



4/2018

LA CONSULTA INTERVIENE SULLA NOZIONE DI “RILIEVO” APRENDO UNA ZONA GRIGIA NELLA DETERMINAZIONE DEI CONFINI DI APPLICABILITÀ DELL’ART. 360 C.P.P.

Nota a [Corte cost., sent. 26 settembre 2017 \(dep. 15 novembre 2017\), n. 239,](#)
[Pres. Grossi, Red. Lattanzi](#)

di Roberto Valli

Abstract. Il 15 novembre 2017 sono state depositate le motivazioni della sentenza con la quale la Consulta ha respinto la questione della legittimità costituzionale dell’art. 360 c.p.p. nella parte in cui non prevede che anche i rilievi irripetibili – neppure nel caso in cui abbiano ad oggetto il repertamento di materiale biologico per il successivo compimento di analisi genetiche – debbano essere assistiti dalle garanzie partecipative previste dalla stessa norma per gli accertamenti tecnici irripetibili. Sebbene la soluzione offerta dalla Corte Costituzionale appaia in linea con la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, in realtà la pronuncia in esame apre di fatto una nuova questione – relativa all’individuazione dei confini della nozione di rilievo – non scevra di immediati problemi applicativi.

SOMMARIO: 1. L’ordinanza di rimessione. – 2. Rilievi e accertamenti tecnici. – 3. La soluzione adottata dalla Consulta. – 4. Conclusioni.

Premessa.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 239/2017, ha dichiarato l’infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 360 c.p.p. sollevate dalla Corte d’assise d’appello di Roma in relazione agli artt. 111 e 24 Cost., nella parte in cui “non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA”.

1. L'ordinanza di rimessione.

La Corte d'assise d'appello di Roma, in un caso di omicidio e rapina commesso nell'aprile del 2010 ai danni di un'anziana donna all'interno della sua abitazione, aveva ritenuto che l'attività di repertamento delle tracce biologiche rinvenute nell'abitazione della vittima diversi giorni dopo il delitto – quando già il sospettato era stato (*rectius*: avrebbe dovuto essere) iscritto nel registro degli indagati – avrebbe dovuto essere accompagnata dalle garanzie di cui all'art. 360 c.p.p.

La Corte aveva quindi sollevato questione di legittimità costituzionale¹, ritenendo che la norma, non prevedendo l'estensione delle garanzie difensive anche alle delicate attività di rilievo connesse al repertamento di tracce biologiche per la determinazione del profilo del DNA, si ponesse in contrasto con il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.) che deve presiedere alla formazione della prova nel dibattimento, e con il diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.).

In particolare, secondo il giudice rimettente, la distinzione effettuata dalla Corte di Cassazione (che aveva cassato la precedente sentenza della Corte d'assise d'appello di Roma)² tra 'rilievi' e 'accertamenti tecnici', per cui solo rispetto a questi ultimi rileverebbe il requisito dell'irripetibilità, benché conforme a un consolidato orientamento giurisprudenziale, sarebbe di dubbia legittimità costituzionale ove fosse ritenuta applicabile anche ai prelievi di materiale biologico; infatti le operazioni di asporto e raccolta di tracce di materiale genetico non potrebbero qualificarsi come mere attività esecutive, perché gli esperti incaricati di tale asporto e raccolta sono *“tenuti al rispetto [...] di severi protocolli cautelari, quali la delimitazione dei percorsi di accesso e di camminamento, l'uso di tute «ad hoc», il cambiamento di strumenti e dotazione in corso d'opera, il filmaggio delle operazioni”*.

Perciò queste operazioni – secondo il rimettente – non sarebbero omologabili ad altre più tradizionali attività di repertamento. Si sarebbero infatti consolidati nella prassi operativa articolati e sofisticati protocolli³ che, implicando un rilevante tasso di implicazione tecnico-scientifica, non consentirebbero di qualificare tali operazioni come *“meramente materiali e/o esecutive”*, in quanto costituirebbero anch'esse degli

¹ Ordinanza della Terza Sezione della Corte d'assise d'appello di Roma, del 28 settembre 2016.

² Cass., Sez. I, sent. 4 novembre 2014, dep. 12 febbraio 2015, n. 6256, Liberti (non massimata), la quale, richiamando la tradizionale distinzione tracciata dalla giurisprudenza di legittimità tra accertamenti tecnici e rilievi, aveva ritenuto erronea la valutazione precedentemente operata dalla Corte d'assise d'appello di Roma nella parte in cui aveva preteso espungere *“dal complesso degli elementi di prova oggetto di valutazione [...] i risultati dell'analisi genetica eseguita dai Carabinieri del RIS in relazione alle tracce ematiche repertate in data 5.05.2010”*. La Suprema Corte osservava quindi che *“l'omesso apprezzamento di tali elementi probatori si traduce in una oggettiva lacuna motivazionale della impugnata sentenza”*, e per l'effetto annullava la sentenza impugnata rinviando per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di assise di appello di Roma. La sezione così investita del giudizio di rinvio rimetteva quindi alla Corte Costituzionale la questione di legittimità in commento, relativa alla pretesa parziale incostituzionalità dell'art. 360 c.p.p.

³ Protocolli che, come rilevato dalla Corte d'assise d'appello nell'ordinanza di rimessione, sono *“univocamente indicativi non soltanto della delicatezza e del pericolo di contaminazione fisiologicamente connessi alle operazioni di prelievo, ma anche della necessità, ancor prima dell'attività di asporto, dell'osservanza di cognizioni tecniche volte ad individuare e delimitare delle zone in cui ricercare le tracce di materiale biologico”*.



4/2018

“accertamenti”, pur se di contenuto e profilo diversi dai successivi esami di laboratorio volti alla ricerca del DNA. Inoltre – aggiunge il giudice *a quo* – la riconduzione di siffatte operazioni alla categoria degli accertamenti troverebbe un riscontro normativo nel combinato disposto degli artt. 360 e 364, comma 5, c.p.p. (norma questa che, tra le altre cose, prevede che il p.m., allorché proceda ad ispezione, possa anticipare rispetto al termine di 24 ore di cui al co. 3, o addirittura omettere, l’avviso al difensore – previsto nella prima parte della stessa norma – quando vi sia fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati, facendo comunque salva la facoltà del difensore di intervenire).

