

Campionamento di rifiuti: cogenza del metodo e relativo valore processuale

Due sono i temi che meritano una riflessione nel commento della sentenza in rassegna: la problematica della scelta del metodo da adottare in occasione del campionamento di rifiuti ed il successivo valore probatorio dei prelievi così come operati. Entrambi i rilievi assumono particolare pregnanza se si pensa alle conseguenze che possono scaturirne in sede processuale penale.

Nel dettare la disciplina del campionamento dei rifiuti funzionale alla successiva loro caratterizzazione chimico-fisica, l'art. 8, comma 1 del d.m. 5 febbraio 1998 recante *Individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero ai sensi degli artt. 31 e 33 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22*, richiama oggi non più i criteri elaborati dal CNR-IRSA quaderno 64, ma le più attuali norme UNI 10802 (Rifiuti liquidi, granulari, pastosi e fanghi - Campionamento manuale e preparazione ed analisi degli eluati). Tale rinvio, secondo la Suprema Corte, deve essere ritenuto però privo di portata generale poiché riferibile unicamente alla disciplina delle analisi effettuate dal titolare dell'impianto di produzione al fine della caratterizzazione di quelle particolari tipologie di rifiuti richiamate dal legislatore.

Prima di procedere ad ogni qualsivoglia forma di prelevamento di campioni è opportuno svolgere una indagine preventiva sul grado di omogeneità e/o eterogeneità della composizione della matrice che si vuole sottoporre ad analisi, predisponendo un preciso ed articolato piano di campionamento ⁽¹⁾ correlato alla tipologia dei rifiuti in esame, al loro stato fisico, alla giacitura, agli inquinanti e optando, quindi, per la tecnica di prelievo in grado di consentire le maggiori garanzie di rappresentatività del campione ⁽²⁾.

Solo in presenza di una massa di rifiuti omogenea sarà applicabile la normativa tecnica dettata dal disciplinare UNI 10802 e dedicato a rifiuti liquidi, fangosi o granulari (cioè solidi con pezzatura non superiore ai 5 mm), esplicitamente richiamata dall'art. 8, d.m. 5 febbraio 1998.

In caso di ammassamenti eterogeni, il metodo di campionamento dovrà adeguarsi alla tipologia del rifiuto in questione, al fine di ottenere – mediante le metodiche più opportune e comunque riconosciute dalla comunità scientifica – il passaggio da una grande massa eterogenea ad una piccola massa omogenea e rappresentativa.

Secondo i giudici della legittimità, i rifiuti inerti, e cioè quelli provenienti da costruzione e demolizione, vanno ricondotti a questa seconda categoria e per poter essere adeguatamente campionati e analizzati, richiedono una preventiva attività di preparazione che consta generalmente di operazioni di essiccamento, setacciatura, macinazione, omogeneizzazione, ecc. volte ad ottenere che la più piccola pesatura sia rappresentativa dell'intera massa del campione, attività quelle indicate che, se non sussumibili nelle procedure UNI, certamente trovano alloggio nelle altrettanto valide norme CNR IRSA 64/1985.

La Corte afferma così che la scelta del metodo di campionamento debba essere vagliata caso per caso, in relazione alla fattispecie concreta in esame, applicando ove possibile le discipline normativamente imposte, ovvero optando – con scelta adeguatamente motivata – per metodologie diverse ove la situazione lo richieda o lo imponga.

Lo sforzo interpretativo richiesto in materia ambientale per individuare la normativa effettivamente applicabile al caso concreto è divenuto insostenibile: l'ipertrofia legislativa che investe a ritmo costante questo settore produce continui disorientamenti tanto in sede dottrinale quanto giurisprudenziale. Nell'attuale assetto, la normativa UNI 10802 e quella CNR IRSA 64/1985 convivono, sebbene si assista ad una progressiva erosione degli spazi di quest'ultima a favore della prima. Appare opportuno, in questo senso, comprendere se le medesime normative si pongano come cogenti in occasione di controlli e di campionamenti operati non solo e non tanto dal produttore dei rifiuti, quanto piuttosto in successive fasi di verifica o di controllo.

La delibera del Comitato interministeriale del 27 luglio 1984 recante *Disposizioni per la prima applicazione dell'art. 4 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915, concernente lo smaltimento dei rifiuti*,

¹Si veda: d.m. 3 agosto 2005 - *Definizione dei criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica*.

