione di estrazione degli appunti del coindagato archiviati nel suo computer costituisse attività irripetibile è priva difatti d'ogni riferimento che consenta di apprezzarne la plausibilità. Mentre è al contrario dato di comune esperienza che la stampa di un qualsiasi documento redatto su supporto informatico è operazione meramente meccanica: riproducibile, teoricamente, all'infinito (cfr. nello stesso senso, Sez. 1^a, sent. n. 12472 del 11.3.2009, Izzo; n. 11503 del 25.2.2009, Dell'Aversano)".*

Ancora, con riferimento - nello specifico - all'attività di estrazione di copia di file da computer, la Corte di Cassazione ritiene che *"è da escludere che l'attività di estrazione di copia i file da un computer costituisca un atto irripetibile (nel senso in precedenza indicato), atteso che 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 di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale.*

La Corte sembrerebbe porre in primo piano le esigenze dettate dall'art. 111 Costituzione, quando afferma che *"la nozione di atto non ripetibile non ha natura ontologica, ma va ricavata dalla disciplina processuale, caratterizzata dal bilanciamento di interessi tra la ricerca della verità nel processo e il sacrificio del principio costituzionale relativo alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti"*, ma nelle conclusioni sopra citate mostra una sottovalutazione dell'estrema delicatezza delle operazioni svolte sui/tramite supporti informatici.

Anche perché, come rileva parte della dottrina, potrebbe risultare estremamente difficile far rilevare in giudizio l'alterazione dei dati, laddove il dato originario (necessario elemento di confronto) sia stato irrimediabilmente modificato dall'operatore di polizia poco avveduto.

La disciplina del codice così come modificata ed integrata dalla L. 28/2008

Quanto sopra espresso alla luce dei principi generali del sistema penal-processualistico va calibrato sulle novità introdotte in tema di prova informatica con la Legge n. 28 del 2008, che ha ratificato la Convenzione di Budapest sul *cybercrime*.

In particolare tra le più importanti novità introdotte con la succitata legge vanno ricordati:

- **art. 244 comma II c.p.p.**, riferito a rilievi e ogni operazione tecnica svolta su sistemi informatici o telematici, da eseguire *“adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali ed impedirne l’alterazione”*;
- **art. 247 comma I-bis c.p.p.**, relativo alle perquisizione dei sistemi informatici e telematici, da effettuare sempre *“adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”*;
- **art. 254-bis c.p.p.**, relativo al sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, che prevede espressamente la possibilità di stabilire che *“la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su un adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità”*;
- **art. 259 comma 2 c.p.p.** - già sopra citato - riguardante la custodia delle cose sequestrate;
- **art. 352 comma 1-bis c.p.p.**, relativo alla perquisizione di sistemi informatici o telematici in flagranza di reato o nelle ipotesi ex art. 352 comma II, sempre da svolgersi in modo da *“assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione”*;
- **art. 354 comma 2 c.p.p.**, relativo agli accertamenti urgenti, che stabilisce: *“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”*.

Tali norme, seppur chiare e categoriche nella loro **ratio essenziale** (garantire la genuinità della prova) necessitano, per avere un ruolo nel processo penale, di essere declinate secondo le indicazioni operative dell’informatica forense.

Necessità di integrazione della disciplina ex L. 28/2008 con le *best practice* dell’informatica forense

Già il provvedimento che dispone il sequestro dovrebbe indicare le modalità di esecuzione dello stesso, in modo da “imbrigliare” l’attività della polizia giudiziaria negli *standard* richiesti dall’informatica forense in attuazione dell’ 254-bis c.p.p.⁵

Lo stesso dovrebbe valere per le modalità di conservazione del materiale informatico, in attuazione dell’articolo 259 comma II c.p.p., che prevede esplicitamente un obbligo di impedire l’alterazione del dato e l’accesso di terzi (salvo, per quest’ultima ipotesi, casi eccezionali).

Il **contraddittorio** tra le parti dovrebbe essere momento fondamentale per valutare che le operazioni sul materiale informatico e le modalità di conservazione dello stesso siano tali da assicurare la genuinità della prova, secondo quanto richiesto dalla legge 28/2008. Ciò avviene discutendo le *best practice*⁶ dell’informatica forense rilevanti nel caso di specie: il contraddittorio avrà quindi anche la funzione di perimetrare i modelli operativi per l’attività di indagine⁷.

Punto di riferimento per individuare le linee guida in tema di informatica forense possono essere i protocolli ENFSI – *European Network of Forensic Science Institute* (www.enfsi.eu).

⁵ In tal senso anche Francesca Maria Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico in Cassazione penale*, 2012 (2).