Per questa via, data l’irripetibilità delle operazioni di ricerca e repertazione in questione, anche ad esse dovrebbe estendersi *“l’intero regime di garanzia previsto nella rubrica dell’art. 360 c.p.p. appunto per «gli accertamenti non ripetibili», regime di garanzia estrinsecabile nel temporaneo sequestro da parte degli operanti della zona e/o del luogo ove dev’essere operato il prelievo e nella contestuale notifica, prima di effettuare il prelievo, anche «ad horas», all’indagato, dell’avviso che si procederà a siffatto prelievo e dell’avvertenza che ha facoltà di nominare un consulente di sua fiducia”*.

2. Rilievi e accertamenti tecnici.

Prima di esaminare le determinazioni assunte dalla Consulta, a fronte della questione che le è stata posta (come sopra brevemente sintetizzata), pare opportuno verificare quale inquadramento giuridico debba essere riconosciuto ai rilievi ed agli accertamenti tecnici svolti dal pubblico ministero in fase di indagini, ed in particolare agli accertamenti sul DNA, ossia gli accertamenti volti di norma ad estrapolare il profilo genetico relativo a tracce biologiche di interesse investigativo e ad effettuarne la comparazione con il profilo genetico relativo a persone determinate, al fine di formulare un giudizio di compatibilità o incompatibilità.

La prima questione che viene in rilievo è quella relativa alla disciplina giuridica che deve accompagnare l’esecuzione di tali indagini: in particolar modo occorre verificare se alla persona sottoposta alle indagini debbano essere riconosciute alcune garanzie difensive e, in caso positivo, quali. Il problema è strettamente connesso al riconoscimento della possibilità che il pubblico ministero o la polizia giudiziaria possano compiere accertamenti genetici senza previamente avvertire l’indagato e, dunque, a sua insaputa.

A tal proposito occorre distinguere la fase di repertamento delle tracce biologiche, da quella successiva di accertamento tecnico vero e proprio, ossia l’analisi di laboratorio volta all’estrazione, quantificazione, amplificazione e sequenziamento del DNA, ossia all’estrapolazione del profilo genetico riconducibile al “proprietario” della traccia.

In realtà il quesito ora posto – relativo alla necessità di assicurare garanzie partecipative all’indagato – assume pregnante rilevanza già nella fase iniziale di repertamento delle tracce biologiche. Le attività di prelievo e repertamento, tipicamente riconducibili alla categoria dei rilievi, sono infatti tendenzialmente irripetibili: essendo

le stesse prodromiche all'esecuzione delle analisi di laboratorio per la tipizzazione del DNA, si pone il problema se esse debbano essere sussunte sotto il fuoco dell'art. 360 c.p.p., che richiede appunto il previo avviso all'indagato e al suo difensore (oltre che alla persona offesa) per il caso di espletamento di accertamenti tecnici irripetibili.

In proposito appare opportuno verificare il quadro normativo di riferimento, alla luce dell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte, con giurisprudenza, fino ad oggi, assolutamente costante⁴.

L'art. 359 c.p.p. riconosce al rappresentante della pubblica accusa la facoltà di nominare ed avvalersi di consulenti tecnici laddove intenda procedere ad *“accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per la quale sono necessarie specifiche competenze”*⁵; mentre l'art. 360 c.p.p., pur operando un rinvio al precedente art. 359, menziona solamente gli *“accertamenti”* e non anche i rilievi, imponendo al p.m. 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.

Se ne deduce dunque che la procedura garantita ex art. 360 c.p.p. sia dovuta solo per il compimento degli accertamenti tecnici (irripetibili), non anche per l'esecuzione di rilievi (irripetibili), che appunto non sono richiamati dalla norma in commento⁶. È dunque ancor più stringente la necessità di definire i contorni delle due nozioni: è chiaro infatti che dall'inquadramento di un determinato atto nella categoria degli accertamenti tecnici o in quella dei rilievi, discendono conseguenze radicalmente diverse, ove detto atto assuma le caratteristiche dell'irripetibilità⁷: nell'un caso (accertamenti) il difensore e la persona sottoposta alle indagini devono essere avvisati, senza ritardo, del conferimento dell'incarico al consulente, e il difensore ed il consulente di parte eventualmente nominato possono partecipare agli accertamenti; nell'altro caso (rilievi) nessun avviso risulta dovuto e, a tutto voler concedere, il difensore avrà forse facoltà di

⁴ Sul tema, più ampiamente: R. V. O. VALLI, *Indagini scientifiche e ambito applicativo delle garanzie partecipative. L'esclusione dei rilievi e delle altre operazioni materiali*, in *Il Penalista*, focus del 31.08.2017, nonché ID., *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano 2013, 170 e ss.

⁵ Secondo R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, 144, le operazioni materiali di carattere tecnico non appartengono ad una categoria autonoma rispetto a quella dei rilievi: *“i due termini ‘operazione’ e ‘rilievo’ sono impiegati come equivalenti, anche se alle operazioni è assegnata una posizione di carattere residuale rispetto alle forme di rilievo ‘nominato’ (e cioè i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici). Non sembra allora azzardato sostenere che la progressione indicata dall'art. 359 individui una decrescente complessità tecnico-scientifica dell'attività di indagine, di cui le ‘operazioni’ costituirebbero l'ultimo livello”*.

⁶ Cass. Sez. I, sent. 9 maggio 2002, dep. 17 giugno 2002, n. 23156, Rv. 221621, Maisto; conf. Cass., Sez. I, Sentenza n. 4017 del 6 giugno 1997, dep. 24 giugno 1997, n. 4017, Rv. 207857, Pata. In dottrina: R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 150; C. GRILLI, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell'irripetibilità*, in *Cass. Pen.*, 2003, 10, 3102; F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, Torino 2009, 69, dove l'Autore spiega che la non ripetibilità non costituisce l'unico elemento distintivo tra gli artt. 359 e 360 c.p.p.: nel primo il ricorso ai consulenti è facoltativo e nel secondo obbligatorio, *“il che è coesenziale al fatto che il secondo istituto restringe la sua portata ai soli accertamenti, escludendo i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici, i quali, non richiedendo alcuna attività di elaborazione critica, possono tranquillamente essere compiuti da persone idonee”*.

⁷ Si noti infatti che, nel caso di atti ripetibili, la distinzione tra accertamenti tecnici e rilievi - specie per quanto riguarda l'attività del p.m. - non conserva alcuna rilevanza pratica.

assistere all'esecuzione dei rilievi⁸, sempreché riesca a sopraggiungere in tempo per il compimento dell'atto.

