

**RILIEVI E ACCERTAMENTI NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE
NELL'ATTIVITÀ DI PRELIEVO DI REPERTI
UTILI ALLA RICERCA DI DNA. UN NODO IRRISOLTO**

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

di Giuseppe Centamore

Abstract. È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p. (Accertamenti tecnici non ripetibili), nella parte in cui non prevede che le garanzie difensive ivi sancite si applichino anche alle attività di individuazione e di prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA. La sentenza qui annotata presenta un duplice profilo di interesse: da un lato, porta all'attenzione il tema (ampiamente discusso) relativo alla linea di confine che intercorre fra i rilievi e gli accertamenti tecnici; dall'altro, conduce ad interrogarsi in ordine all'atipicità degli atti di indagine che caratterizza il nostro sistema e, non da ultimo, la specifica materia in questa sede trattata, nonché sui limiti e sulle problematiche che essa genera per l'interprete.

SOMMARIO: 1. Premessa. Le questioni di fondo. – 2. Le ragioni dell'infondatezza nelle argomentazioni della Corte costituzionale. – 3. Rilievi vs accertamenti. Una dicotomia reale o apparente? – 4. Alcune criticità della pronuncia. – 5. Possibili vie d'uscita?

1. Premessa. Le questioni di fondo.

Con la sentenza che si commenta, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p. (Accertamenti tecnici non ripetibili), 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», sollevata in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., con specifico riguardo alla violazione rispettivamente del diritto di difesa e del principio del giusto processo.

Secondo la Consulta, dette censure vanno respinte: in sintesi, esse sono tese ad operare un'impropria equiparazione fra le due categorie di atti di indagine coinvolte

nella disamina della questione, costituite dai rilievi e dagli accertamenti tecnici¹, che vengono in considerazione con riferimento all'ipotesi delle attività di prelievo di campioni utili per la successiva individuazione del DNA.

Al contrario, per il Giudice costituzionale va mantenuta ferma la distinzione fra i due mezzi investigativi sopra richiamati, come costantemente reiterata dalla Corte di cassazione²: secondo tale impostazione, infatti, solo con riferimento agli accertamenti tecnici (irripetibili: art. 360 c.p.p.) che siano diretti all'analisi ed alla trattazione del DNA è previsto dalla legge un *iter* procedurale caratterizzato dal contraddittorio; diversamente, l'intervento della difesa va escluso di fronte a quelle attività, quali il prelievo dei reperti, che si sostanziano in un'operazione di carattere materiale, ossia di semplice raccolta di un dato rudimentale utile ad una successiva analisi scientifica per la rilevazione dei dati genetici.

La pronuncia merita attenzione per due motivi.

Sotto il primo profilo, essa riporta all'attenzione un tema oggetto di un non ancora sopito dibattito: il confine che intercorre fra i prelievi di reperti, da una parte, e gli accertamenti tecnici, che successivamente investiranno il materiale appreso, dall'altra. Come si avrà modo di vedere meglio nel prosieguo, tale problematica dà origine ad incertezze interpretative di non poco momento. Pertanto, essa costituirà un punto centrale delle osservazioni che seguiranno.

Sotto il secondo profilo, fra le trame argomentative della sentenza riaffiora lo spinoso dilemma della atipicità degli atti di indagine previsti dal codice di procedura penale³.

¹ Per un'analisi delle argomentazioni con le quali la Corte respinge le censure del Giudice rimettente, v. meglio *infra*: § 2.

² Per una panoramica delle pronunce in materia, si richiamano: Cass., Sez. I, 9 maggio 2002, n. 32156, in *Riv. polizia*, 2002, pp. 229 e ss.; Cass., Sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, in *Guida al dir.*, 2005, 38, p. 82; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2972; Cass., Sez. II, 13 marzo 2007, n. 12929, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 43002, in *Guida al dir.*, 2009, 1, p. 95; Cass., Sez. I, 3 maggio 2011, n. 33070, in *Guida al dir.*, 46, p. 92; Cass., Sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, Rv. 151775; Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. e Giust.*, 2014, 3, pp. 44 e ss.

³ Il problema della atipicità delle indagini preliminari è tema ampiamente dibattuto. Nella vasta letteratura sul punto, valga il richiamo esemplificativo a: G. AMATO-M. D'ANDRIA, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano 1990; L. Bresciani, sub art. 348, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. Chiavario (coordinato da), Agg., II, Torino, 1993, pp. 136 e ss.; R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3086; A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra "assicurazione" e "valutazione" delle fonti di prova: il problema dell'esperto*, in *Giur. it.*, 1996, c. 599 e ss.; S. GALLO, *La polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano 1990; G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo penale di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, pp. 40 e ss.; G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, M.G. AIMONETTO (coordinato da), in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. Chiavario - E. Marzaduri (diretta da), Torino, 1999, pp. 215 e ss.; D. MANZIONE, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. giur.*, Agg., VI, Milano, 2002, pp. 865 e ss.; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso - V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, pp. 303 e ss.; P.P. PAULESU, sub art. 354, in *Codice di procedura penale commentato*, A. Giarda - G. Spangher (a cura di), Milano, 2010, pp. 4260 e ss.; D. SIRACUSANO, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria in un processo di parti*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 146 e ss.

