*Archivio Penale*
settembre–dicembre 2013 fascicolo 3 anno LXV
ISBN 978-88-548-6177-0
DOI 10.4399/97888548617706
pag. 837–852

# Il vaglio dibattimentale della *digital evidence*

**Francesco Cajani**

**1. Lo stato del dibattito dottrinale sulla esistenza o meno di sanzioni processuali in caso di assenza o non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia della genuinità della *digital evidence*.** Come noto agli addetti ai lavori, ogni elemento di prova digitale (c.d. *digital evidence*) raccolto durante le indagini, per essere giudicato idoneo a dimostrare il fatto invocato, deve necessariamente possedere i requisiti della integrità[1], della genuinità e della non ripudiabilità: e dunque, « *più il processo di acquisizione e conservazione sarà improntato a criteri di scientificità e rigore, maggiori saranno le probabilità che il giudice consideri gli elementi raccolti idonei a provare i fatti oggetto della causa* »[2].

In tale contesto, le previsioni di misure — introdotte nel testo degli artt. 244, 247 e 354 c.p.p. dalla l. 18 marzo 2008, n. 48 — volte a salvaguardare la genuinità della *digital evidence* all'atto della sua acquisizione (ma anche, come l'esperienza impone, nell'intera catena di conservazione del reperto, prima e dopo la sua analisi) ripropongono alcuni quesiti che erano già stati sollevati in passato, allorché il Pubblico Ministero non le avesse indicate nei suoi decreti (di perquisizione/ispezione) e/o la Polizia Giudiziaria le avesse omesse ovvero esse fossero state, in ogni caso, erroneamente adottate.

Per lunghi anni il banco di prova del dibattito[3] in materia era stato la sen-

1. Come già indicato in uno dei primi scritti italiani sul tema, l'integrità può definirsi come « *quella proprietà per effetto della quale si escludono alterazioni indebite delle tracce informatiche intervenute in epoca successiva alla creazione, trasmissione o allocazione in un supporto autorizzato* »: così Costabile, Rasetti, Scena criminis, *tracce informatiche e formazione della prova,* in *Ciberspazio e dir.,* 2003, 4, 273.

2. Da Valle, *Legge 18 marzo 2008 (criminalità informatica), art. 9*, in *Legisl. pen.*, 2008, 298.

3. Dibattito che spesso però non ha tenuto conto (così, per esempio, Lupária, *I profili processuali*, in *Dir. Internet*, 2006, 2, 155 ss.) del caso concreto all'interno del quale si collocava la richiesta della Difesa, all'esito del dibattimento, di ottenere una perizia « *volta ad esplicare il funzionamento del programma* » in questione, dal momento che nella stessa motivazione si legge come « *gli elementi di conoscenza probatoria* » di cui disponeva il Tribunale di Bologna si poggiavano « *anche su produzioni documentali assunte con il consenso delle parti, come la cd. analisi tecnica* » redatta dalla Polizia Giudiziaria nonché « *la documentazione relativa ai* files *sequestrati nel computer dell'imputato* ». Cfr. sul punto anche Costabile, *Computer forensics ed informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008,* in *Ciberspazio e dir.,* 2010, 3, 495.

tenza di primo grado[4] relativa al "caso Vierika"[5], in relazione alla quale si era sostenuto che l'assenza o la non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia della genuinità del dato informatico comportasse l'inutilizzabilità[6] della *digital evidence* assunta durante le indagini[7].

Tuttavia, prima dell'avvento della legge n. 48 del 2008 la tesi che riconduceva i casi in esame a tale tipo di invalidità « *appariva piuttosto forzata* »[8], dato il principio di tassatività delle ipotesi di inutilizzabilità previsto dal nostro ordinamento giuridico.

Ma a conclusioni opposte si arriverebbe proprio alla luce delle innovazioni introdotte nel 2008. Ed infatti, preso atto che « *l'adozione delle citate misure di salvaguardia rappresenta uno speciale requisito (con finalità garantiste), che va sempre rispettato quando si procede ad ispezione o perquisizione su supporti digitali o telematici* » configurandosi come « *un elemento costitutivo di ambedue queste ultime fattispecie, sicché la sua imperfezione o la sua assenza impedisce l'integrazione delle medesime* », si paleserebbe in tali ipotesi la sanzione della nullità[9]. Conclusione questa che, si afferma, non potrebbe mutare neppure richiamando la nota costruzione giurisprudenziale del cd. *male captum bene retentum*, considerato che « *essa può reggere peraltro entro i noti limiti delineati dalle Sezioni unite della Cassazione solo con riferimento a sequenze fattuali che avvengono nel mondo reale, ma non in quello virtuale* »[10]. Un esempio, secondo tale impostazione, « *può chiarire meglio l'assunto: il valore probatorio dell'arma del delitto è sostanzialmente indifferente alla maniera con la quale sia avvenuta*

4. Il riferimento è a Tribunale di Bologna, Sez. I, 22 dicembre 2005, V., in *Dir. Internet*, 2006, 2, 153 ss., con nota di Lupária, *I profili processuali*. Per il testo integrale della sentenza cfr. *www.penale.it*.

5. Trattasi, come si legge nella motivazione, del programma informatico denominato Vierika, *"un internet worm programmato in Visual Basic Script"*.

6. « *L'inutilizzabilità è un tipo di invalidità che ha la caratteristica di colpire non l'atto in sé, bensì il suo "valore probatorio"* ». L'atto, pur valido dal punto di vista formale (ad esempio, non è affetto da nullità) è *colpito nel suo aspetto sostanziale, poiché l'inutilizzabilità impedisce ad esso di produrre il suo effetto principale, che è quello di essere posto a base di una decisione del giudice. In linea generale è possibile affermare che l'inutilizzabilità consegue alla violazione di un* divieto probatorio*":* così efficacemente Tonini, *Manuale di procedura penale,* IV, Milano, 2002, p. 167.

7. « *La materia della* digital evidence *non deve trasformarsi in un'occasione per effettuare salti all'indietro* » nella nostra storia processuale: la violazione delle regole legali di apprensione dei *files*, nonché il mancato rispetto dei protocolli scientifici che assicurano la genuinità e l'integrità della *electronic evidence*, danno origine a una causa di inutilizzabilità della prova raccolta. Nessuna forma di valutazione dei dati informatici è dunque possibile di fronte ad una *evidentiary barrier* (cfr. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, in 121 Univ. Penn. L. Rev.,* 1973, 121) che sottrae l'elemento probatorio dalla "vorace potenza superlogica" — per dirla con Cordero — rappresentata dal giudice: così Lupária, *I profili processuali*, cit., p. 159.