In assenza di una definizione legislativa di tali istituti, è grazie soltanto alla elaborazione giurisprudenziale che si sono potute delineare le caratteristiche differenziali delle due nozioni, accertamenti e rilievi: 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. n. 11866/2000, D'Anna⁹), ovvero valutazioni critiche su basi tecnico-scientifiche (Cass. n. 38087/2009¹⁰).

In applicazione di tali principi, pare non dubitabile che il prelievo di un campione biologico in ipotesi presente su oggetti contenenti residui organici (es. su una tazzina di caffè, su un mozzicone di sigaretta o all'interno di un passamontagna)¹¹ sia riconducibile

⁸ Così in caso di rilievi urgenti compiuti in presenza della persona sottoposta ad indagini, *ex artt.* 354, 356 c.p.p., e 114 disp. att. c.p.p.

⁹ Cass. Sez. 5, Sentenza n. 11866 del 29 settembre 2000, dep. 20 novembre 2000, D'Anna; conf.: Cass. Sez. 2, Sentenza n. 45751 del 8 settembre 2016, dep. 31 ottobre 2016, Siino; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18246 del 25 febbraio 2015 dep. 30 aprile 2015, Cedrangolo; Cass., sez. I, sentenza n. 45283, 10 ottobre 2013, dep. 8 novembre 2013; Cass., Sez. II, sentenza n. 33076, 25 luglio 2014, dep. 9 maggio 2014. V. anche: Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2443 del 13 novembre 2007, dep. 16 gennaio 2008, Pannone: “*In tema di indagini preliminari, la nozione di accertamento tecnico concerne non l'attività di raccolta o di prelievo dei dati pertinenti al reato (nel caso di specie, il prelievo di un campione biologico), priva di alcun carattere di invasività, bensì soltanto il loro studio e la loro valutazione critica*”; e Cass. Sez. 2, Sentenza n. 34149 del 10 luglio 2009, dep. 4 settembre 2009, Rv. 244950, Chiesa: “*In tema di indagini preliminari, mentre il rilievo consiste nell'attività di raccolta di dati pertinenti al reato, l'accertamento tecnico si estende al loro studio e valutazione critica secondo canoni tecnico-scientifici*”.

¹⁰ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 38087 del 2 luglio 2009, dep. 28 settembre 2009, Cinti, secondo la quale: “*tanto risulta chiaramente dal dettato normativo che richiama gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p., vale a dire gli 'accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici ed ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze'. Che gli accertamenti previsti siano quelli per i quali sono necessarie valutazioni di carattere tecnico trova conferma nella previsione della nomina di consulenti. L'art. 359 richiamato dall'art. 360 fa riferimento ai 'consulenti tecnici del pubblico ministero' e l'art. 360 medesimo disciplina il conferimento dell'incarico al consulente e la facoltà di nominare consulenti tecnici di parte. Gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p. e (nell'ipotesi di non ripetibilità) dall'art. 360 c.p.p. sono, quindi, indubitabilmente quelli che comportano studio e valutazioni critiche per lo più su basi tecnico-scientifiche. Sono estranei allora alla previsione delle predette norme i rilievi o meri accertamenti che si esauriscono in attività materiale di 'lettura, raccolta e conservazione' e che non richiedono alcuna discrezionalità o preparazione tecnica per la loro valutazione*” (in motivazione, punto 3.1.).

¹¹ Cass. Sentenza n. 2443 del 13 novembre 2007, Pannone, cit.; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14852 del 31 gennaio 2007, dep. 13 aprile 2007, Rv. 237359 Piras. V. anche Cass. sez. 2, Sentenza n. 25688 del 23 maggio 2014, dep. 16 giugno 2014, Rv. 259627, Narducci, in motivazione, relativa ad un caso di rapina pluriaggravata ai danni di un supermercato (commessa da tre soggetti in concorso): un ricorrente (M.) lamentava un vizio di motivazione nella parte in cui l'impugnata sentenza aveva confermato la penale responsabilità del medesimo (M.) in base al mero ritrovamento, su una delle due auto usate per la fuga, di un indumento recante tracce del suo DNA; lamentava inoltre che l'accertamento era stato effettuato senza osservare le garanzie del contraddittorio: “... il prelievo di un campione biologico da un dato indumento è anche ripetibile, non essendo destinato a subire un'irreversibile trasformazione, per effetto della verifica, tale da impedirne la reiterazione. È, poi, un mero rilievo e non un accertamento tecnico perché consiste nella semplice raccolta di dati pertinenti al reato, mentre l'accertamento tecnico ne esegue lo studio e la valutazione critica secondo canoni tecnico - scientifici (cfr. Cass. Sez. 2[^], n. 34149 del 10.7.09, dep. 4.9.09; Cass. Sez. 1[^], n. 14852 del 31.1.07, dep. 13.4.07, rv. 237359; Cass. n. 4523/92, rv. 192570; Cass. n. 301/90, rv. 183648). In breve, nel caso di specie non trova applicazione l'art. 360 c.p.p.”.

alla categoria dei rilievi, mentre è senza dubbio accertamento tecnico l'attività di estrapolazione da quel campione del profilo di DNA e la sua successiva comparazione con altro profilo di interesse investigativo¹².

Chiarita dunque l'inapplicabilità della procedura *ex art.* 360 c.p.p. ai rilievi e operazioni materiali irripetibili, viene tuttavia da chiedersi se, per il compimento di atti rientranti in siffatte categorie, si debbano comunque osservare alcune garanzie difensive, oppure nessuna. L'interrogativo investe in particolar modo i casi di rilievi irripetibili, al di fuori delle ipotesi di urgenza *ex art.* 354 c.p.p.: in tale ultimo caso, la disciplina applicabile è quella dettata dagli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.: la polizia giudiziaria deve avvisare l'indagato – solo se presente – che ha facoltà di farsi assistere da un difensore e il difensore ha facoltà di assistere, senza diritto al preavviso, al compimento delle operazioni. Ai sensi dell'art. 354, co. 1 e 2, c.p.p., però, questa disciplina è operante a rigore solo prima che il p.m. sia intervenuto o abbia assunto la direzione delle indagini, e comunque solo in caso di accertamenti urgenti. A quale regime devono essere sottoposti i rilievi compiuti dalla polizia giudiziaria, dall'ausiliario di p.g. o dal consulente tecnico, dopo che il p.m. è intervenuto o ha comunque assunto la direzione delle indagini?