È bene intendersi: l'atipicità delle investigazioni non è neppure menzionata dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento. Nondimeno, ad una lettura attenta, ci si rende conto che alla base della questione di legittimità sollevata si pongono quei dubbi che, evidentemente, sono generati da un sistema caratterizzato di regola da un'ampia libertà operativa dell'autorità (e della polizia) giudiziaria nell'espletamento delle indagini. Libertà che, come si vedrà, si riverbera in ciò: un atto, pur essendo nominato dal codice, non è disciplinato con riferimento alle sue concrete modalità operative; in ragione di quanto detto, il requirente può ricorrere a mezzi investigativi i quali, benché apparentemente disciplinati dalla legge, sono connotati da una sensibile indeterminatezza che, di fatto, li rende malleabili, giacché privi di una puntuale disciplina sotto il profilo operativo.

Tale ultimo aspetto si intravede anche nella tematica qui trattata⁴: non vi è infatti nel codice di rito nemmeno una definizione di rilievo e di accertamento tecnico, sebbene le norme al cui interno tali atti di indagine trovano collocazione suggeriscano un netto discrimine fra le due categorie. In ciò, allora, si determina il secondo nucleo centrale di analisi: se l'atipicità degli atti di indagine, con particolare riguardo in questa sede ai rilievi ed agli accertamenti tecnici, sia un connotato essenzialmente irrinunciabile del nostro sistema o se, al contrario, esso meriti di essere, seppure in parte, riconsiderato alla luce delle esigenze di tutela di principi fondamentali come il diritto di difesa (art. 24 Cost.) o il contraddittorio.

2. Le ragioni dell'infondatezza nelle argomentazioni della Corte costituzionale.

Secondo il Giudice dell'ordinanza di rimessione, l'art. 360 c.p.p. viola l'art. 24 Cost. nella parte in cui non prevede che le garanzie difensive ivi stabilite non operino per i prelievi di reperti necessari alla successiva indagine genetica.

Di riflesso, si avrebbe l'ulteriore lesione del giusto processo (art. 111 Cost.): innanzitutto, poiché la prima attività costituisce un fondamentale passaggio per la selezione del materiale oggetto del conseguente accertamento tecnico, essendo dunque nell'ottica del rimettente arbitrario limitare a quest'ultimo atto il contraddittorio; in secondo luogo, si trascura il fatto che il prelievo di reperti destinati all'analisi di laboratorio non consiste sempre e comunque in un atto puramente materiale, non richiedente alcuna competenza specialistica: all'opposto, esso si caratterizza per la presenza in materia di protocolli scientifici, i quali dettano regole e *standard* operativi molto rigorosi e che, pertanto, impongono la presenza di un esperto. Insomma, secondo il Giudice *a quo*, anche nei prelievi è presente un momento valutativo-critico, dunque strettamente scientifico; sicché, ingiustificatamente l'art. 360 c.p.p. li sottrae alla relativa procedura garantita.

Per la Corte costituzionale, le censure sono prive di fondamento.

⁴ V. *infra*: § 3.

Va preliminarmente posta l'attenzione su un aspetto di natura terminologica. Come detto, la questione di legittimità investe l'art. 360 c.p.p. «*ove 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*».

Orbene, nel respingere i dubbi sollevati dal Giudice rimettente, la Corte mostra chiaramente di aderire ad un'omologazione concettuale invalsa presso la giurisprudenza di legittimità: quella tra prelievi e rilievi⁵. Vi sarebbe fra gli stessi un'identità sostanziale di fondo, essendo entrambi mezzi volti all'apprensione di un dato materiale, una cosa o, nel caso specifico del prelievo, di un campione biologico. D'altra parte, il fatto che il codice riservi in alcune disposizioni (artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.) particolari cautele di fronte ai prelievi e non invece in relazione ai rilievi, è ricollegabile ad una circostanza peculiare: che solo nel primo caso l'attività presenta carattere invasivo della libertà personale.

Proseguendo, per la Consulta merita di essere mantenuto il discrimine fra rilievi ed accertamenti tecnici⁶.

Già dal punto di terminologico, i due lemmi richiamano entità radicalmente diverse. I primi consistono in operazioni di raccolta di dati o cose pertinenti al reato⁷; sotto il profilo lessicale, in effetti, emerge l'immagine di un atto che si sostanzia in una semplice attività di osservazione e di apprensione delle *res*, dove la presenza della difesa

⁵ In tal senso, si richiameranno le pronunce di: Cass., Sez. I, 13 novembre 2007, P., Rv. 239101; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, C., Rv. 237359. In dottrina, si vedano le osservazioni di P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in P. Tonini – P. Felicioni – A. Scarcella, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, in *Dir. pen. proc.*, gli *Speciali*, 2009, pp. 16 e ss.