8. Così Vitale, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dir. Internet*, 2008, 5, 509, che comunque la ritiene *"apprezzabile nell'intento"*.

9. *Ibidem*.

10. L'autore sul punto cita Cuomo, Razzante, *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007, p. 43, secondo i quali « *le "prove digitali" devono essere raccolte in un luogo virtuale dove perde consistenza la naturale propensione dell'uomo a rapportarsi con il mondo circostante con l'uso dei cinque sensi e, in particolare, il tatto* ».

*l'*adprehensio *di questa* res*; viceversa, la veridicità e la genuinità d'un determinato* file *dipendono direttamente dal modo (e finanche dalla competenza dei* cyber investigators*) con cui esso è stato individuato e acquisito* »[11].

Il percorso motivazionale del Giudice del Tribunale di Vigevano nel noto caso Garlasco, sia pure riferibile ad una situazione di fatto anteriore all'entrata in vigore della legge n. 48 del 2008, pare proprio voler aderire ad una possibile ricostruzione di una nullità processuale per violazione del diritto di difesa dell'indagato/imputato[12], la quale tuttavia non sussisterebbe nell'ipotesi in esame avendo il Tribunale qualificato gli atti metodologicamente scorretti compiuti dalla Polizia Giudiziaria come « *rientranti negli artt. 55 e 348 c.p.p.* », non integrando quindi « *un vero e proprio accertamento tecnico che sarebbe invece da ritenersi nullo perché di fatto irripetibile ed in violazione del contraddittorio* »[13].

Tuttavia, proprio alla luce del tenore delle stesse norme nazionali di attuazione della Convenzione di Budapest, altro autore[14] ha ritenuto che la mancata adozione delle misure di salvaguardia non condurrebbe ad una nullità del mezzo di ricerca della prova sia perché il portato innovativo *ex* legge n. 48 del 2008 « *non richiede l'adozione di* best practises*, ma il ricorso a misure tecniche adeguate al raggiungimento dello scopo conservativo dei dati acquisiti »,* sia perché la nullità di ordine generale richiamata dall'art. 178 lett. *c*) c.p.p. non concerne « *la metodologia di acquisizione probatoria e di conservazione degli elementi raccolti in materia informatica* ».

Nè potrebbe discendere, in casi simili, una sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova poiché, anche nel nuovo contesto normativo, mancherebbe un *"esplicito richiamo"* ad essa[15].

Altra impostazione più recente[16], dopo aver anch'essa rilevato l'insoste-

11. Vitale, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., 510.

12. Così infatti il passaggio nell'ordinanza del 30 aprile 2009 (nell'ambito del procedimento penale parallelo per i fatti di pedopornografia): « *anche a voler ammettere l'applicabilità temporale della nuova normativa nei suoi articoli 8 e 9 alla fattispecie processuale oggetto del presente giudizio, non si rientra nel caso di specie nell'ambito del regime della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., in quanto la suddetta disposizione si riferisce alle prove acquisite in violazione di legge e non a quelle la cui assunzione, pure consentita, sia avvenuta senza l'osservanza delle formalità prescritte, dovendosi applicare in tal caso la disciplina delle nullità processuali* ».

13. Ordinanza del 17 marzo 2009. Le richiamate ordinanze e la sentenza del G.u.p. di Vigevano del 17 dicembre 2009 sono, nelle parti più significative, pubblicate in Aterno, Cajani, Costabile, Mattiucci, Mazzaraco, *Computer Forensics e indagini digitali. Manuale tecnico–giuridico e casi pratici*, Forlì, 2011, I, p. 380 ss; p. 636 ss.

14. Braghò, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, Milano, 2009, pp. 190–191.

15. *Ibidem*. Allo stesso modo Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 294–295.

16. Bergonzi Perrone, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

nibilità della tesi della nullità, ritiene tuttavia che « *la strada da seguire per indagare sull'esistenza o meno di una presenza sanzionatoria andrà ricercata in altre disposizioni e in altri principi processual–penalistici* » che qui vengono individuati nella « *ben nota interpretazione costituzionalmente orientata della inutilizzabilità "derivata", o "costituzionale", additiva alla inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente cioè agli atti probatori assunti* contra legem »[17].

In effetti già prima del 2008 si era fatto riferimento ad una « *inutilizzabilità del materiale raccolto per* unreliability, *vale a dire per inidoneità delle evidenze ad assicurare un accertamento attendibile dei fatti di reato* »[18], e quindi non già legata a previsioni testuali del codice di rito ma semmai derivante da impostazioni dogmatiche di origini statunitensi. Una simile impostazione, attesa una giudicata « *non... sufficiente sanzione nella predicata inattendibilità del risultato ottenuto* » dal momento che la contrapposta soluzione si limiterebbe « *a situare gli effetti di metodiche scorrette sul piano scivoloso della valutazione giudiziale della prova* »[19], è dunque ripresa con maggior forza dopo l'introduzione della legge n. 48 del 2008 da coloro che ritengono che « *la* digital evidence *ottenuta o duplicata con metodi impropri o comunque non verificabili equivale ad un* quid *diverso da quello originariamente rinvenuto e, introdotta in giudizio in forza della sua indifferibile rilevazione, mette a disposizione del giudice un dato adulterato* »[20]. Da una siffatta « *inidoneità probatoria della risultanza in sé e di qualsiasi ulteriore mezzo di prova finalizzato ad analizzarla* »[21] si verrebbe così a configurare un « *dovere giudiziale di escludere già in fase di ammissione della prova (art. 190 c.p.p.) l'evidenza digitale rilevata, con conseguente inutilizzabilità della stessa ovvero della sua successiva analisi tecnica in quanto acquisite, entrambe, in violazione di un divieto stabilito della legge (art. 191 co. 1 c.p.p.)*[22].

E, ancora più recentemente, è stato autorevolmente sottolineato[23] come

17. *Ibidem*.

18. Cfr. Ashwort, *Excluding Evidence as Protecting Rights,* in *Criminal Law Review,* 1977, 724, così come richiamato da Lupária, *I profili processuali,* cit., 158.

19. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 161.

20. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 162.