La Suprema Corte sul punto non ha troppo sottilizzato, limitandosi a indicare il criterio secondo cui, in caso di rilievi irripetibili compiuti dal p.m. direttamente (attraverso l'affidamento di incarico ad un consulente) o delegati dal p.m. alla polizia giudiziaria, nessuna garanzia è dovuta¹³; in caso invece di rilievi irripetibili eseguiti dalla

¹² Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2087 del 10 gennaio 2012, dep. 19 gennaio 2012, Rv. 251775, Bardhaj; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18246 del 25 febbraio 2015, cit.: *"In tema di indagini preliminari, il prelievo del d.n.a. della persona, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, è qualificabile come rilievo tecnico e, in quanto tale, è delegabile ai sensi dell'art. 370 cod. proc. pen., senza la necessità per il suo espletamento dell'osservanza delle garanzie difensive, che vanno, invece, assicurate nella distinta e successiva operazione di identificazione del d.n.a. della persona, attraverso l'utilizzo del materiale genetico repertato, la quale costituisce accertamento tecnico, da qualificarsi ripetibile o meno in base ad una valutazione tecnico-fattuale in ordine alla possibile conservazione dei reperti"*. V. anche Cass. Sez. 2, sentenza n. 43433, del 3 maggio 2017, dep. 21 settembre 2017, in motivazione: *"Nemmeno l'atto di prelievo del campione genetico non implica speciali competenze tecniche comportanti l'esigenza di osservare precise garanzie difensive, necessarie invece per la successiva attività di valutazione dei risultati (Sez. 3, Sentenza n. 25426 del 01/07/2015 -dep. 20/06/2016 Rv. 267097) che è una operazione di confronto sempre ripetibile (Sez. 2, Sentenza n. 2476 del 27/11/2014 - dep. 20/01/2015 Rv. 261866)"*.

¹³ Cass. Sez. 1, Sentenza n. 301 del 9 febbraio 1990, dep. 14 marzo 1990, Rv. 183647, Duraccio: *"La disciplina del titolo IV del libro V del nuovo codice di rito, concernente l'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria (artt. 347-357) attiene soltanto ai compiti ivi previsti e non può riguardare quelle altre attività, che si distinguono sotto il profilo funzionale, che lo stesso organo è chiamato a svolgere in luogo e per conto, oltretutto per delega, del p.m. Per queste ultime il regime è diversamente e separatamente strutturato (titolo V del libro V - artt. 365-377), anche per quanto riguarda gli adempimenti previsti a tutela dei diritti della difesa, che non possono, pertanto, essere mutuati, estensivamente, dalla disposizione di cui all'art. 356, che si applica nei soli casi di attività svolta di iniziativa, ma discendono dalla espressa disciplina di cui all'art. 370, comma secondo, del codice, che impone l'osservanza delle norme di cui agli artt. 364, 365 e 373. Ne consegue che nessuna forma di assistenza è prevista per i semplici rilievi tecnici compiuti per delega del p.m., che se espletati dalla polizia giudiziaria motu proprio, ricadono invece sotto la regola del citato art. 356, con la connessa tutela, ancorché affievolita, del diritto di difesa (con riferimento a tale ultimo aspetto la Cassazione ha escluso che la diversità di disciplina concretizzi un'inammissibile ed incomprensibile difformità di trattamento, rilevando, da un lato, che la diversità dei regimi si fonda su quella dei momenti acquisitivi nonché sulle differenze funzionali caratterizzanti ciascun organo preposto al compimento degli atti di indagine, e, dall'altro, che non*

polizia giudiziaria di iniziativa, sono dovute le garanzie dettate dagli artt. 356 c.p.p. e 114 disp att c.p.p.¹⁴ (si noti peraltro che la polizia giudiziaria di regola non esegue mai di iniziativa operazioni irripetibili fuori dai casi di urgenza, richiedendo in tal caso sempre la previa autorizzazione al p.m., di talché i rilievi in tal modo eseguiti vengono compiuti di fatto sempre su delega dell'autorità inquirente)¹⁵.

In dottrina si sono peraltro levate voci fortemente critiche verso la diversificazione, operata in via giurisprudenziale, della disciplina applicabile ai rilievi rispetto a quella riservata agli accertamenti tecnici. Alcuni Autori criticano così la asserita tendenza della giurisprudenza a “spostare il baricentro degli accertamenti verso quello dei rilievi con evidenti ricadute sul contraddittorio tecnico attivabile dall'indagato”¹⁶, attraverso “l'ampliamento del concetto di rilievo, comprendendovi operazioni di carattere non solo ispettivo o ricognitivo”¹⁷. Altri introducono invece una distinzione tra i rilievi irripetibili perché indifferibili (definiti come rilievi “ora o mai più”) e i rilievi irripetibili per loro stessa natura, perché modificativi dello stato delle cose o dei luoghi (qualificati come rilievi “ora e mai più”), proponendo che solo per i primi possa giustificarsi la mancata adozione di garanzie difensive¹⁸.

è vietato al legislatore disciplinare con modalità diverse il diritto di difesa in rapporto alle singole fasi, ai singoli atti ed alle funzioni e qualificazioni dell'organo che questi debba espletare”. In dottrina, v. C. PARODI, *Natura, funzione e ruolo del consulente tecnico del pubblico ministero*, relazione ad incontro di studi organizzato dal CSM sul tema *Consulenza tecnica e perizia: problemi processuali nell'acquisizione della prova tecnico-scientifica*, Torino, 28.01.2005, 9, che afferma: “emerge con chiarezza che tutto ciò che è semplice ‘acquisizione’ di elementi probatori – anche nei casi in cui si tratti di acquisizione tecnicamente ‘delicata’, come tale esperibile da parte solo di personale di p.g. o da ausiliari ex art 348 c.p.p., qualificati - può avvenire al di fuori dalle forme - e dai limiti - stabiliti dalla disciplina dell'art.360 c.p.p., anche nei casi in cui il ‘prelievo’ o la documentazione della acquisizione siano intrinsecamente irripetibili”.