⁶ “Raccolte formalizzate di standard, principi, prassi esempi, di cui si suggerisce l’utilizzo sottoposte continuamente a studi, approfondimenti, revisioni” (cit., *ibidem*).

⁷ Con un rischio di incertezza: “il punto critico si evidenzia nel rischio di una selezione giudiziale delle *best practice* così da creare discrezionalmente dei divieti in capo a quelle che siano ritenute più adeguate ai singoli casi” (cit. Novella Galantini, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente in Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012 (1), pp. 64 ss.). D’altra parte, una cristallizzazione legislativa delle *best practice* rilevanti irrigidirebbe in maniera intollerabile il sistema normativo, che va invece continuamente concretizzato tenendo conto dei mutamenti dello stato dell’informatica forense.

PRELIEVI EMATICI IN TEMA DI ACCERTAMENTO DELLO STATO DI EBREZZA

Il legislatore con la Legge n. 120 del 29 luglio 2010 ha modificato il Codice della Strada introducendo la possibilità di sottoporre i conducenti ad accertamenti basati sul prelievo dal cavo orale di saliva, oltre a quello ematico (art. 187 comma 2 bis CdS).

La materia è disciplinata dal Protocollo operativo alcool, stilato dal Ministero dell'Interno di concerto con quello della Salute e dei Trasporti sulla base del 5° comma dell'art. 186 CdS.

Osservando il procedimento, il primo accertamento rimane quello dell'analisi dell'aria alveolare espirata effettuato on-site dalle forze di Polizia.

Queste sono dotate di etilometro "Drager 7110 MKIII" con lettura spettrofotometrica di assorbimento a raggi infrarossi omologato dal Ministero dei Trasporti e che deve necessariamente ricoprire le caratteristiche stabilite dall'art. 379 del regolamento di esecuzione del C.d.S.

Nel caso in cui non sia possibile procedere con gli accertamenti in tale modalità a causa di mancanza di apparecchiature adeguate o delle condizioni del conducente allora l'accertamento sarà fatto presso le strutture ospedaliere autorizzate e consisterà nel prelievamento ematico.

Ciò prevede, però, che vi sia il consenso da parte del soggetto interessato, altrimenti si tratterebbe di atto invasivo ed illegittimo.

Le procedure relative al prelievo ematico sono contenute nel Protocollo operativo alcool il quale stabilisce:"(..) *tutte le fasi manipolative cui è sottoposto il campione dal momento del prelievo all'esecuzione dei test diagnostici di screening e di controanalisi, nonché i dati relativi alle caratteristiche del campione, alle condizioni di conservazione, alle finalità di ogni intervento analitico, al trasferimento del campione a strutture sanitarie diverse da quella primaria in cui è stato effettuato il prelievo, devono essere adeguatamente documentate secondo la modulistica appositamente predisposta che è allegata al presente protocollo operativo (..)*".

La validità dei risultati di laboratorio, in caso di indagini con valenza medico-legale, infatti, non dipende solo dall'adeguatezza del processo analitico, ma anche dalla prova dell'integrità del campione, dal momento del prelievo sino al completamento dell'analisi e alla distruzione del campione.

Questo è quanto è stato definito **catena di custodia** nelle “Linee guida per i laboratori di analisi di sostanze d’abuso con finalità tossicologico-forensi e medico-legali” del Gruppo Tossicologici Forensi Italiani revisionata nel marzo 2010: *“la procedura documentata atta a garantire l’autenticità, l’integrità e la tracciabilità di un campione dal momento del prelievo/raccolta sino allo smaltimento; essa deve permettere, tra l’altro, di ricostruire l’iter del campione all’interno del Laboratorio, di conoscere in ogni momento l’ubicazione, di identificarlo in maniera inequivocabile, di conservarlo correttamente e di verificare la correttezza delle condizioni di conservazione, di preservarlo in tutte le fasi di manomissione e adulterazioni volontarie o involontarie, nonché di individuare tutte le movimentazioni e manipolazioni del campione, in quali date e da quali soggetti esse sono state eseguite”⁸.*

Prelievo di mucosa salivare

Con la Legge n. 120/2010 è stata, inoltre, introdotta la possibilità di sottoporre i conducenti al prelievo di mucosa dal cavo orale⁹ da parte del personale sanitario ausiliario delle forze di polizia ex art. 187 comma 2-bis CdS.

Le modalità per l’espletamento avrebbero dovuto essere definite mediante decreto interministeriale approvato poi dal Dipartimento per le politiche anti-droga e dal consiglio Superiore di Sanità.