21. L'autrice osserva sul punto che in dottrina si sia affermato come « *il criterio di idoneità probatoria, espressamente indicato tra i parametri per l'ammissione della prova atipica* (art. 189 c.p.p.), *deve riconoscersi anche quale presupposto implicito per l'ammissione della prova tipica* »: così Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 27.

22. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 162, p. 163. Nello stesso senso pare Monti, *I mezzi di ricerca della prova digitale*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, cit., p. 209: « *Se questa lettura è giusta, allora è inevitabile riaprire il capitolo dell'(in)utilizzabilità processuale dei dati acquisiti nel mancato rispetto dei suindicati obiettivi di garanzia, che la giurisprudenza aveva frettolosamente e brutalmente interrotto* ». Anche tale autore fa riferimento a spunti comparativistici di diritto statunitense (in materia di irragionevolezza del sequestro, con particolare riferimento all'inutilizzabilità di prove non indicate nel provvedimento che dispone la misura): cfr. Long, *Mapp. V. Ohio: Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures,* University Press of Kansas, 2006.

23. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir.*

la problematica in oggetto, sia pure « *resa ardua dal rilievo che le specifiche modalità acquisitive sono prive di una espressa disciplina* », meriterebbe una particolare attenzione — anche sotto il profilo sanzionatorio — dal momento che « *siamo senz'altro dinanzi a violazioni che attengono alle modalità di formazione della prova, al cd.* quomodo, *eppure incidono sulla sostanza dell'atto in forza al collegamento delle stesse con la genuinità–integrità del dato raccolto e, dunque, in ultima analisi con la qualità euristica dello stesso* ».

**2. La prima sentenza della Suprema Corte dopo l'introduzione della legge n. 48/2008.** Se questa è l'impostazione della dottrina sul punto (in estrema sintesi ma avendo ritenuto opportuno riportare qui per esteso alcuni dei passi più significativi per coglierne appieno le rispettive valenze argomentative), nella sua prima pronuncia[24] in materia di *digital evidence* dopo l'entrata in vigore della legge n. 48 del 2008 la Suprema Corte è parsa seguire la tesi volta a riportare l'ambito della questione nell'alveo della valutazione probatoria in capo al Giudice[25], sia pure non affrontando *ex cathedra* il tema in esame (dal momento che, nonostante il ricorrente avesse indicato il profilo del mancato rispetto della procedura di conservazione e duplicazione del dato informatico così come previsto dalla nuova normativa, di fatto la motivazione della sentenza afferma la corrispondenza in astratto tra dato normativo e quanto la Polizia Giudiziaria aveva compiuto nel caso concreto[26]).

Pare altresì opportuno rilevare come qui la Cassazione, in maniera significativa ai fini del nostro discorso e concordemente con un rilievo dottrinale prima ricordato[27], evidenzia come « *la normativa richiamata dal ricorrente non individua specificatamente le misure tecniche da adottare, limitandosi a richiamare le esigenze da salvaguardare attraverso idonei accorgimenti* ».

In attesa di pronunce che prendano espressa posizione in materia, è possibile tuttavia indicare alcuni ulteriori spunti di riflessione.

*pen. proc.*, 2010, 7, 790.

24. Cass., Sez. II, 13 marzo 2009, Bruno, in *www.lawyersonweb.it*. Per un commento cfr. Cisterna, *Tecniche di ricerca appropriate in base all'attuale quadro normativo*, in *Guida dir.*, 2009, 17, 87 ss.

25. Così anche Bergonzi Perrone, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

26. Più precisamente, la Corte afferma che « *come si evince dal verbale di sequestro, redatto in presenza del ricorrente, nel caso in esame il* file *oggetto del sequestro è stato masterizzato in quattro copie identiche, su altrettanti Cd–rom non riscrivibili, uno dei quali è stato lasciato a disposizione dell'ausiliario di p.g. . . . che ha sottoscritto tutti i Cd–rom in questione, e quindi adottando misure tecniche. . . in astratto idonee ad assicurare la conservazione e l'immodificabilità dei dati acquisiti. Ogni altra valutazione di ordine tecnico circa la necessità di effettuare l'hashing per poter eventualmente verificare se la copia del* file *nel Cd masterizzato sia uguale all'originale (e, quindi, se il* file *sia stato modificato o meno) è estranea al giudizio di legittimità* ».

27. Braghò, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, cit., p. 190.

**3. I lavori preparatori della legge n. 48/2008.** In una prima analisi interpretativa, occorre sottolineare come nel complessivo dibattito parlamentare che ha preceduto l'emanazione della legge n. 48 del 2008 non vi sia traccia della volontà di modificare sul punto il pregresso regime sanzionatorio in materia di acquisizione degli elementi di prova, neppure laddove essi rivestano particolari caratteristiche.

La discussione dell'art. 7 alla Camera dei Deputati è stata invece dettata da preoccupazioni diverse[28], volte a scongiurare eventuali carenze della Polizia Giudiziaria nell'approccio alla *digital evidence*, arrivando così all'approvazione dell'originario testo del disegno di legge comprensivo dell'emendamento 7.100 delle Commissioni che introduceva — nel corpo degli artt. 244, 247 e 354 c.p.p. — la dizione « *adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione* ». Siffatto testo rimase poi inalterato al Senato, come del resto l'intero disegno di legge approvato alla Camera.

**4. Le critiche alla tesi delle prove c.d. incostituzionali.** Se dunque il riferimento normativo dell'inutilizzabilità risiede nell'art. 191 comma 1 c.p.p., l'accento della questione cade — come già ricordato — sulla possibilità o meno di individuare un siffatto divieto nelle norme volte a disciplinare il procedimento probatorio[29].

Una prima considerazione appare però evidente: in assenza di una previsione testuale di inutilizzabilità nel caso che ci riguarda, il ricorso alla categoria della prova incostituzionale[30] implicitamente porta con sé la consapevolezza di non poter a rigore considerare — *de iure condito* — la indicazione normativa volta all'adozione di misure di salvaguardia alla stregua

28. Cfr. Camera dei Deputati, resoconto stenografico, seduta n. 276 di mercoledì 20 febbraio 2008.

29. Ed infatti la giurisprudenza della Cassazione ha precisato come i divieti probatori vadano individuati non solo in « *quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234 3° co. c.p.p. e cioè, in materia d'incompatibilità a testimoniare o in relazione all'impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle voci correnti del pubblico, ma possono anche essere desumibili dall'ordinamento e ciò, accade tutte le volte in cui i divieti, in materia probatoria, non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova* » (così Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 s). Cfr. sul punto anche Corte cost., n. 34 del 1973.