¹⁴ Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4523 del 10 novembre 1992, dep. 27 novembre 1992, Rv. 192570, Arena: “Esulano ... dall'ambito della consulenza, per rientrare in quello dei rilievi previsti dall'art. 354 cod. proc. pen., tutti quegli accertamenti che si esauriscono in semplici operazioni di carattere materiale. (Nella specie è stata annullata l'ordinanza del giudice del riesame, che in maniera acritica aveva ritenuto, senza verificare l'osservanza delle disposizioni dettate dagli artt. 359 e 360 cod. proc. pen., non utilizzabile la consulenza affidata a funzionari di un Centro Regionale di Polizia Scientifica, avente ad oggetto l'estrapolazione di fotogrammi da una video-cassetta e il raffronto degli stessi con le fotografie di determinate persone, al fine di evidenziare eventuali somiglianze)”.

¹⁵ Ne è riprova il fatto che le pronunce della Suprema Corte che hanno dato luogo all'orientamento consolidato sopra menzionato, sono tutte relative ad ipotesi di rilievi effettuati dalla polizia giudiziaria in caso di urgenza e prima dell'intervento del p.m., e non riguardano casi in cui detti rilievi, di natura irripetibile, siano stati eseguiti successivamente.

¹⁶ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 57.

¹⁷ D. CURTOTTI NAPPI e L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. Pen. Proc.* n. 5/2011, 630. Anche F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 349, ancora nella vigenza del vecchio codice Rocco, contestava come talora i rilievi “mascherino perizie eseguite fuori del contraddittorio”. Inoltre, secondo E. DI SALVO, *Medicina legale e accertamento giudiziale del fatto e dell'eziologia dell'evento*, relazione ad incontro di studi organizzato dal CSM sul tema *Scienze e processo penale*, Roma 27-29 giugno 2011, § 6, dovrebbe applicarsi il disposto dell'art. 360 c.p.p. a tutti gli atti (che richiedono specifiche competenze) irripetibili compiuti dal p.m. o dalla polizia giudiziaria, siano essi accertamenti o semplici rilievi, fatta eccezione per i soli accertamenti urgenti compiuti dalla polizia giudiziaria prima dell'intervento del p.m., sottoposti alla specifica disciplina prevista dall'art. 354 c.p.p..

¹⁸ A. CHELO, *Rilievi irripetibili di p.g. o accertamenti tecnici irripetibili?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2, 2014, 212 (v. anche ID., *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Padova 2014). L'Autore osserva in particolare come, nel caso di rilievi irripetibili ma non indifferibili, da compiersi “ora e



4/2018

La Corte d'assise d'appello di Roma, nella formulazione dell'ordinanza di rimessione, sembra aver tratto ispirazione dalle osservazioni proposte dalla citata dottrina.

3. La soluzione adottata dalla Consulta.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare infondate le questioni poste, ha svolto alcune interessanti osservazioni meritevoli di riflessione ed approfondimento ma, forse, anche passibili di qualche rilievo critico.

La stessa infatti, nella parte principale della motivazione della sentenza in commento, ha ribadito il granitico orientamento della Suprema Corte in punto di distinzione tra accertamenti tecnici e rilievi: *“la Corte di Cassazione in modo costante distingue il «rilievo», che comprende la raccolta o il prelievo dei dati pertinenti al reato, dall'«accertamento tecnico», che riguarda, invece, il loro studio e la loro valutazione critica”*. Ha quindi proseguito offrendo una considerazione difficilmente controvertibile: *“il solo fatto che [l'attività irripetibile svolta] concerne rilievi o prelievi di reperti «utili per la ricerca del DNA» non modifica la natura dell'atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottoposizione a un regime complesso come quello previsto dall'art. 360 cod. proc. pen. [...] Ad esempio, il prelievo di capelli o di peli rinvenuti in posti sotto l'aspetto probatorio significativi non si differenzia dal prelievo di altri reperti e non ci sarebbe ragione di effettuarlo con le forme previste dall'art. 360 cod. proc. pen., come dovrebbe avvenire se si accogliesse la richiesta del giudice rimettente, diretta a rendere applicabile tale disposizione a tutte le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA”*. In effetti non pare revocabile in dubbio che, se la disciplina garantita di cui all'art. 360 c.p.p. si deve applicare solo agli accertamenti tecnici e non anche ai rilievi, la particolare tipologia del rilievo da eseguirsi – concernente nel caso di specie il prelievo di materiale biologico per l'estrapolazione del DNA – non può di per sé comportare che lo stesso assurga ad accertamento tecnico con conseguente sussumibilità nel fuoco del 360 c.p.p.

La Corte ha poi formulato un'ulteriore osservazione, tesa a superare l'obiezione relativa alla presunta maggiore complessità di siffatti rilievi, derivante dalla necessità di rispettare “sostanziosi” protocolli cautelari: *“...l'esistenza – alla quale ha fatto riferimento il giudice rimettente – di protocolli per la ricerca e il prelievo di tracce di materiale biologico può, da un lato, rendere routinaria l'operazione e, dall'altro lato, consentirne il controllo attraverso l'esame critico della prescritta documentazione. E non è privo di rilevanza che nel dibattimento l'imputato abbia la possibilità di verificare e contestare la correttezza dell'operazione anche attraverso l'esame del personale che l'ha eseguita, oltre che dei consulenti tecnici e dell'eventuale perito nominato dal giudice”*.

mai più”, dovrebbero essere dati alle parti gli avvisi riconosciuti ai medesimi dal codice di rito (art. 360 c.p.p.) per il caso di esecuzione di accertamenti tecnici irripetibili: dal ritardo nella loro esecuzione non deriverebbe infatti alcun pregiudizio alle indagini. Tale impostazione è stata da ultimo autorevolmente riproposta da E. APRILE, Osservazioni a C. Cost, data udienza (26 settembre 2017), data deposito 15 novembre 2017, n. 239, Cass. Pen., 2, 2018, 535.

Nell'ottica della Consulta dunque l'esistenza di protocolli in materia di rilievo delle tracce biologiche sulla scena del crimine, lungi dal contribuire ad elevare il tasso di complessità delle operazioni volte al repertamento, renderebbe al contrario le stesse maggiormente "controllabili", sia perché le regole cautelari contenute nel protocollo renderebbero le operazioni in parola sostanzialmente "routinarie", sia perché la positivizzazione delle cautele da seguire in fase di repertamento (quali appunto contenute nel protocollo) offrirebbe un utile termine di paragone per vagliare la correttezza dell'attività compiuta dagli operatori sulla scena del crimine.