²Cfr. PERNICE - MININNI, *Il sistema tecnico e normativo di gestione dei rifiuti*, Milano, 2008, 299 e ss.

risulta tuttora in vigore in quanto, non è stata espressamente abrogata dall'art. 264, d.lgs. n. 152/2006 ed è stata parimenti oggetto di intervento solo parziale ad opera dell'art. 17 del d.lgs. 36/2003 che, al punto 6.3, prevede ancora che il campionamento dei rifiuti e del compost sia effettuato secondo i criteri elaborati dal CNR IRSA per i fanghi.

Successivamente, il d.m. 3 agosto 2005 recante *Definizione dei criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica*, ha confermato la validità del metodo CNR IRSA unicamente per il campionamento di rifiuti urbani biodegradabili mentre per l'analisi degli eluati e dei rifiuti vi è un espresso rimando alla norma UNI 10802 ⁽³⁾.

Con riguardo invece al settore delle terre e rocce da scavo, con il decreto ministeriale n. 161 del 10 agosto 2012 (allegato 8), si rinviene un richiamo espresso del legislatore al disciplinare UNI 10802 imposto quale strumento obbligato sancendo che «qualora previsto, il campionamento sui cumuli è effettuato sul materiale tal quale, in modo da ottenere un campione rappresentativo secondo la norma UNI 10802». In mancanza di espresse deroghe o puntualizzazioni legislative, il respiro delle previsioni in materia di campionamento può definirsi serenamente di portata generale.

Così ricostruita la normativa, pare infatti potersi affermare l'esistenza di un vincolo normativo o, quantomeno, di una predilezione legislativa all'uso del disciplinare UNI 10802 per il campionamento di rifiuti in generale (salve le eventuali eccezioni) e di inerti in particolare; disciplinare imposto, infatti, tanto al titolare dell'impianto ove i rifiuti sono prodotti ai sensi dell'art. 8 del d.m. 5 febbraio 2008, quanto al gestore dell'impianto di recupero degli inerti ai sensi del successivo art. 9 ⁽⁴⁾.

Considerato, poi, che il risultato delle procedure di campionamento è idoneo a incidere e condizionare in misura non trascurabile tutte le operazioni successive, l'analisi del metodo e delle procedure impiegate per ottenere il campione da sottoporre ad analisi e del valore probatorio del risultato ottenuto è questione centrale e di fondamentale importanza.

Ragionando in materia di prelievi e di campionamento, il problema processualmente più insidioso è sicuramente quello attinente alla efficacia probatoria di operazioni che, per loro natura, non sono mai e non possono generalmente essere mai compiute in presenza del giudice, collocandosi in un'area pre-procedimentale di carattere prettamente amministrativo.

L'attività ispettiva e di vigilanza degli organi accertatori amministrativi è per la gran parte vincolata da un coacervo di norme di settore assai puntuali (quando non addirittura puntigliose) che, spesso con sovrapposizioni e integrazioni poco armoniche, lasciano ben poco margine di libertà e discrezionalità agli operanti ⁽⁵⁾, dettando precise tecniche e metodologie per l'acquisizione dei saggi della materia da repertare ⁽⁶⁾; evidentemente, quanto più numerose e quanto più stringenti risultano le regole operative ed i limiti alla discrezionalità imposti agli operatori, tanto maggiore sarà per gli stessi il rischio di cadere in errore nell'esecuzione di procedure a tal punto sclerotizzate.

Prelevato il campione da analizzare attraverso operazioni e metodologie non in sintonia con quelle indicate dalle norme di riferimento del settore, isolata cioè quella eccentrica prova reale che è appunto il campione da analizzare ⁽⁷⁾, si rende a questo punto necessario stabilire il valore probatorio del campionamento operato, generalmente partorito da attività ispettive e di vigilanza di esclusivo tenore amministrativo, ma destinato a produrre effetti nell'ambito del procedimento penale, poiché proprio il prelevamento operato in tali circostanze è idoneo a veicolare, per mezzo delle conseguenti analisi di laboratorio, l'eventuale *opinio delicti* ed a schiudere, così, la via alla fase propriamente giurisdizionale ⁽⁸⁾ ove verranno in rilievo unicamente i verbali delle operazioni precedentemente svolte. Appare opportuno, in questo senso, chiedersi quali siano le conseguenze sul versante processuale penale da ricollegare alla inosservanza delle tecniche di prelevamento e campionamento previste dal legislatore.