30. Cfr. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova,* cit., p. 142. Secondo tale autore « *tale costruzione... riecheggia l'esperienza nordamericana delle* exclusionary rules *di derivazione costituzionale* ». Alla categoria della prova incostituzionale fa riferimento Flor (*Brevi riflessioni a margine della sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sulla c.d.* Online Durchsuchung, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 698) in relazione alle ipotesi di perquisizioni *online* eventualmente individuabili all'interno del nostro ordinamento giuridico: l'autore sul punto cita Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, 3937 ss., con note di Ruggeri e Di Bitonto. Più in generale, sul tema della prova incostituzionale cfr. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 149 s.

di un divieto probatorio (e, come tale, rilevante ai fini della sanzione di inutilizzabilità)[31].

Anche a voler tacere tutto questo, non possono non essere qui richiamate le condivisibili critiche della dottrina maggioritaria[32] che hanno messo in evidenza come il riferimento ad una siffatta impostazione dogmatica, nella giurisprudenza in materia di prove, rappresenti talvolta un « *espediente retorico destinato a dissimulare un'ingiustificabile applicazione analogica* » di previsioni che contemplano la sanzione dell'inutilizzabilità[33].

Inoltre, a parte la difficoltà — evidenziata dalla stessa giurisprudenza che ne fa uso[34] — di individuare con precisione quali sarebbero i divieti probatori così ricostruibili[35] (e con essa il conseguente ampio grado di discrezionalità circa l'ambito di operatività della nozione di prova incostituzionale), tale impostazione è sicuramente ispirata a modelli ordinamentali — come quello nordamericano — « *nei quali... al singolo giudice è affidato il vaglio del rispetto delle norme costituzionali con il potere di disapplicare le disposizioni della legge ordinaria per dare prevalenza alle prime e di enucleare divieti probatori direttamente applicabili al processo* »[36]. Riecheggiano dunque, anche sotto tale profilo, gli insegnamenti che — nella materia delle prove — vengono spesso fatti discendere dalla nota sentenza americana *Daubert v. Merrel Dow Farmaceuticals Inc.* del 1993, con quell'orientamento[37] che ha soppiantato il precedente

31. Cfr. sul punto anche Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit.: sebbene l'autrice — proprio nell'analisi della categoria della "prova incostituzionale" — indichi in via generale (cfr. p. 173) una « *interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 189* » in grado di individuare « *un divieto probatorio implicito nel sistema* » tale da estromettere anche « *le prove non disciplinate dalla legge e assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali e costituzionalmente tutelati* » (essendo le stesse, per tali motivi, prove *vietate*), in conclusione e proprio in riferimento ai casi dettati dall'influenza del progresso tecnologico sulle indagini così afferma (p. 247): « *Indubbiamente, quello che prospettiamo costituisce un rimedio ermeneutico "di fortuna". Assai preferibile sarebbe stato che il legislatore, accanto al limite della libertà morale, avesse codificato uno sbarramento in relazione ai diritti fondamentali dell'individuo, se del caso precisando nello stesso art. 189 che tale norma si applica anche agli atti di indagine preliminare* ».

32. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 855: « *È il legislatore a dettare le norme sulla prova: non siamo negli Stati Uniti d'America, dove la giurisprudenza federale enuclea "rules on evidence" dal Quarto Emendamento; i canoni costituzionali operano indirettamente* ». Sul fatto che la nozione di prova incostituzionale risulti inattuale ed inutile, dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1988 e la correlata configurazione legislativa di divieti probatori in singole norme processuali cfr. Galatini, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen,)* in *Enc. Dir.* Agg., I, Milano, 1997, p. 699.

33. Così Nappi, *Giusta estensione a tutela della privacy*, in *Dir. giust.*, 2000, 24, 41.

34. Così Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, citata da Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 147.

35. Si sottolinea, peraltro, come lo stesso divieto probatorio pacificamente oggi ricavabile dall'art. III, co. 4 Cost. sia oggi espressamente inserito nell'art. 526 comma 1–*bis* c.p.p., quasi a significare — anche sotto tale ulteriore profilo — la necessità di una esplicita previsione di legge ordinaria per delineare qualsivoglia divieto probatorio: cfr. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, p. 474.

36. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova,* cit., p. 149.

37. « *Nella sentenza* Daubert *la Corte suprema ha affermato un principio fondamentale: in presenza di*

ricavabile dalla pronuncia *Frye v. United States* del 1923[38]. Tuttavia, per dirla come Cordero[39], « *la premessa invita a sconfinare nel terreno di massime forse apprezzabili in sede politica ma giuridicamente insignificanti, finchè siano elevate a contenuto d'una norma* ».

**5. Mondo reale e realtà virtuale.** *De iure condito*, le previsioni normative introdotte dalla legge n. 48 del 2008 e volte all'adozione di misure di salvaguardia paiono dunque rimanere nell'ambito di meri principi generali in relazione al *modus procedendi* nell'acquisizione della *digital evidence* e non già di regole specifiche (peraltro di impossibile enunciazione, data la continua evoluzione dello stato della tecnica) di acquisizione probatoria, la cui violazione darà luogo eventualmente a responsabilità penali o disciplinari in capo agli operanti di Polizia Giudiziaria.

Ricorrere alla distinzione tra "mondo reale" e "mondo virtuale"[40] al fine di arginare gli effetti dell'avallo giurisprudenziale[41] alla teoria anglosassone dei "frutti dell'albero avvelenato" sembra essere un mero artificio retorico: se anche vogliamo discutere dell' *adprehensio* di un arma di un delitto, il suo valore probatorio non può dirsi "*sostanzialmente indifferente*"[42] allorchè essa venga raccolta e maneggiata con modalità tali da aggiungere impronte (degli investigatori intervenuti) ad impronte (dei precedenti utilizzatori, tra i quali verosimilmente l'autore del delitto).