Alla luce di tali argomentazioni *"risulta quindi priva di fondamento la tesi del giudice rimettente..."*.

L'orientamento della Suprema Corte che, nel corso degli anni¹⁹, aveva contribuito a chiarire i contorni applicativi dell'art. 360 c.p.p., parrebbe quindi aver trovato l'autorevolissimo avallo della Corte Costituzionale, che lo avrebbe reso ancor più solido di fronte alle obiezioni a più riprese avanzate dalla dottrina.

In realtà non è così, o almeno non del tutto. La Consulta infatti, pur dichiarando infondata la questione di legittimità proposta, e pur ribadendo formalmente i consolidati arresti raggiunti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ha comunque ritenuto di formulare un'ulteriore distinzione, tutta interna alla categoria dei rilievi, aprendo di fatto le porte a un possibile "rimescolamento delle carte". Essa infatti, dopo aver respinto la tesi del giudice rimettente, ha testualmente affermato di non poter escludere però che il prelievo, come altre operazioni di repertazione, *"richieda, in casi particolari, valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare, oltre che non comuni competenze e abilità tecniche per eseguirlo, e in questo caso, ma solo in questo, può ritenersi che quell'atto di indagine costituisca a sua volta oggetto di un accertamento tecnico, prodromico rispetto all'altro da eseguire poi sul reperto prelevato"*. Il che equivale a dire che se il rilievo richiede per la sua corretta esecuzione particolari valutazioni in ordine alla procedura da adottare nonché specifiche competenze tecniche in capo all'esecutore, allora lo stesso muta natura e diviene di fatto un accertamento tecnico, come tale assoggettato alla più severa disciplina del 360 c.p.p.

Tale conclusione merita di essere approfondita.

La Corte delle leggi, per suffragare l'assunto, ha poi citato espressamente una precedente sentenza della Cassazione: *"Infatti, come ha rilevato la Corte di cassazione, possono verificarsi situazioni in cui per la repertazione del campione biologico necessario agli accertamenti peritali si debba ricorrere a tecniche particolari e «in tal caso anche l'attività di*

¹⁹ Ancora durante la vigenza del precedente codice Rocco la Corte di Cassazione aveva più volte sottolineato la distinzione tra il rilievo tecnico e l'accertamento tecnico, precisando che il primo, esaurendosi *"in una mera attività di osservazione e di descrizione diretta all'acquisizione obiettiva di un dato [...] può essere effettuato dalla autorità di polizia senza l'osservazione delle formalità stabilite, nell'istruzione, a garanzia della difesa"* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11606 del 28 giugno 1982, dep. 6 dicembre 1982, Rv. 156481, Tolu; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5893 del 10 gennaio 1980, dep. 10 maggio 1980, Rv. 145240 Leonardi, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7223 del 12 febbraio 1980, dep. 4 giugno 1980, Rv. 145548, Marigo, Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 124 del 22 gennaio 1979, dep. 10 marzo 1979, Rv. 141340, Noli, e Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11072 del 21 novembre 1975, dep. 26 ottobre 1976, Rv. 134673, Strazzelli. Successivamente, dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli dell'88, la Suprema Corte non risulta essersi mai scostata dai suoi precedenti arresti, escludendo sempre l'applicabilità dell'art. 360 c.p.p. in tutti i casi di rilievi o operazioni materiali irripetibili.



4/2018

prelievo assurge alla dignità di operazione tecnica non eseguibile senza il ricorso a competenze specialistiche e dovrà essere compiuta nel rispetto dello statuto che il codice prevede per la acquisizione della prova scientifica» (Corte di cassazione, sezione seconda, 27 novembre 2014, n. 2476/2015)”. Tuttavia, andando a leggere la motivazione della sentenza, emerge come la Suprema Corte, nel passaggio citato, intendesse riferirsi, non già al prelievo di tracce biologiche di interesse investigativo, bensì al prelievo di campioni biologici dalla persona, il quale, ove richieda tecniche particolari nonché l’intervento di personale dotato di specifiche competenze (nella sentenza si porta ad esempio il caso in cui si debba ricorrere a tecniche chirurgiche per acquisire un frammento di un organo interno al fine di verificare l’incidenza di agenti patogeni), deve essere compiuto “nel rispetto dello statuto che il codice prevede per la acquisizione della prova scientifica”, ossia, per l’appunto, mediante la nomina di un consulente tecnico, non anche (la sentenza citata non affronta neppure questa tematica) mediante il ricorso alla disciplina garantita di cui all’art. 360 c.p.p..

In ogni caso, se ciò che distingue il rilievo dall’accertamento tecnico è la natura dell’attività svolta - in un caso mera raccolta di dati materiali, nell’altro valutazione critica di quei dati - allora non si comprende immediatamente come un’attività tipicamente di rilievo (quale il prelievo di una traccia biologica) possa modificare la sua natura solo in ragione della elevata complessità tecnica di realizzazione e delle peculiari competenze conseguentemente richieste all’esperto per la sua esecuzione. Parafrasando l’argomentazione – sopra riportata – che la Consulta stessa ha proposto nella sentenza in commento per rispondere alle deduzioni del giudice rimettente, verrebbe spontaneo obiettare: *“il solo fatto che [l’attività irripetibile] concerne rilievi o prelevamenti di reperti [richiedenti valutazioni e scelte in ordine al procedimento da adottare e non comuni competenze e abilità tecniche] non modifica la natura dell’atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottoposizione a un regime complesso come quello previsto dall’art. 360 cod. proc. pen.”.*

La distinzione in parola offre inoltre il destro a future crescenti contestazioni difensive in ordine alla tipologia di atto compiuto, ossia se di accertamento o rilievo, ed alle garanzie difensive richieste per il suo espletamento. Infatti, se è sufficiente un elevato tasso di complessità tecnica e la presenza di personale specializzato per determinare l’attrazione del rilievo alla categoria dell’accertamento tecnico, è intuibile come possa facilmente essere foriera di dubbi interpretativi l’individuazione della soglia oltre la quale la complessità determina la trasformazione dell’operazione di rilievo in accertamento tecnico, con conseguente necessaria applicazione del regime di cui all’art. 360 c.p.p.