3Cfr. PERNICE - MININNI, *op. cit.*, 301.

4Cfr. GRANDesso, *Rifiuti inerti - considerazioni e problematiche nel controllo*, in www.dirittoambiente.net, 3.

5Cfr. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 317.

6Cfr. AMODIO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 78.

7Cfr. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 310.

8Cfr. AMODIO, *op. cit.*, 76 e ss.

Si pone così il problema del valore epistemologico di un campione non rappresentativo dell'intera massa in quanto prelevato con modalità manifestamente irregolari o approssimative, ovvero con tecniche diverse, eventualmente anche altrettanto valide, rispetto a quelle dettate dal legislatore⁽⁹⁾. Si tratta, cioè, di sondare la validità della c.d. «teoria dei frutti dell'albero avvelenato», secondo la quale tutti gli elementi conoscitivi a qualunque titolo collegati al dato viziato ne condividono il peccato originale⁽¹⁰⁾.

La questione, coinvolgente le tematiche della valenza del dato scientifico e della tutela del diritto di difesa, non è di poco conto se si pensa ai possibili effetti che possono derivare dall'aderire all'una o all'altra tesi, ad esempio, con riferimento alla specie di invalidità (nullità o inutilizzabilità) che potrebbe conseguire dalla inosservanza delle regole in materia, tant'è che le soluzioni date da dottrina e giurisprudenza sono diverse e, per larghi tratti, divergenti.

Preliminarmente, occorre individuare la esatta collocazione del prelevamento e del campionamento nell'assetto sistematico del nostro ordinamento procedimentale.

Pur condividendone la natura di strumento di apprensione reale, non è possibile parificare *tout court* il «prelevamento coattivo di campioni» previsto nella legislazione speciale ai «sequestri» disciplinati dal codice di rito penale. Questi ultimi, riconosciuta la *res* come «corpo del reato» o «cosa pertinente al reato necessaria per l'accertamento dei fatti», imponendovi un vincolo di indisponibilità, la consegnano all'Autorità pubblica per le proprie successive determinazioni⁽¹¹⁾.

L'apprensione del campione, al contrario, si attua in operazioni di natura ancora pre-procedimentale con il *fine di stabilire se è stato commesso un reato*, individuandone eventuali tracce ed effetti, ma *indipendentemente da sospetti* al riguardo; parrebbe quindi evocabile più una analogia con le operazioni di perquisizione ed ispezione di cui agli artt. 244 e 245 c.p.p. Ma anche queste ultime presuppongono la consumazione (se non la flagranza) di un reato, mentre le attività di campionamento in esame prescindono da ogni dubbio o ipotesi concreta di illiceità penale⁽¹²⁾.

Collocandosi fuori dal procedimento penale, ossia al di fuori della dinamica processuale propriamente intesa, le operazioni di prelievo e di campionamento non imporrebbero l'attivazione di alcuna garanzia defensionale per l'interessato; nemmeno pare rinvenibile una norma, quale quella dell'art. 223 disp. att. c.p.p., in grado di definire i requisiti per attribuire un successivo valore probatorio ad accertamenti analitici operati in fasi amministrative pre-procedimentali. È pur vero che l'attività di prelievo ha rilevanza nel procedimento penale unicamente per tramite delle successive analisi⁽¹³⁾: proprio per tale motivo si può affermare che l'attività di campionamento è foriera di conseguenze rispetto alla ricostruzione dei fatti posti al centro dell'accertamento giudiziale.

Non si può non rilevare, infatti, come la stessa operazione preliminare di estrapolazione del campione, fonte delle prove che verranno poi assunte e valutate nel processo penale, si attua con attività invasive e condizionanti la realtà materiale della cosa reperita, nelle quali gli organi pubblici formano *motu proprio* la materia che sarà oggetto della successiva analisi⁽¹⁴⁾.