*una prova scientifica nuova, il giudice non può limitarsi a constatare passivamente resistenza o inesistenza di una sua generale accettazione nella comunità scientifica di riferimento (come era stato sostenuto dalla* circuit court *del distretto di Columbia settant'anni prima), ma deve valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure adottate dall'esperto. Questa valutazione va condotta alla stregua di una serie di criteri che la stessa sentenza* Daubert *indica, sia pure a titolo meramente esemplificativo: non solo, appunto, l'accettazione generale da parte degli studiosi della materia — criterio assai più evanescente di quanto appaia a prima vista – ma anche il grado di controllabilità e falsificabilità del metodo scientifico, l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore, l'indicazione del margine di errore conosciuto, la rilevanza diretta e specifica delle conoscenze acquisibili rispetto ai fatti di causa e cosi via.*

*Al cospetto di una prova scientifica nuova o controversa, non v'è dubbio che anche il giudice italiano debba vagliarne l'astratta affidabilità, impiegando anche, ma non soltanto, i criteri* Daubert. *Assai più discusso è* in quale sede *– e nel rispetto di quali parametri* normativi *– ciò possa e debba accadere* »: Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3525 s.

38. Cfr. Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss.; Tagliaro, D'Aloja, Smith, *L'ammissibilità della "prova scientifica" in giudizio e il superamento del frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.*, in *Riv. it. medicina leg.*, 2000, 719 s.

39. Cordero, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 154, che conclude sul punto: « *Si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della formazione attuata in sede legislativa; ma si incorre in un salto logico, quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare, come processualmente rilevante, ogni dato conoscitivo conseguito da una condotta difforme da quelle direttive* ».

40. Il riferimento è al passo, precedentemente richiamato, di Vitale, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., p. 509 s.

41. Cfr. Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit.

42. Anche in questo caso il riferimento è al passo, precedentemente richiamato, di Vitale, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, cit., p. 509 s.

Si tratta invece di chiedersi, come vedremo nel prosieguo ed immaginandoci l'esistenza di una norma nel codice di procedura penale che imponga di acquisire l'arma ritrovata sulla *scena criminis* « *adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione delle impronte digitali originali e ad impedirne l'alterazione* », se tale elemento di prova (così "maldestramente" raccolto), debba o non debba entrare nel patrimonio valutativo del Giudice. Ed interrogarsi, semmai, sull'effettiva esistenza di quel « *rischio, assai concreto, di manifestazioni distorsive dei meccanismi processuali derivanti dal particolare contesto in cui vanno ad inserirsi le attività di apprensione del dato digitale* »[43]: rischio nel quale, sia pure denunciato da un autorevole sostenitore della tesi dell'inutilizzabilità, sembrano poi incorrere proprio coloro che fanno leva sulla categoria del "virtuale"[44] per introdurre linee di distinguo nel generale ragionamento giuridico.

In altre e più sintetiche parole: ben venga la critica dogmatica rivolta all'albero avvelenato, i cui frutti — allo stato della nostra giurisprudenza maggioritaria e della più autorevole dottrina — tuttavia rimangono tali[45] anche se "di consistenza" digitale.

**6. Il Giudice, la Prova e la Scienza.** A complicare il tutto vi è la constatazione che, come è stato correttamente sostenuto[46], « *nella stragrande maggioranza dei casi le parti* neppure si pongono il problema *della validità scientifica delle conoscenze applicate nel processo* ». E quindi, anche nell'ambito che qui interessa, occorre sempre più sollecitare percorsi di aggiornamento professionale per tutte le parti coinvolte (Polizia Giudiziaria, Magistratura, Avvocati)[47].

43. Così Lupária, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali,* in *Investigazione penale e tecnologia informatica*, a cura di Luparia, Ziccardi, Milano, 2007, p. 155.

44. Categoria della quale facilmente si potrebbe teorizzare l'inesistenza, non solo fattuale ma anche giuridica.

45. Cfr. sul punto Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 618: « *La coerenza del sistema non implica un'armonia prestabilita spicciola. Già i «* Tituli ex corpore Ulpiani *» identificano* leges minus quam perfectae *o addirittura* imperfectae. *Forse i compilatori avevano in mente i «* fruits of the poisoned tree *» e simili metafore, spacciate con incongrui riferimenti alla Costituzione, ma i testi legali valgono nella misura delle cose dette: e l'art. 191.1 non dice niente sui «frutti dell'albero avvelenato»; escludendo le prove male «acquisite», perché qualche norma vietava d'acquisirle (erano dunque inammissibili), formula una tautologia; "inammissibile" significa «da non acquisire», e implica l'irrilevanza del male acquisito* ».

46. Cfr. Brusco, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1414.

47. Si consenta qui di ricordare il contributo di IISFA (*Information Systems Forensics Association*), l'organizzazione internazionale dei tecnici e giuristi impegnati nella promozione scientifica dell'informatica forense attraverso la divulgazione, l'apprendimento e la certificazione riconosciuta in ambito internazionale (il capitolo italiano è presente dal 2007 come prima Associazione in Italia con *focus* specifico sulla *"Information Forensics"*). Nonché altresì di citare la positiva esperienza del corso di *e–learning* per la Polizia Giudiziaria, realizzato dal *pool* reati informatici della Procura presso il Tribunale di Milano d'intesa con il Comune di Milano: *www.procura.milano.giustizia.it* (sezione reati informatici).

L'obiettivo tuttavia, come spesso viene ben messo in evidenza, non è quello della cultura scientifica "di merito" ma di una *"cultura dei criteri"*[48]: il Giudice (ma riteniamo con Lui anche tutte le altre Parti processuali[49]) non deve trasformarsi in scienziato ma deve saper valutare il tasso di "scientificità" della tecnica probatoria adottata.

Ciò premesso, è possibile sostenere che tale ruolo possa e debba essere svolto dal Giudice fin dalla fase di ammissione della prova[50], alla stessa stregua di quanto avviene nell'ordinamento americano?[51]

**7. La prova precostituita.** Verificare se anche nel sistema giuridico italiano, quando sia in gioco la *novel science*, occorra un'apposita udienza (la cosiddetta *pre–trial Daubert)* per stabilirne l'ammissibilità ai sensi dell'art. 189 c.p.p.[52] rischia, tuttavia, di divenire una pura questione accademica laddove si consideri l'effettiva portata delle disposizioni codicistiche in tema di prova così come poste in relazione alle indagini sul *cybercrime* o, comunque, a quelle recanti profili attinenti ai temi della *computer forensics* finora analizzati.

Ed infatti, come è stato lucidamente ricordato, « *la costruzione del contraddittorio dibattimentale "per la prova", secondo i canoni del diritto internazionale convenzionale e del novellato art. 111 Cost., inerisce esclusivamente alla prova "costituenda", orale e dichiarativa, nel dibattimento ispirato ai canoni del giudizio accusatorio... Ma, nelle relazioni sistemiche tra crimine, difesa sociale e processo penale, la prova scientifica tende sempre più a dislocarsi altrove, cioè "prima" e "fuori" del dibattimento, come prova "precostituita", rispetto alla quale il dibattimento s'atteggia nelle forme del contraddittorio non "per la prova", quanto piuttosto di mera critica "sulla prova"* »[53].