È noto del resto che l’esecuzione di molte attività comunemente definite quali rilievo richiede il compimento di valutazioni in ordine alle modalità esecutive e procedurali: ad es. l’operante di p.g. che esegue il prelievo di materiale biologico depositato su un oggetto, o dei residui di polvere da sparo a mezzo *stub*, o di una impronta dattiloscopica latente, deve valutare rispettivamente come è meglio raccogliere il campione o dove è meglio effettuare il tampone o ancora quali polveri dattiloscopiche impiegare per meglio esaltare l’impronta. Come e quando possiamo definire la valutazione richiesta sufficientemente “tecnica” da risultare essa stessa accertamento



4/2018

tecnico? La Corte Costituzionale in proposito non offre alcuno strumento per risolvere il dubbio. Ma in realtà, a ben guardare, anche la più semplice operazione materiale richiede da parte del soggetto che la esegue, un minimo di valutazione sulle modalità concrete di esecuzione²⁰.

Non per questo però il compimento di valutazioni tecniche – semplici o complesse che siano – è di per sé solo sufficiente per determinare l'attrazione alla categoria degli accertamenti tecnici dell'operazione compiuta.

In realtà, ad un più attento esame, si può notare come l'affermazione proposta dalla Consulta, appaia collegata ad una problematica più profonda, nella quale sembra affondare le sue radici la stessa ordinanza di rimessione proposta dalla Corte d'assise d'appello di Roma: l'attività di rilievo delle impronte biologiche e, più in generale, l'attività di raccolta di tracce utili per l'effettuazione di analisi genetiche, sembra presentare profili peculiari rispetto ad ogni altra attività di rilievo.

Infatti il rilievo dovrebbe avere come caratteristica quella di essere "neutrale" rispetto alla formazione della prova²¹. Anche in presenza di un rilievo che comporti valutazioni tecniche complesse, lo stesso, ove non correttamente eseguito, porterà come risultato, di regola, solo la cancellazione o distruzione (totale o parziale) della traccia²², mentre l'accertamento tecnico, ove condotto attraverso valutazioni critiche errate, può produrre un risultato di prova viziato o fuorviante. Il che comporta come corollario che il rilievo, a differenza dell'accertamento tecnico, potrà far mancare al procedimento un elemento probatorio, ma non dovrebbe produrre un risultato distorto, ossia non dovrebbe mai contribuire alla formazione di una prova "falsata": ecco allora che si spiega l'imprescindibilità del contraddittorio solo ove si proceda all'esecuzione di accertamenti tecnici, non anche di rilievi.

Ci accorgiamo però che, nel caso di repertamento delle tracce biologiche, l'attività di rilievo può, in alcuni casi, non essere affatto "neutra" rispetto alla formazione della prova: con l'accrescersi della sensibilità degli strumenti e dei kit utilizzati per l'analisi e la tipizzazione del DNA - in grado di fornire risposte utili anche in presenza di

²⁰ V. L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale: accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano, 2005, 366, secondo il quale anche "minimi ed elementari atti di elaborazione tecnico-critica, utili alla immediata prosecuzione delle indagini non possono assurgere al rango di accertamenti".

²¹ Occorre infatti distinguere tra il rilievo di una traccia del reato e la valutazione che verrà poi fatta di questa traccia ai fini di un suo inserimento in un quadro accusatorio; ad esempio il repertamento di una traccia ematica sul luogo del delitto di per sé nulla dice in merito alla responsabilità di chi ha lasciato quella traccia, che potrebbe appartenere all'aggressore come pure alla vittima o ad altri soggetti che a vario titolo possono aver avuto accesso al luogo in precedenza: soltanto la successiva analisi di laboratorio volta alla tipizzazione del DNA e il suo confronto con il profilo genetico dell'indagato, attività questa di accertamento e non più di rilievo, potrà costituire elemento di prova a suo carico. Si capisce dunque che l'attività di rilievo, raccolta e repertamento delle tracce è un'attività di per sé priva di valenza probatoria fino a che le tracce non siano sottoposte a valutazione critica, e quindi prodromica all'attività logica di analisi degli elementi e ricostruzione dei fatti, ossia all'indagine in senso proprio.

²² Né varrebbe obiettare che la cancellazione della traccia potrebbe in teoria eliminare un dato, anche determinante, a favore dell'indagato. Solo la "formazione" della prova, in quanto elemento positivo, è assistita dalla garanzia del contraddittorio, non anche la perdita di una traccia che, in quanto elemento negativo, non contribuisce a formare alcunché.



4/2018

scarsissime quantità di materiale biologico (persino di poche cellule) o in presenza di DNA degradato o misto - risulta concreto il pericolo di contaminazioni, inavvertitamente provocate, non solo nella fase di analisi di laboratorio, ma anche precedentemente, nella fase di repertamento delle tracce sulla scena del crimine.

Si capisce infatti come una non corretta attività di repertazione del materiale biologico possa non solo determinare la perdita di informazioni importanti (ad es. la conservazione della traccia in contenitori di plastica non areati favorisce la proliferazione di muffe e la distruzione del DNA) ma anche la possibile contaminazione del materiale stesso, con conseguente pericolo di produrre risultati “falsati”, ossia di portare ad attestare la presenza di DNA riconducibile a un determinato soggetto in luoghi o su oggetti con i quali il medesimo in realtà non era mai venuto in contatto, e per questa via contribuire a formare una prova “a carico” (ma in ipotesi anche “a discarico”), in violazione del principio del contraddittorio.

E tale rischio è presente a prescindere che le attività in parola richiedano o meno scrupolose valutazioni in ordine alle modalità e procedure di esecuzione, o che siano richieste competenze “esperte” per la loro attuazione. Del resto l’esistenza di protocolli in materia, “complessi e articolati”, suggerisce comunque la delicatezza dell’attività dagli stessi regolamentata. Inoltre risulta evidente come il pericolo di contaminazione delle tracce possa discendere non solo dall’esecuzione “maldestra” del rilievo della traccia biologica, ma anche ad esempio da una precedente non scrupolosa attività di sopralluogo generalmente condotta dagli operatori intervenuti sulla scena.