⁶ Per la giurisprudenza di legittimità, ampiamente consolidata sul punto, v. *supra*, nt. 3. La distinzione fra le due categorie di atti di indagine è risalente, muovendo da una dicotomia che era ravvisabile anche nel codice di rito del 1930. Detta dicotomia iniziava a porsi come luogo di intenso dibattito all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, in ragione della configurazione sempre ad opera della Carta delle ispezioni come atti invasivi aventi natura coattiva, suscettibili di violare i diritti inviolabili della persona. Dicotomia e dibattito che sarebbero proseguiti anche a seguito della L. 18 giugno 1955, n. 517 (che introduceva nel codice Rocco l'art. 304-*bis*), la quale – come noto – introduceva la garanzia della presenza del difensore nell'ambito di attività quali le perquisizioni domiciliari, gli esperimenti, le ricognizioni e le perizie, lasciando tuttavia fuori da tale raggio di operatività le ispezioni. Donde il dubbio circa la possibile sperequazione fra le attività peritali, che richiedevano – come detto – la presenza del difensore e gli accertamenti tecnici ed i rilievi (allora regolati dagli artt. 222 e 223 cod. proc. pen. abr.). In un primo momento l'orientamento prevalente fu quello di negare ai rilievi natura di perizia, dunque ribadendo la legittimità del loro espletamento senza l'intervento del difensore. La sentenza della Corte costituzionale, n. 148 del 1969, dichiarava «l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 comma 2 [cod. proc. pen. abr.] nella parte in cui esclude[va] che agli accertamenti tecnici ed alle operazioni tecniche della polizia giudiziaria si applichi... l'art. 304-*bis*». Ne rimaneva confermata dunque la demarcazione fra rilievi ed accertamenti, in forza della quale i primi erano declassati ad operazioni puramente materiali, di per sé quindi sottratti ad ogni garanzia difensiva. Per una panoramica della giurisprudenza pregressa in materia, sarà utile il richiamo a Cass., Sez. VI, 6 febbraio 1973, Senoner, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 465; Cass., Sez. VI, 14 maggio 1971, Petti, in *Mass. Cass. Pen.*, 1972, p. 1367. In dottrina, per uno sguardo critico, si vedano E. AMODIO, *Attuazione giudiziale ed attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 2264 e ss.; G. DE GENNARO, *L'attività di polizia giudiziaria e la nuova disciplina processuale*, in *Riv. pen.*, 1971, I, pp. 101 e ss.

⁷ Così, § 4, Considerato in diritto, Corte cost., sent. 15 novembre 2017, n. 239.

sarebbe del tutto inutile. Il che ne giustificerebbe anche l'espletamento da parte della polizia giudiziaria di propria iniziativa (artt. 347 e seguenti c.p.p.). In breve, concepiti secondo la chiave di lettura del Giudice delle leggi, essi sono collocabili entro quell'ampio *genus* di atti di assicurazione delle fonti di prova (art. 348 c.p.p.).

Diversamente, nel sostantivo «accertamento» è insita un'attività di carattere valutativo; attività che si distingue dunque dal rilievo non solo a livello linguistico, ma anche a livello ontologico, in quanto connotata dall'analisi critica dei risultati elaborati dalla trattazione della cosa.

D'altra parte, come la stessa Corte costituzionale si premura di precisare, il distinguo in commento non era nemmeno stato posto in discussione dal Giudice *a quo*, il quale ne aveva solo messo in dubbio la validità con riferimento al caso specifico delle attività di prelievo di reperti utili alla successiva individuazione di tracce di DNA.

Orbene, la natura altamente specialistica di tale ultimo accertamento, evidenziata dal contenuto rigoroso dei protocolli scientifici esistenti, non tocca in ogni caso la premessa di fondo: anche se funzionale ad una complessa e delicata valutazione critica, il prelievo di reperti non soggiace ad un «regime complesso come quello previsto dall'art. 360 cod. proc. pen.»⁸.

Del resto, sempre ad avviso della Corte, tale differenziazione di base corrisponde ad una precisa opzione del legislatore, il quale diversamente, quando ha voluto, ha assicurato il contraddittorio anche in relazione ai prelievi stessi. Così, il prelievo di campioni biologici non richiede di regola la sequenza "garantita" demandata all'art. 360 c.p.p.; nondimeno, qualora essi debbano essere effettuati sulla persona e manchi il consenso della medesima, il codice ha previsto una disciplina *ad hoc* (art. 224-bis comma 2 lett. d) c.p.p., richiamato poi dall'art. 359-bis): la persona sulla quale va effettuato il prelievo è avvisata della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. In questi casi, quindi, il contraddittorio opera sin dalla fase dell'operazione di raccolta del dato genetico.

Ancora, l'esistenza di protocolli scientifici sulle attività di repertamento delle tracce biologiche non impedisce comunque che tale operazione possa avere carattere routinario; non dovendosi da ultimo trascurare che, ad ogni modo, all'imputato è garantita la possibilità nel giudizio di merito di mettere in discussione anche le stesse operazioni di prelievo, contestando la correttezza delle modalità di espletamento e, come diretta ricaduta, l'analisi critica dei campioni così ottenuti.

Al fondo di tutte le argomentazioni svolte dal Giudice costituzionale, sta infine una basilare considerazione: l'urgenza che intrinsecamente caratterizza i rilievi e che, pertanto, rende questi ultimi il più delle volte inconciliabili con il regime descritto dall'art. 360 c.p.p. Il disposto in parola prevede l'operatività del contraddittorio a fronte di una fisiologica ed altrimenti inevitabile modificazione dell'oggetto sul quale verrà svolto l'accertamento tecnico il quale, dunque, assume carattere irripetibile.