Dando esclusivo risalto al valore unicamente amministrativo delle metodologie imposte dalla normativa ambientale speciale, rilevante esclusivamente nel contesto delle attività preventive e di monitoraggio cui sono deputati gli organi amministrativi di controllo, si è esclusa ogni diretta rilevanza probatoria in sede penale dei vizi delle metodiche di campionamento; a fronte di un disciplinare dettato dalla legge, l'asserito difetto di motivazione nella scelta di un diverso metodo di campionamento si tradurrebbe, infatti, in una mera irregolarità formale priva di espressa sanzione processuale (ininfluente, alla luce peraltro del principio di tassatività dei vizi dell'atto procedimentale), inidonea ad inficiare il portato probatorio dell'accertamento comunque introitabile

9Cfr. AMODIO, *op. cit.*, 82.

10Cfr. GIUNCHEDI, voce *Accertamenti tecnici*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., 5, Milano, 2010, 17.

11Cfr. FRIGO, *Prelevamento di campioni e sequestri nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 733

12Cfr. FRIGO, *op. cit.*, 741.

13Cfr. UBERTIS, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Cass. pen.*, 1992, 1, 428 e ss.

14Cfr. BONTEPELLI, *op. cit.*, 328.

al giudizio per tramite del prudente e ragionato apprezzamento del giudice ⁽¹⁵⁾.

Tale soluzione risulta costantemente condivisa dalla giurisprudenza ⁽¹⁶⁾ e confermata anche nella sentenza in rassegna.

In ogni caso, l'attività di polizia giudiziaria svolta nell'ambito di una indagine preliminare di natura ancora amministrativa, laddove emergano indizi della commissione di un reato idonei a dare origine alla *notitia criminis*, non può più per ciò solo definirsi *extra-processum* ⁽¹⁷⁾ e, conseguentemente, impone l'attivazione di tutte quelle garanzie difensive richiamate dall'art. 223 disp. att. c.p.p.; ma, a giudizio della Suprema Corte, la scelta del metodo di campionamento (UNI 10802 piuttosto che CNR IRSA 64/85) non risulta imposta da alcuna norma di legge e rappresenta una questione di fatto sottratta al giudizio di legittimità ove sorretta da adeguata motivazione da parte del giudice di merito.

La sanzione di inutilizzabilità dei risultati analitici potrà, tutt'al più, conseguire all'assenza del verbale delle operazioni di prelievo e campionamento, in quanto ciò renderebbe appunto «impossibile per il giudice il controllo sull'attività compiuta dall'organo amministrativo» ⁽¹⁸⁾.

La «valvola aperta» del libero convincimento del giudice, sorretta da un eventuale aggravato onere motivazionale, non può però essere soluzione appagante ⁽¹⁹⁾; tale deve essere parsa anche alla Suprema Corte che – pur potendolo evitare – ha ritenuto necessario compiere un passo ulteriore cosicché, confermando le valutazioni dei giudici del merito, ha rilevato che «anche a prescindere dalla correttezza del metodo di analisi e campionamento seguito», ove venga operato un prelievo con tecniche diverse da quelle normativamente richiamate, non ne discenderebbe alcun vizio del conseguente risultato probatorio non vertendosi infatti «in ipotesi di nullità patologica».

Poco più angolata altra lettura della disciplina, che ritiene che l'osservanza delle «norme sui prelievi» abbia carattere solo ordinatorio e che quindi non rappresenti condizione di validità della prova: dettando regole sulle modalità di prelievo, quantità e modalità di conservazione del campione, le «norme sui prelievi» sono orientate a garantire solo un *minimum* prestabilito di attendibilità ai successivi elementi di prova, costituiti dagli esami di laboratorio. Analogamente anche il mancato avviso all'interessato dell'inizio del procedimento di analisi, ricollegabile alle ipotesi di mancato intervento dell'imputato, si tradurrebbe in una nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178, lett. c), c.p.p. ⁽²⁰⁾. Solo la grave irregolarità nelle procedure di prelievo diagnosticata in concreto dal giudice potrà comportare il venir meno dell'attitudine degli esiti analitici a provare i propri risultati ⁽²¹⁾.

Le opinioni fin qui tratteggiate, negando rilievo alle violazioni delle «norme sui prelievi» al precipuo fine di non sacrificare sull'altare delle garanzie difensive il dato gnoseologico acquisito *contra jus*, rischiano concretamente una deriva verso l'arbitrio giudiziale.