In un simile contesto, occorre dunque domandarsi quale debba essere, nel concreto, l'atteggiamento del Giudice in sede di ammissione di una

48. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico–tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 68, ritiene in questo modo superabile il « *paradosso della prova scientifica* » (ossia: come possono il giudice e le parti « *esercitare un controllo effettivo su un'attività probatoria... in cui un esperto impiega conoscenze che essi non posseggono?* »).

49. Le prove scientifiche « *che sfuggano, per una loro esasperata sofisticazione, alla comprensibilità delle parti e del giudice, pur nell'impiego il più* engagé *del loro "sapere comune", [devono vedersi] preclusa la loro fruibilità processuale–probatoria, in ragione del sistema razionale della prova, che ha come presupposto il dominio delle parti e del giudice sulle fonti della conoscenza giudiziaria* »: così Dominioni, *In tema di nuova prova scientifica,* in *Dir. pen. proc.,* 2001, 1065.

50. Ed infatti, secondo Cass., Sez. un., 7 aprile 1998, Gerina, cit., « *l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d' "uso" della prova* » con l'ulteriore precisazione per cui, sotto il primo profilo, « *l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto* ».

51. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520.

52. Dominioni, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 2008, 22.

53. Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1200.

prova precostituita, laddove venga prospettata l'assenza o la non corretta adozione delle misure volte a salvaguardia delle genuinità di siffatta *digital evidence*.

Le tesi volte a ricollegare ipotesi di inutilizzabilità, al di là dei diversi percorsi argomentativi che le sostengono, perseguono — nella sostanza — l'obiettivo di evitare « *i rischi di inquinamento dell'attività istruttoria che inevitabilmente derivano dall'acquisizione di elementi conoscitivi adulterati* »[54]: la dichiarata inutilizzabilità equivarrebbe, in tale ottica, alla immediata estromissione dal "fuoco" del contraddittorio dell'elemento di prova, che anzi rimarrebbe nel fascicolo del Pubblico Ministero senza che il Giudice neppure ne conosca il risultato.

Non sembra tuttavia che tale obiettivo possa essere realisticamente raggiunto, dal momento che — paradossalmente — quello che si richiederebbe al Giudice già in fase di ammissione della prova (anche a voler aderire ai criteri di valutazione complessivamente[55] elaborati nell'esperienza statunitense) implicherebbe di conseguenza una piena conoscenza delle metodologie scientifiche utilizzate durante l'acquisizione della *digital evidence* nonché dei risultati emersi a seguito della loro applicazione (anche laddove, in ipotesi, non sia stata adottata alcuna misura di salvaguardia così come indicato dalla legge n. 48 del 2008). Del resto la stessa Difesa non potrebbe non approfondire fin da subito entrambi gli aspetti, per mettere il Giudice nella condizione di poter apprezzare non solo il metodo ma anche l'entità dell'avvenuta "adulterazione" (e relativo "avvelenamento", per ritornare alla richiamata teoria) dell'elemento conoscitivo nel caso concreto.

Ebbene, non è anche questo un "contraddittorio dibattimentale", sia pure soltanto per la critica "sulla prova"? Non richiede anche tale fase una accurata istruttoria sul punto (essendo spesso necessario, per il Giudice, avere ben chiaro una molteplicità di aspetti anche tramite l'escussione diretta dei protagonisti che sono stati interessati ad una simile acquisizione), in tutto e per tutto simile a quella che ne seguirebbe in caso di ammissione della prova richiesta (con esame degli operanti di Polizia Giudiziaria e/o del consulente tecnico del Pubblico Ministero, sulle modalità di individuazione/acquisizione/analisi/conservazione della *digital evidence*)?

Oltre a questo dato fattuale di immediata evidenza e richiamate ancora le critiche mosse alla varie tesi in punto di nullità/inutilizzabilità, un altro

54. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, cit.

55. Cfr. Tagliaro, D'Aloja, Smith, *L'ammissibilità della "prova scientifica" in giudizio e il superamento del frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.*, cit., p. 723 ss, secondo i quali i criteri di giudizio sull'ammissibilità sono stati oggetti di affinamenti sia in ambito giuridico che giurisprudenziale dopo la sentenza Daubert. Ed infatti essi citano un noto commentatore giuridico (Farley in Saferstein (Editor), *Forensic Science Handbook*, III, Prentice Hall, NJ, 1993) il quale « *ha proposto sedici criteri di valutazione che, a nostro parere, meritano un'attenta analisi critica, anche in relazione ad una loro possibile applicabilità nella realtà italiana* ».

aspetto deve essere infine analizzato: è possibile sostenere — in un'ottica costituzionalmente orientata — che, laddove l'acquisizione della *digital evidence* sia avvenuta in assenza o con la non corretta adozione delle misure di salvaguardia prescritte dalla legge n. 48 del 2008, essa debba essere *ipso iure* sottratta alla valutazione del Giudice?

È questo uno dei temi centrali della questione, che tuttavia non sembra essere stato ancora preso nella dovuta considerazione. Perché, nelle questioni attinenti la *computer forensics* nelle investigazioni penali, non pare finora essere mai stata sollevata in giudizio la questione storica della "cattiva scienza" o della "scienza spazzatura" (la *Bad Science* o *Junk Science* degli americani) né tantomeno casi in cui il procedimento acquisitivo della *digital evidence* adottato dalla Polizia Giudiziaria sia caratterizzato da una « *manifesta illegittimità* » che lo ponga « *completamente al di fuori del sistema processuale* »[56].

Si tratta invece di ipotesi, fortunatamente sempre più rare a seguito di una maggiore specializzazione in materia ad opera delle Forze di Polizia, nelle quali si sono registrati — al più — comportamenti "maldestri" (e peraltro mai connotati da un intento doloso) in fase di acquisizione o di successiva analisi.

In relazione a tali evenienze, peraltro, lo stato della *computer forensics* (ove ben esercitata anche su un reperto informatico mal acquisito o analizzato) è capace di restituire una valutazione scientifica sul grado di compromissione di tale elemento digitale, come lo stesso Giudice di Garlasco ha ben sottolineato riportandosi a passi di "autorevole dottrina"[57] sul punto.