⁸ V., § 5, Considerato in diritto.

L'irripetibilità, però, non può essere confusa con l'urgenza, la quale invece giustifica una maggiore celerità che, per forza di cose, non è compatibile con l'intervento della difesa⁹

3. Rilievi vs accertamenti. Una dicotomia reale o apparente?

La sentenza in commento conduce a delicate riflessioni sotto il profilo dei rapporti fra l'attività di ricerca e di assicurazione delle fonti di prova, da un lato, e quella della loro successiva acquisizione, dall'altro¹⁰.

Difatti, la problematica inerente alla relazione specifica che intercorre fra rilievi (prelievi) ed accertamenti tecnici può essere sinteticamente ricondotta a quella più generale poc' anzi menzionata.

Conviene partire dalla delimitazione concettuale delle due entità.

Con buona approssimazione, possiamo dire di essere di fronte ad atti di indagine dal contenuto tecnico e/o scientifico¹¹. Se poi il risultato finale verso il quale essi tendono,

⁹ È il caso, per intenderci, dell'art. 354 c.p.p. (Accertamenti tecnici urgenti) il quale, in considerazione della situazione di urgenza, vengono svolti senza la presenza del difensore; per meglio dire: siamo di fronte ad atti ai quali il difensore ha facoltà di assistere, senza che però abbia diritto di essere preventivamente avvisato (art. 356 c.p.p.).

¹⁰ Tornano attuali, a tal proposito, le parole di F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 173: «Il pubblico ministero è investito da un arduo compito di ricerca. Le prove non si scoprono da sé. Bisogna cercarle e la ricerca impone la penetrazione in ciò che è l'ambiente del delitto, quel complesso di cose e uomini che stanno intorno al dramma; una penetrazione però difficile e pericolosa. Dobbiamo tenere conto delle sue difficoltà e dei suoi pericoli se vogliamo spiegare eccessi e deviazioni quasi inevitabili a questo riguardo e pertanto se vogliamo acquistare una conoscenza del processo penale nella sua realtà, che vuol poi dire nella sua umanità». Il problema del rapporto fra l'assicurazione delle fonti di prova investe direttamente ed in modo rilevante quello delle prove scientifiche, materia oggetto di un intenso dibattito ormai da anni, nel tentativo di mediare fra le esigenze di accertamento proprie del processo penale ed i progressi compiuti continuamente dalle scienze; per alcune osservazioni di massima in dottrina, v. A. SCALFATI, *La deriva scienziata del processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 5, p. 144; S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, A. Gaito (diretto da), vol. I, Torino 2008, pp. 295 e ss.; C. CONTI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, P. Ferrua – E. Marzaduri- G. Spangher, Torino 2013, pp. 87 e ss.; D. CURTOTTI, *La regolazione giuridica della scienza: una disciplina ancora da inventare?*, in D. Curtotti – B.A.J. Fisher – M.M. Houck – G. Spangher, *Diritto e scienza: un rapporto in continua evoluzione*, in AA.VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, D. Curtotti – L. Savaro (cura di), 2013, pp. 1 e ss. Per uno sguardo comparato, in particolare all'esperienza di *common law*, nell'ordinamento statunitense, M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, pp. 205 e ss. Sullo sfondo, benché sia tematica che eccede gli scopi del presente lavoro, si innesta il complesso dilemma della fallibilità del sapere scientifico e del grado di certezza ed attendibilità delle decisioni emesse in esito al processo penale; senza pretesa di completezza, si richiamano S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1345; E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, L. De Cataldo Neuburger (a cura di), Padova 2007, pp. 247 e ss.; P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol II, Tomo I, A. Scalfati (a cura di), Torino 2009, pp. 89 e ss.

¹¹ Per un inquadramento, specificamente, come atto tecnico di indagine, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., vol II, tomo I, 2009, pp. 226 e ss. Per un inquadramento nei termini di mezzo di ricerca della prova, v. D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova 2013, p. 7. Più ampiamente, per il concetto di prova reale, nel quale detti atti di indagine rientrano, v. P. TONINI, *Prova e indizio: alle origini del ragionamento inferenziale*, in P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2012,

ossia le valutazioni critiche del materiale genetico rinvenuto sul reperto, presenta un contenuto irripetibile o meno, mutano (o anche: finiscono per mutare) le forme mediante le quali quell'analisi scientifica ha luogo; per semplificare: quest'ultima potrà avvenire tramite le modalità descritte dall'art. 359 c.p.p., qualora quel contenuto sia reiterabile in dibattimento o, al contrario, mediante le cadenze descritte dall'art. 360 c.p.p.

Certamente, rilievi ed accertamenti tecnici sono strumenti investigativi di preminente importanza. Non soltanto per il giudice e per la correttezza della decisione emessa all'esito del processo, ma in primo luogo per gli organi inquirenti: come si è acutamente osservato, essi «evitano ogni intermediazione, non dicono quel che ha voluto dire qualcuno ma quello che manifestano le cose, evitando così la fallacia e la falsità insita nelle prove a contenuto narrativo»¹².