Ciò ad oggi non è ancora avvenuto e nemmeno la giurisprudenza si è pronunciata in merito.

L’unica indicazione riscontrabile si ritrova in una circolare del Ministero dell’Interno del 16 marzo 2012 nella quale si afferma che il prelievo salivare è illegittimo proprio a causa della mancanza del decreto interministeriale ma anche e soprattutto perché ritenuto inadeguato all’accertamento del reato in questione.

Il prelievo e la sua analisi, infatti, devono effettuarsi secondo modalità stabilite e in condizioni di sicurezza e affidabilità, pertanto nel rispetto del consenso dell’interessato, del campionamento in almeno tre aliquote, della catena di custodia, dell’analisi e screening, dell’analisi di conferma, ecc..

⁸ B. Cirillo, “Guida in stato di alterazione da alcool e sostanze stupefacenti”, Milano, pp. 63 e ss.

⁹ Cfr. AA.VV., *Nuove disposizioni del codice della strada in tema di alcool e sostanza stupefacenti. Problematiche accertative e doveri dei sanitari*, in *Rivista italiana di medicina legale*, fascicolo 2, 2011, pp. 321 ss. e P. Cipolla, *Le principali questioni in materia di reati stradali in Giurisprudenza di merito*, fascicolo 5, 2012, pp. 1230 ss.

Oltretutto, se l'accertamento preliminare fosse svolto su saliva, per provare l'assunzione di sostanze sarebbe comunque dirimente l'esame del sangue o delle urine, che deve a sua volta essere supportato dalla prova dello stato attuale di alterazione.

Non potrebbe fondarsi una sentenza di condanna sul solo accertamento salivare poiché, come già detto, la procedura è subordinata all'emissione di un decreto non ancora operante e, inoltre, non vi è sicurezza sui rilievi scientifici di suddetta indagine.

Nella stessa direzione si sono mossi i componenti del progetto DUIR (*Drive under the influence of Drugs, Alcohol and Medicines* a cui partecipano 37 istituzioni accademiche, di ricerca, mediche e governative e 19 Stati europei), che hanno messo l'accento sulle problematiche che affliggono il prelievo salivare, così riassumendole:

- 1** Assenza di procedure standardizzate per il prelievo;
- 2** Frequente esiguità del campione rispetto a matrici convenzionali con conseguente limitazione di analisi multi-classe e di eventuali controanalisi;
- 3** Concentrazione maggiore delle sostanze parenti rispetto ai metaboliti, rilevabili a basse concentrazioni se non talvolta assenti;
- 4** Variabilità del rapporto fra concentrazione salivare ed ematica, in funzione di variabilità del pH salivare, a sua volta dipendente dalla velocità di produzione della saliva;
- 5** Possibilità di contaminazione orale a seguito di assunzione endonasale o inalatoria di una sostanza, con conseguente aumento della concentrazione salivare della stessa, indipendente dalla concentrazione ematica.

La riorganizzazione dei controlli tossicologici presuppone, pertanto, che sia studiato un unico procedimento uniforme e standardizzato per criteri d'intervento, modalità di esame clinico e prelievo di campioni biologici, garanzia della catena di custodia, metodiche analitiche, criteriologia valutativa.

Tale scopo vede il necessario rispetto dei principi organizzativi che da molti anni sono stati adottati e standardizzati in ambito tossicologico forense, oltre alla creazione di un Sistema Nazionale di

Accreditamento che si occupi di organizzare Programmi di Verifica esterna di qualità che dovrebbero verificare il rispetto della procedura accertativa in tutti i suoi passaggi.

INDICE ALLEGATI

- 1) Sentenza Cassazione penale, n. 33584/2012
- 2) Sentenza Cassazione Penale, n. 2388/2009
- 3) L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, Cassazione Penale, 2011 (12)
- 4) N. Galantini, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente* in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012 (1)
- 5) B. Cirillo, *“Guida in stato di alterazione da alcool e sostanze stupefacenti”*, Milano, 2012 (10)
- 6) AA.VV., *Nuove disposizioni del codice della strada in tema di alcool e sostanza stupefacenti. Problematiche accertative e doveri dei sanitari*, in *Rivista italiana di medicina legale*, fascicolo 2, 2011(11)
- 7) P. Cipolla, *Le principali questioni in materia di reati stradali* in *Giurisprudenza di merito*, fascicolo 5, 2012(11)
- 8) L. Luparia, L. Marafioti, *Banca dati del DNA e accertamento penale*, 2010, cap. 9
- 9) C. Bossi *“L’evidenza scientifica nel processo penale ed i criteri di valutazione della prova scientifica: dalla sentenza Daubert alla sentenza Stasi”*