Si pensi al caso in cui l’operatore intervenuto in sede di sopralluogo utilizzi delle polveri dattiloscopiche per esaltare un’impronta latente ritenuta attribuibile all’autore materiale del delitto, e ciò faccia impiegando un pennello già utilizzato per precedenti attività di rilievo o comunque non usando adeguata cautela nel manipolare il medesimo pennello: è evidente che tale attività può comportare il rilascio di tracce biologiche appartenenti allo stesso repertatore o, peggio, ad altre impronte papillari precedentemente esaltate con il medesimo strumento. Ove poi non si riesca ad attribuire l’impronta dattiloscopica, ad esempio perché parziale o “strisciata”, potrà comunque risultare utile provare a estrapolare dalla stessa il profilo genetico di colui che l’ha lasciata (cioè il suo “proprietario”). Ma, in tal caso, la scorretta esecuzione dell’attività di **rilievo** dattiloscopico potrà all’evidenza determinare la contaminazione della traccia, e produrre esiti catastrofici in sede di esecuzione della prova del DNA.

4. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni che precedono, riteniamo di non poter condividere appieno le conclusioni raggiunte dalla Corte delle leggi: secondo noi infatti o il rilievo delle tracce biologiche deve essere sempre assoggettato alle garanzie difensive di cui all’art. 360 c.p.p., in ragione delle peculiarità che lo differenziano dalle ulteriori attività di rilievo (dattiloscopico, descrittivo, fotografico, audiovisivo, ecc.), oppure deve essere sempre sottratto alle stesse perché comunque ricondotto alla generale categorie dei rilievi. La soluzione “intermedia” di fatto proposta dalla Corte Costituzionale non ci



4/2018

accontenta del tutto: nella difficoltà (o quasi impossibilità) di individuare i casi di rilievo tanto complesso da trasformarsi in accertamento tecnico, questa soluzione in definitiva potrebbe contribuire a creare scompiglio e discussioni nelle aule giudiziarie, dove le parti cercheranno di “tirare la giacca” al giudice per persuaderlo, ciascuna, della diversa natura – di rilievo o di accertamento – da attribuire all’attività di repertamento del DNA in concreto eseguita nella fase iniziale di quel procedimento.

Inoltre, se da un lato l’attività di repertamento delle tracce biologiche presenta effettivamente delle peculiarità connesse al pericolo di contaminazione delle tracce, dall’altro lato, ci accorgiamo che anche altre attività di rilievo possono presentare, sia pure in minor misura, analoghi rischi di produrre un falso risultato di prova. Si pensi ad esempio ai rilievi effettuati dalla polizia stradale in occasione di un sinistro: una misurazione non corretta (es. delle distanze tra i veicoli coinvolti e il punto d’urto) può comportare valutazioni errate in ordine alla ricostruzione della dinamica del sinistro e, conseguentemente, portare all’individuazione di profili di responsabilità in capo al conducente di un veicolo in realtà esente da colpe. Oppure si pensi ancora al rilievo dei residui dello sparo eseguito sugli abiti della persona sospettata di un delitto commesso con arma da fuoco: è teoricamente possibile che nelle precedenti fasi – in ipotesi in quelle concitate dell’arresto - gli abiti dell’indagato siano entrati in contatto con le mani o gli indumenti di un agente che aveva sparato poco prima (nell’azione dell’arresto o per essere stato precedentemente impegnato in uno dei periodici addestramenti al tiro). Si capisce come anche in questo caso il rilievo, a causa della contaminazione in tal modo provocata, possa aver contribuito a produrre una falsa prova a carico. Ciò non toglie che, in entrambi i casi, l’attività eseguita debba essere comunque ricondotta alla categoria dei rilievi: l’astratta possibilità del verificarsi di fatti eccezionali e imperscrutabili (ossia incidenti di percorso che non dovrebbero accadere) non fa mutare natura al rilievo.

Peraltro, ove si volesse comunque riservare la disciplina garantita di cui all’art. 360 c.p.p. – in ossequio alle indicazioni suggerite dalla Consulta – ai casi di repertamenti tecnicamente complessi e richiedenti l’intervento di un esperto qualificato, quale ad esempio un medico, sarebbe senz’altro opportuno un intervento legislativo chiarificatore in proposito, a causa della difficilissima individuazione in concreto di siffatti casi, e del pericolo dell’uso strumentale della distinzione in tal modo introdotta.

In attesa di un tale intervento, riteniamo tuttavia corretto riservare le garanzie difensive di cui all’art. 360 c.p.p. soltanto per l’esecuzione di attività che siano a tutti gli effetti qualificabili come “accertamento tecnico”, con esclusione dunque dei rilievi, ancorché richiedenti valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare oltre che non comuni competenze ed abilità tecniche per eseguirli.

La soluzione così adottata può forse apparire severa, in quanto tendente ad escludere ogni garanzia partecipativa dell’indagato nell’esecuzione dei rilievi, anche nel caso in cui si ammetta che vi sia un pericolo di contaminazione. D’altra parte tale soluzione appare suggerita dall’esigenza di assicurare una efficace amministrazione della giustizia che tenga conto delle necessità concrete delle indagini. È evidente infatti che il riconoscimento di garanzie partecipative non solo introduce un rallentamento nell’esecuzione dell’attività investigativa ma comporta anche un *vulnus* alla segretezza investigativa. Eccessive garanzie partecipative rendono di fatto impossibile lo



4/2018

svolgimento delle indagini. È chiaro quindi che, anche in una logica di bilanciamento tra gli interessi dell'indagato e quelli dell'amministrazione della giustizia, i momenti di partecipazione nella fase delle indagini devono essere considerati come eccezioni²³ e devono essere riconosciuti solo nei casi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge. Nel caso dei rilievi, i predetti interessi trovano un equo contemperamento nella possibilità che sia effettuata una verifica a posteriori sulla correttezza di esecuzione del rilievo stesso, mediante una valutazione del rispetto della procedura adottata e dei protocolli di riferimento (i quali infatti non a caso, come pur osservato dalla Corte d'assise d'appello di Roma, prevedono il "filmaggio" delle operazioni).

²³ Del resto, come ha evidenziato la stessa Corte Cost., sentenza n. 26 del 24 gennaio 2007, Presidente Bile: *"Il principio di parità tra accusa e difesa ex art. 111, secondo comma, Cost., non comporta necessariamente l'identità dei poteri processuali del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, in quanto le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi di cui sono portatrici, rendono compatibili con il suddetto principio alterazioni della simmetria dei rispettivi poteri e facoltà, purché tali alterazioni trovino un'adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della ragionevolezza"*; conf. ex ceteris Corte Cost. sentenza n. 305 del 15 giugno 1992, Presidente Corasaniti, e sentenza n. 363 del 11 luglio 1991, Presidente Gallo.