All'interno della tematica, tuttavia, destano maggiore attenzione i rilievi.

È vero che essi il più delle volte si risolvono sostanzialmente in operazioni di rudimentale apprensione, di natura al più tecnica e non scientifica, nella misura in cui il loro espletamento non coinvolga una valutazione critica; ma non per questo hanno una minore rilevanza rispetto agli accertamenti. Anzi, la correttezza dell'esecuzione dei rilievi condiziona inevitabilmente quella del successivo accertamento tecnico. Sulla scorta di tale premessa, è ragionevole ritenere che il rigore osservato nel compimento dei primi incida sulla robustezza della ricostruzione finale operata dal giudice più di quanto non riescano i secondi¹³.

Va detto però che, all'origine delle problematiche inerenti al rapporto fra i due mezzi di indagine, vi è un apparato normativo non sempre coerente e chiaro.

Da una parte, esso suggerisce – come detto – la presenza di due entità concettualmente distinte, almeno sotto l'aspetto terminologico; dall'altra, ad uno sguardo più approfondito ci si rende conto di come spesso il legislatore accosti i due termini quasi come in un'endiadi¹⁴. La lettura delle disposizioni codicistiche mette infatti in evidenza due profonde lacune di base: quella di una nozione precisa dei due mezzi di indagine e quella delle rispettive modalità procedurali. Conseguentemente, si avrebbe in prima battuta il problema di individuare correttamente il significato espresso dai due sostantivi e, in seconda, quello di tracciare le regole procedurali che caratterizzano rispettivamente l'uno e l'altro.

Così, alla base delle incertezze manifestate dalla prassi e dalla dottrina, vi è il problema della atipicità delle indagini preliminari, che negli atti investigativi in discorso trova probabilmente una delle più esemplari espressioni. L'aspetto relativo

p. 46.

¹² In tal senso, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano 2012, p. 3. Sulla essenziale rilevanza nel panorama vigente, v. O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano 2008, pp. 976 e ss. In chiave comparatistica, si vedano i contributi di L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extra-giuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1145 e ss.; nell'esperienza particolare di *common law*, volendo, E. BEECHER MONAS, *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*, London-New York 2007.

¹³ D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., p. 13.

¹⁴ In questo specifico senso, A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, pp. 129 e ss. Negli stessi sostanziali termini, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, p. 131.

all'insufficiente descrizione normativa emerge da un'ulteriore circostanza. Rilievi ed accertamenti sono connessi a sostantivi altrettanto indeterminati, quali tracce, corpo del reato, cose pertinenti allo stesso, irripetibilità¹⁵: rappresentando l'oggetto-fine verso cui rilievi ed accertamenti tecnici tendono, i richiamati termini contribuiscono sensibilmente ad alimentare la vaghezza dei contorni di questi ultimi.

Ancora, l'imprecisione che caratterizza il dato legislativo si riverbera su un altro versante, che genera ulteriore incertezza a livello applicativo ed interpretativo.

L'assenza di un ben tracciato confine rende tali atti di indagine "fungibili" sotto il profilo del *modus* operativo concreto mediante il quale essi hanno luogo. Per chiarire: uno stesso risultato pratico potrebbe essere utilmente ottenuto tramite diverse modalità procedurali le quali, però, differiscono reciprocamente tanto sul versante delle regole relative al loro espletamento, quanto su quello del corredo di garanzie che caratterizza talune e non altre. Un esempio può essere utile al riguardo: un rilievo fotografico sul luogo del fatto (si ipotizzi: della precisa collocazione di alcuni oggetti nello spazio) potrebbe avvenire sia nelle forme dell'accertamento tecnico urgente di cui all'art. 354 c.p.p.; sia nella forme della consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 359 c.p.p.; ancora, secondo quanto previsto dall'art. 244 comma 2 c.p.p., per cui nel corso di un'ispezione, l'autorità giudiziaria può disporre l'esecuzione dei necessari rilievi fotografici; da ultimo, qualora l'attività abbia un contenuto irripetibile ed essa presupponga un'indagine valutativo-critica di un esperto, secondo le modalità dell'art. 360 c.p.p.¹⁶

Insomma, come opportunamente posto in luce¹⁷, l'atipicità che connota rilievi ed accertamenti emerge con forza sotto un triplice profilo: quello del loro contenuto, ossia delle regole mediante le quali essi vengono effettuati; della fonte, vale a dire dell'oggetto materiale preso di mira; del mezzo in sé, ossia dello strumento predisposto a livello normativo. Un altro esempio può risultare utile: avuto riguardo alla fonte, un profilo virtuale, registrato in un *social*, deve essere considerato una cosa? o piuttosto un luogo? o ancora una traccia o un effetto materiale del reato (se si ipotizza che il fatto perseguito sia avvenuto mediante la manomissione di mezzi telematici)¹⁸?

Come è evidente, un sistema così congegnato crea perplessità applicative ed interpretative notevoli.