Tornando all'esempio dell'arma da fuoco sulla scena dell'omicidio, l'analisi scientifica delle tracce papillari potrebbe ben indicare una eventuale sovrapposizione di impronte, con conseguente individuazione del grado di incidenza dell'azione della Polizia Giudiziaria sulla genuinità dell'elemento di prova così restituito.

E dunque, se di questo stiamo parlando, quale soluzione deve privilegiarsi — nell'ottica del "giusto processo" *ex* art. 111 Costituzione[58] — a fronte di un dato informatico in grado di restituire solo parte del suo contenuto informativo? Una estromissione totale di tale dato oppure una valutazione (sia pure parziale) di esso, nell'ottica dell'accertamento dei fatti al fine di individuare una "verità processuale" che sia tendenzialmente coincidente

56. Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit.: qui il Giudice di legittimità ha colto l'occasione per precisare come « *l'inutilizzabilità presupponga la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto di un procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale* » stabilendo che « *ciò accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo ed acquisitivo dell'atto* ». Nello stesso senso Cass., Sez. un., 7 aprile 1998, Gerina, cit.

57. Cfr. G.u.p. Vigevano, ordinanza del 30 aprile 2009, cit.

58. Cfr. sul punto anche Tonini, *Considerazione su diritto di difesa e prova scientifica*, in *questa Rivista*, 2011, 3, 1 ss.

con una "verità storica"[59]?

Vedremo a breve come proprio il "caso Garlasco" abbia messo in evidenza il paradosso delle tesi volte ad argomentare — *de iure condito* ed in un'ottica costituzionalmente orientata — una simile estromissione. Perché, se è vero che « *nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato... abbia la facoltà, davanti al giudice,... di ottenere... l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore* » (art. III, co. 2, Cost.), solamente una valutazione di ogni singolo elemento di prova portato dalle parti processuali alla attenzione del Giudice, "esperto" nel senso prima indicato ed all'esito della complessiva istruttoria, sembra « *trova(re) nell'ordinamento stesso la sua giustificazione e la sua ragion d'essere a migliore tutela delle garanzie processuali e, quindi, di tutti* »[60].

## 8. L'importanza dei protocolli operativi in materia di *digital evidence*.

*De iure condendo,* si tratta semmai « *di colmare le lacune normative che ancora impediscono il pieno dispiegarsi del diritto al contraddittorio nei confronti di talune prove scientifiche* »[61].

Da più parti[62], inoltre, vengono invocati protocolli operativi[63] volti ad indicare, sia pure in linea generale, le corrette modalità di ricerca/acquisizione/analisi/conservazione della *digital evidence,* tenendo conto delle diverse situazioni tecniche e dei diversi dispositivi elettronici ove la stessa può essere ricercata sulla *crime scene*, prescrivendo altresì forme di documentazione particolari tali da consentire, anche in quel contradditorio a posteriori per la critica "sulla prova", il più ampio esercizio delle garanzie difensive.

59. In tema di processo e verità cfr. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 2 ss.

60. Così, sia pure però riferita alla *"necessità della previsione della sanzione della inutilizzabilità"* nelle ipotesi in esame, Bergonzi Perrone, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, cit.

61. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, cit., 3530. Secondo Centonze, *Scienza spazzatura e scienza corrotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1257 nota 95, ipotesi come queste « *sembrano stridere con il generale riconoscimento che anche, e soprattutto, per quegli accertamenti del fatto che richiedono il ricorso alle leggi della scienza il legislatore ritiene indispensabile, almeno in dibattimento, il vaglio del contributo degli esperti attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi e antitesi* ».

62. Cfr. in particolare Curtotti, Nappi, Saravo, *L'errore tecnico sulla scena del crimine*, in *questa Rivista*, 2011, 3, 22.

63. Nel 2005 si era auto–costituito presso l'Università Statale di Milano un gruppo di ricerca, coordinato dal Prof. Giovanni Ziccardi e denominato *LEFT (Legal Electronic Forensic Team)*, avente come obiettivo primario la redazione delle prime linee guida italiane in materia di accertamenti informatici e di *computer forensics*. Sebbene i lavori siano continuati per oltre un anno ed abbiano costituito una prima importante base di confronto sul tema, tale gruppo (costituito da Magistrati, Avvocati, Professori universitari ed esponenti delle Forze dell'Ordine) non è riuscito nel suo dichiarato intento.

Tali protocolli avrebbero una molteplicità di funzioni: oltre ad una (non più rinunciabile) funzione pedagogica per la Polizia Giudiziaria, sarebbero essi stessi d'ausilio al Giudice nella sua (libera, *ex* art. 192 c.p.p.) valutazione delle prove digitali complessivamente assunte in dibattimento nel contraddittorio delle parti.

Anche sotto tale ottica, la motivazione del Tribunale di Bologna sul caso Vierika appare — anche a seguito delle innovazioni *ex* legge n. 48 del 2008 — ancora condivisibile[64] laddove indica che non sia compito del « *Tribunale determinare un protocollo relativo alle procedure informatiche forensi, ma semmai verificare se il metodo utilizzato dalla p.g. nel caso in esame abbia concretamente alterato alcuni dei dati ricercati. In altre parole, non è permesso al Tribunale escludere a priori i risultati di una tecnica informatica utilizzata a fini forensi solo perché alcune fonti ritengono ve ne siano di più scientificamente corrette, in assenza della allegazione di fatti che suggeriscano che si possa essere astrattamente verificata nel caso concreto una qualsiasi forma di alterazione dei dati e senza che venga indicata la fase delle procedure durante la quale si ritiene essere avvenuta la possibile alterazione* »

Infine, come sempre più spesso rilevato[65], appare ormai irrinunciabile la necessità di un'etica condivisa dell'esperto (consulente tecnico e perito) che « *funga da barriera a manipolazioni, deformazioni, omissioni e contaminazioni i cui effetti dirompenti sono da tutti intuibili, se si considera l'oggetto del processo penale e le sue implicazioni: la possibile condanna di un innocente o, al contrario, l'assoluzione di un colpevole* »[66].

**9. *Digital evidence* e ripartizione dell'onere probatorio tra Accusa e Difesa.** Abbiamo già accennato al paradosso processuale del caso Garlasco, dal momento che — leggendo la sentenza di primo grado — ritroviamo tra gli elementi valorizzati dal Giudice a favore dell'indagato (in relazione all'alibi informatico[67]) molte delle *digital evidence* rispetto alle quali la Difesa aveva insistito, nel corso del processo, per la loro estromissione proprio facendo leva sulla tesi della inutilizzabilità (stante la loro illegittima acquisizione)[68].