D'altra parte, però, non si può nemmeno trascurare di considerare la difficoltà per il legislatore di tipizzare con un certo grado di precisione gli atti di indagine¹⁹: per

¹⁵ Con riguardo alle incoerenze sistematiche derivanti dall'impiego di un lessico poco accorto ed incoerente da parte del legislatore, si vedano le riflessioni di E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4034. V. inoltre le considerazioni di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, pp. 575 e ss.

¹⁶ Così, D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., p. 18.

¹⁷ In questi esatti termini, v. D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., pp. 30 e ss. V. altresì, P. TONINI, *Prova e indizio*, cit., pp. 46 e ss.

¹⁸ Sulla definizione di tracce ed effetti materiali del reato, è doveroso il riferimento a F. CORDERO, *Procedura*, cit., pp. 823 e 825.

¹⁹ Sull'inquadramento della nozione di atto di indagine c.d. atipico, si riprenderà quanto osservato dalla dottrina in materia di prove, con riferimento al fatto che è atipica la prova diretta a realizzare un fine diverso

loro natura ed in ragione della separazione delle fasi, questi sono di regola finalizzati alla raccolta di elementi utili all'esercizio dell'azione penale e non già alla formazione di prove valutabili dal giudice di merito. Non a caso, invece, in tutte quelle ipotesi in cui un atto investigativo sia destinato a confluire nel fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e, dunque, all'utilizzazione per la decisione finale, si assiste ad un ben più elevato livello di dettaglio nella disciplina delle modalità di assunzione.

Ora, la menzionata difficoltà per il legislatore nella tipizzazione degli atti di indagine si riscontra ancora più sensibilmente per quelli aventi carattere tecnico e scientifico: la predisposizione di fattispecie processuali eccessivamente rigide, infatti, sarebbe poco compatibile con la rapidità che caratterizza i progressi compiuti nel campo della scienza. Al contrario, modelli procedurali dai contorni elastici e malleabili forniscono una maggiore facilità di adattamento del sistema normativo ai nuovi prodotti del sapere.

Il primo approdo delle riflessioni sinora svolte, pertanto, sarebbe così riassumibile. Rilievi ed accertamenti sono entità dai confini sfumati, entrambi privi di una puntuale disciplina in ordine a contenuti e modalità di compimento. Da un'osservazione attenta del complesso delle norme, si desume che la linea di demarcazione non è affatto netta; anzi, il codice non fornisce elementi discretivi sufficienti. È da tale dato di fondo, dunque, che hanno origine le incertezze sopra segnalate²⁰.

Nonostante ciò, come si è visto, si è radicato quell'orientamento secondo cui i due concetti sarebbero concettualmente ben distinti²¹; i primi si concretizzerebbero nell'apprensione materiale di un dato rudimentale: possono dunque essere in linea di principio effettuati dall'uomo medio; diversamente, i secondi costituiscono un'elaborazione critica, dotta: essi sono quindi incombente di un esperto. Ed è sulla base di tale premessa, radicatasi durante la vigenza del vecchio codice di rito²², che sembra essere stato impostato l'art. 360 c.p.p. che, difatti, non contempla i rilievi nel proprio alveo²³.

rispetto a quello preso di mira dagli altri mezzi di prova disciplinati dal codice (c.d. prova innominata) e quella che presenta modalità procedurali di assunzione diverse da quelle previste dalla legge per i mezzi tipici: M. NOBILI, sub art. 189, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, pp. 398 e ss.; S. CALVINI, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 837; D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit. p. 39.

²⁰ Per un sintetico quadro di insieme sulle osservazioni svolte su tale ambito, si vedano: C. CARINI, *Accertamenti tecnici*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. I, G. Spangher (coordinato da), 2007, pp. 20 e ss.; C. P. DELL'ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 241; F. GIUNCHEDI, *Accertamenti tecnici*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., A. Gaito (a cura di), Torino, 2010, pp. 1 e ss.; A. Poggi-C.D. Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova 2000; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, Padova 2012, pp. 73 e ss.

²¹ V. *supra*: nt. 3.

²² V. *supra*: nt. 7.

²³ Così, efficacemente D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit. p. 55.

4. Alcune criticità della pronuncia.

Sta nelle considerazioni sopra svolte il primo aspetto critico della pronuncia del Giudice delle leggi.

In sostanza, fra rilievi ed accertamenti non intercorrerebbe quella così chiara e nitida linea di separazione che affermerebbe il Giudice delle leggi.

Intendiamoci: la volontà del legislatore sarebbe diretta in direzione opposta. Come già detto, dal punto di vista lessicale i due termini sono tutt'altro che sinonimi, rimandando ad entità diversificate; inoltre, la circostanza che l'art. 360 c.p.p. non contempli i rilievi è un indicatore che non può che volgere in tal senso. Sennonché, si è messa in luce l'inadeguatezza in tale materia del dato normativo sotto due profili essenziali: quello nozionistico, poiché, non essendovi una definizione, il distinguo concettuale è rimesso all'interpretazione; quello del rispettivo campo di applicazione, dal momento che – si ripete – una medesima attività di raccolta di materiale probatorio può essere utilmente compiuta mediante percorsi procedurali reciprocamente differenti in ordine al corredo delle garanzie riconosciute.

Nonostante ciò, su un punto il ragionamento della Corte costituzionale pare inattaccabile: *«le forme dell'art. 360 cod. proc. pen. potrebbero assai spesso risultare incompatibili con l'urgenza, nel corso delle indagini, di eseguire il prelievo. Urgenza che non è riscontrabile con la stessa intensità negli accertamenti tecnici e che in nessun modo potrebbe essere soddisfatta»²⁴.*

Pare proprio questo il passaggio argomentativo che definisce l'elemento di distinzione decisivo: l'urgenza.

Ed invero, l'attività di assicurazione della fonte di prova, logicamente diretta a mettere al riparo quest'ultima dall'imminente pericolo di dispersione, non è spesso compatibile con le scadenze stabilite dall'art. 360 c.p.p. Insomma, l'urgenza di procedere all'assicurazione della fonte, in uno con l'esigenza di garantire la completezza delle indagini e la non dispersione delle prove, costituisce in linea di principio un ragionevole motivo di limitazione del diritto della difesa ad intervenire già nella fase del prelievo.

Sembra essere questa, infatti, la chiave di lettura più convincente, capace davvero di spiegare la sostanziale e perdurante validità del distinguo fra i due atti di indagine, anche nel caso specifico della raccolta e dell'analisi di dati genetici.

Separare rilievi ed accertamenti, sulla scorta del duplice presupposto per cui, da una parte, i primi sarebbero operazione di semplice raccolta effettuabile dall'uomo medio e, dall'altra, varrebbero come attività preparatoria a quella che è l'acquisizione della prova *tout court* (ossia l'accertamento tecnico), costituisce ragionamento riduttivo, malfermo o, per lo meno, non aderente appieno alla realtà odierna.

Innanzitutto, con riferimento al primo aspetto, gli stessi progressi compiuti nel campo della scienza dimostrano che le attività di prelievo vanno sempre più allontanandosi da quella classica configurazione di materiale e rudimentale apprensione

²⁴ Così, § 5, Considerato in diritto.

di cose, al contrario richiedendo vieppiù conoscenze altamente qualificate, proprie di un esperto.

In ordine al secondo, andrebbe tenuto fermo il principio stabilito dall'art. 111 comma 4 Cost.: nel sancire il contraddittorio nella formazione della prova, la lettera del disposto costituzionale non consente un'ideale scissione fra attività preparatoria (prelievo di reperti) e quella conseguente acquisitiva (accertamenti). È evidente, infatti, che la genuinità complessiva della prova (intesa qui come il risultato finale derivante dall'analisi del dato genetico) dipenda direttamente dalla correttezza dell'attività del prelievo. Insomma, è difficile sul piano logico negare che anche quest'ultima operazione integri appieno la «*formazione della prova*» e che richieda il contraddittorio fra le parti; sicché, la deroga a detto canone fondamentale operata dal codice non si giustifica tanto per il fatto di essere sempre e comunque attività materiale, effettuabile dal *quisque de populo*, bensì per il fatto che il più delle volte si è di fronte ad una «*impossibilità di natura oggettiva*» (art. 111, comma 5 Cost.: urgenza).

Di ciò, dopotutto, dà un'implicita conferma la stessa Corte costituzionale: nel ribadire il distinguo fra i due mezzi, la stessa non esclude tuttavia che in alcune particolari situazioni i rilievi, in ragione delle modalità di svolgimento richieste dai protocolli scientifici, possano richiedere l'adozione delle garanzie stabilite dall'art. 360 c.p.p.²⁵. Così, in alcuni casi, ove vi sia la concreta possibilità di instaurare il contraddittorio con la difesa e le operazioni di prelievo richiedano competenze specialistiche, sarà doveroso il ricorso all'*iter* garantito dell'accertamento tecnico irripetibile²⁶.

Ma sta proprio qui, allora, il problema.

Il Giudice delle leggi si mostra dopotutto attento alle garanzie difensive, introducendo un temperamento alla regola generale (prelievo senza l'intervento della difesa). A ben guardare, però, si tratta di una soluzione che genera ulteriori problematiche.

In primis, va detto che il criterio introdotto dalla Corte è di natura empirica o, se si vuole, casistica, di per sé dunque esposto al rischio di disparità di trattamento. In secondo luogo, colui che valuterebbe e deciderebbe se ricorrere ad un mezzo procedurale piuttosto che all'altro sarebbe il pubblico ministero²⁷; opzione che sarebbe difficilmente controllabile dalla difesa durante le indagini preliminari, in ragione della loro segretezza; di modo che l'imputato avrebbe eventualmente solo nelle fasi successive la possibilità di far valere la violazione del diritto ad intervenire all'attività del prelievo, provando che non vi era l'urgenza ostativa all'instaurazione del contraddittorio e che le operazioni svolte avevano un contenuto specialistico e valutativo (onere che, a tacer d'altro, sarebbe anche piuttosto gravoso).

²⁵ V. § 5, Considerato in diritto.

²⁶ In tal senso, Cass. Pen., Sez. II, 27 novembre 2014, n. 2476, Rv. 261866; Cass. Pen., Sez. II, 10/01/2012, n. 2087, Rv. 251775; Cass. Pen., Sez. I, 13 novembre 2007, n. 2443, Rv. 239101.