64. Sul punto vedasi anche le lucide considerazioni (in tema di perizia, ma adattabili perfettamente al discorso in esame) di Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico–tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 36, nota 65: « *occorre una precisazione: non è da attribuire al giudice il potere di prescrivere all'esperto quale metodo scientifico adottare, ciò che varrebbe trasferire dalla legge al giudice un potere di normazione dell'epistemologia scientifico–tecnica. Altro è il giudizio sull'idoneità probatoria dello strumento scientifico–tecnico adottato dall'esperto, il quale compete al giudice* ».

65. Con specifico riferimento alla *computer forensics* cfr. Ziccardi, *Scienze forensi e tecnologie informatiche*, cit., p. 155.

66. Lorusso, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1349.

67. Sull'alibi informatico in generale cfr. Calabrò, Costabile, Fratepietro, Ianulardo, Nicosia, *L'alibi informatico: aspetti tecnici e giuridici,* in *Memberbook 2010 — Digital Forensics*, a cura di Ilsfa, Forlì, 2010, p. 277 ss.

68. Cfr. G.u.p. Vigevano, sentenza 17 dicembre 2009, cit., 41, 43.

Confortati anche dalle indicazioni dei tecnici[69], occorre quindi ancora una volta[70] riaffermare in conclusione come l'onere probatorio in capo all'organo dell'Accusa potrà considerarsi correttamente assolto nel momento in cui venga indicato, per l'istruttoria dibattimentale:

— da chi sia stato individuato il dato informatico,
— come tale dato si presentava al momento della sua individuazione ad opera della parte (Ufficiale di Polizia Giudiziaria, persona offesa, terzi non aventi alcun minimo interesse ai fatti di cui al processo[71]),
— con quale modalità e dopo quanto tempo tale persona lo abbia acquisito,
— in che modo siano state successivamente conservate[72] le « *sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità* » (prendendo a prestito l'efficace dizione normativa di cui all'art. 21 comma 1 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), così come presenti al momento della individuazione / acquisizione.

Spetterà a quel punto alla Difesa dimostrare il contrario, non in termini generali ed astratti ma semmai indicando gli elementi, anche acquisiti a seguito di indagini difensive di natura tecnico–scientifico[73], che dimostrino come nel caso concreto il processo di individuazione / acquisizione / conservazione del dato informatico e di successiva analisi, così come rappresentato in dibattimento dall'Accusa, abbia invece portato ad una alterazione dello stesso, tale da inficiarne un giudizio di attendibilità probatoria[74].

69. « *La possibilità della modifica di una successione di bit andrebbe presuntivamente considerata come avvenuta, con la conseguenza che, qualora in un procedimento venisse prodotto in giudizio un dato informatico, lo stesso andrebbe presuntivamente considerato come modificato ad arte, dovendo la parte interessata alla sua acquisizione nel processo dimostrarne l'attendibilità. Tuttavia, la presunzione di ripudio non andrebbe intesa come una dichiarazione di inattendibilità del dato informatico, in quanto tale considerazione verrebbe facilmente contraddetta dall'esistenza della stessa firma digitale. Ugualmente, la presunzione di ripudio del dato informatico non deve far pensare che il dato informatico sia inutilmente entrato nel processo, bensì deve essere percepita nel senso che la parte che produca un dato informatico sia onerata dalla dimostrazione della genuinità e attendibilità del dato stesso* »: così Caccavella, *Gli accertamenti tecnici in ambito informatico e telematico,* in Aterno, Mazzotta, *La perizia e la consulenza tecnica*, Padova, 2006, p. 198.

70. Sia consentito il rinvio a Cajani, *Anatomia di una pagina web,* in *Dir. internet*, 2007, 5, 483 ss.

71. La cui testimonianza nel processo potrà essere valuta dal Giudice con un maggiore grado di attendibilità, in astratto, rispetto a quanto potrebbe invece rappresentare la persona offesa.

72. Cfr. in tema di *chain of custody*, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, Pirrotta, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1076, con nota di Casini.

73. Come del resto avvenuto nel caso Garlasco.

74. Su posizioni differenti Lupária, *I profili processuali,* cit., p. 158: « *Si colloca in effetti fuori dall'architettura sistematica del nostro ordinamento processuale l'apposizione, a carico della difesa, di un onere di prova circa le esatte modificazioni del dato digitale provocate dall'avvenuto scostamento dalle* best practices. *La tutela della genuinità della* electronic evidence *costituisce infatti un valore assoluto al quale devono conformarsi gli organi inquirenti, pena l'inutilizzabilità del materiale raccolto per* unreliability, *vale a dire per inidoneità delle evidenze ad assicurare un accertamento attendibile dei fatti di reato. All'imputato spetta*

Lungi dall'ipotizzare « *un preciso parallelo tra quanto accorso al momento della nascita dell'inchiesta medioevale e quello che probabilmente sta andando a determinarsi con la diffusione delle tecniche informatiche all'accertamento del reato* »[75], solo in una siffatta ottica la scienza della *computer forensics*, ancora poca conosciuta da tutti gli operatori del Diritto ma non per questo *scienza cattiva* o *scienza spazzatura,* ci potrà aiutare non già « *a nascondere la verità, ma esattamente all'opposto… al fine di dare un senso alla parola giustizia* »[76].

*soltanto di mostrare che le modalità utilizzate per l'apprensione, per il mantenimento della* chain of custody *e per la successiva elaborazione non rispecchiano i canoni generalmente riconosciuti come affidabili. Ove ciò si appalesi, grava sull'accusa il peso di dimostrare che quel metodo, seppur difforme dalla miglior prassi tecnica, non ha, nel caso di specie, alterato i dati e ha salvaguardato la cosiddetta "integrità digitale". E in caso di incertezza su quest'ultima circostanza, si dovrà accogliere la regola di giudizio dell'*in dubio pro reo, *e non certo quella secondo cui* in dubio pro republica ».

75. Così Lupária, *Computer crimes e procedimento penale,* in *Trattato di procedura penale,* VII, I, a cura di Garuti, Torino, 2011, p. 376: l'autore fa riferimento a Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma–Bari, 2001, p. 180.

76. Il riferimento è alle parole dei difensori di Alberto Stasi, *memoria difensiva*.