²⁷ Quando non addirittura la polizia giudiziaria, giusta l'art. 370 c.p.p., che consente al pubblico ministero di delegare alla polizia giudiziaria sia pur specifici atti di indagine, non escludendo gli accertamenti tecnici irripetibili.

Insomma, tralasciando le ipotesi di abuso da parte del requirente²⁸, il sistema anche qui sembra mostrare un punto debole. Il che conduce direttamente al passo successivo: quali potrebbero essere i rimedi?

5. Possibili vie d'uscita?

Chiaramente, la prima e più sicura soluzione al problema evidenziato sarebbe un intervento diretto del legislatore, volto a colmare la lacuna lasciata aperta dal sistema.

Da un lato, la strada maestra della modifica normativa avrebbe il pregio di comprimere almeno in buona parte gli spazi di discrezionalità che l'autorità giudiziaria serba nelle prospettate ipotesi.

Si è messo in luce, infatti, come l'atipicità sia (in senso lato) un connotato caratterizzante le indagini preliminari e che essa risponda ad una precisa funzione; senonché, la delicatezza degli interessi suscettibili di essere coinvolti nella tematica trattata spinge verso la ricerca di un equo punto di equilibrio fra la completezza e la non dispersione delle indagini, da un lato, e i diritti della difesa dall'altro: ciò, inevitabilmente, attraverso la diminuzione del tasso di indeterminatezza delle disposizioni processuali inerenti.

Dall'altra, l'intervento legislativo segnerebbe con maggiore certezza le condizioni alle quali l'intervento dell'indagato sarebbe garantito già dal momento dell'assicurazione della fonte di prova, così correlativamente preservando il maggior grado di attendibilità del risultato finale elaborato.

Tuttavia, in mancanza al momento attuale di riscontri normativi, ci si chiede se esista una soluzione in via interpretativa.

Si ripete: è corretto l'accorgimento introdotto dalla Corte costituzionale; nondimeno, traducendosi in una valutazione caso per caso, presta il fianco ad un'obiezione: quella secondo cui l'individuazione delle condizioni di operatività dell'art. 360 c.p.p. nelle ipotesi di prelievo di reperti sarebbe rimessa alla scelta discrezionale del requirente, con la conseguenza che il pericolo di detrimento dei diritti di difesa sarebbe più che concreto.

La domanda, pertanto, andrebbe propriamente così posta: se possano essere elaborati dei correttivi all'accorgimento in discorso (che come detto, in ogni caso, rimane corretto).

Quanto detto finora conduce a ritenere che, in tema di prelievo di reperti utili all'analisi del DNA, due siano gli elementi decisivi per procedere con modalità differenziate o attraverso l'unico *iter* procedurale descritto dall'art. 360 c.p.p.: la natura critico-valutativa richiesta già nell'atto di raccolta e l'urgenza.

In relazione al primo, un aiuto decisivo potrebbe provenire dai protocolli scientifici, più volte menzionati dalla stessa Corte.

²⁸ Ci si riferisce al caso, molto più grave e censurabile, del pubblico ministero che, in difetto del requisito dell'urgenza, volontariamente o per grave negligenza proceda in assenza di contraddittorio, così eludendo o impedendo l'intervento della difesa nella raccolta del reperto.

Probabilmente, occorrerebbe una più rigorosa e stretta osservanza da parte dell'autorità giudiziaria degli stessi. Magari, passando per l'adozione di specifiche direttive interne agli uffici del pubblico ministero, volte a recepire appieno i casi in cui secondo i protocolli il prelievo di reperti genetici imponga un elevato grado di competenze specialistiche, così predeterminando le ipotesi nei quali si debba procedere mediante la sequenza stabilita per gli accertamenti tecnici irripetibili.

Residuerrebbe a tal punto il requisito dell'urgenza. È certamente l'aspetto più problematico, ma che forse non impedisce di elaborare una soluzione (per dir così) mediana.

Così, per regola generale, si potrebbe dar luogo all'operazione di raccolta attraverso le forme dell'art. 360 c.p.p., con il conseguente diritto dell'indagato e del difensore di intervenire previo avviso; resterebbe salva la possibilità per l'autorità giudiziaria di procedere comunque unilateralmente, qualora l'impossibilità di attendere a suo giudizio i tempi richiesti dall'art. 360 c.p.p. pregiudicherebbe l'assunzione del reperto. Con l'ulteriore possibilità per la difesa, però, una volta esaminata *medio tempore* l'effettiva insussistenza dell'urgenza, di richiedere se ancora materialmente possibile la rinnovazione del rilievo prima del compimento dell'accertamento tecnico.

Certo, siamo lontani dall'impostazione elaborata dalla giurisprudenza prima esaminata, non potendoci peraltro esimere dall'osservare che essa sia il frutto di un certo sforzo interpretativo, distante anche dalle linee del codice; tuttavia, non sembra totalmente insuscettibile di applicazione pratica, costituendo un (pare) efficace contemperamento fra le esigenze di non dispersione della prova e le garanzie difensive.