I piani che vengono in rilievo sono però grandemente diversi ⁽²²⁾: occorre quindi rimettere a fuoco la portata dell'innegabile principio di libero convincimento del giudice puntando l'obiettivo sul momento della valutazione dell'elemento di prova a lui sottoposto per la decisione, escludendolo dal momento dell'acquisizione del relativo mezzo di prova: occorre evitare, cioè, che la decisione del giudice sia inquinata da elementi la cui idoneità accertativa non sia accreditata *ex ante* dalla *lex probatoria*.

Le «norme sui prelievi» si collocano a monte dello sviluppo dell'*opinio delicti*, in una fase cioè, come già più volte sottolineato, pre-procedimentale ove le garanzie defensionali ed, *in primis*, quella del contraddittorio, si presentano ancora in una forma embrionale, con l'espressa funzione di

15Cfr. BUONFRATE, *Codice dell'ambiente e normativa collegata*, Milano, 2008, 154 e ss.

16Cfr. Cass. Sez. III Pen. 23 febbraio 1996, n. 2033, Bellani, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 1997, 781, con nota di F. MAZZA e in *Foro it.*, 1996, II, 104.

17Cfr. Cass. Sez. III Pen. 19 giugno 2002, n. 23369, Scarpa, rv. 221.627.

18Cfr. Cass. Sez. III Pen. 27 aprile 2010, n. 16386, Vidori, rv. 246.768, in www.ambientediritto.it.

19Cfr. FRIGO, *op. cit.*, 739.

20Cfr. DI GERONIMO, *La nullità degli atti del processo penale*, Milano, 2011, 104.

21Cfr. FRIGO, *op. cit.*, 743.

22Cfr. CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 495.

disciplinare quel particolare mezzo di ricerca della prova ⁽²³⁾ diretto ad introitare al processo quella particolare prova reale che è poi il campione da analizzare. In questa fase, esercitando – in definitiva – una funzione che con buona approssimazione può essere avvicinata a quella dei mezzi di ricerca della prova di cui al codice di rito penale (attività, entrambe, generalmente a sorpresa, irripetibili e spesso operate attraverso organi tecnici diversi da quelli delle successive analisi).

In un procedimento a natura accusatoria, il contraddittorio dialettico sull'*iter* di formazione della prova non solo attua le garanzie partecipative per la difesa ma si pone come metodo gnoseologico cui è riconosciuta l'attitudine a procurare la migliore ricostruzione del fatto; al giudice è assegnato poi il compito di supervisionare alla complessiva attività probatoria, vigilando e verificando che questa si svolga secondo le regole poste dal legislatore ⁽²⁴⁾.

È pur vero che il dato di conoscenza del giudice deriva solo dal responso analitico (per cui vige la particolare disciplina di garanzia dell'art. 223 disp. att. c.p.p.), ma è fuor di dubbio che le operazioni di campionamento incidono pesantemente sulle successive attività di analisi, tanto che prelievi irregolari possono giungere ad inficiare seriamente l'attendibilità del successivo responso di laboratorio.

Alla luce di quanto testé evidenziato, appare necessario approfondire autonomamente la disciplina posta per le operazioni di prelievo, per il momento indipendentemente dalle successive analisi.

Così approssiato, il ragionamento rende palese come la fase in cui le operazioni di campionamento si realizzano sia assolutamente scoperta da ogni genere di garanzia o tutela; circostanza, questa, non condivisibile e da risolvere con un ulteriore sforzo ermeneutico.

Il mancato asilo nell'impianto codicistico non è, infatti, di per sé ragione sufficiente per escludere le «norme sui prelievi» dall'universo della prova penale ⁽²⁵⁾. Il prelievo irripetibile filtra nel procedimento penale attraverso il documento rappresentativo dell'attività precedentemente svolta; i relativi verbali, in quanto concernenti atti irripetibili (così come nel caso di analisi irripetibili), trovano collocazione nel fascicolo dibattimentale e potranno quindi – attraverso il regime delle letture – essere utilizzati dal giudice per le sue determinazioni ⁽²⁶⁾.

Ciò comporta la necessità, alla luce dell'attitudine al loro utilizzo giurisdizionale, che nelle operazione di prelievo e di campionamento gli operanti – sottratti al confronto con la parte controinteressata, anche in virtù della estemporaneità dell'accertamento – si attengano quanto più possibile a quelle *norme di garanzia* positivizzate in via generale dal legislatore che «intervengono a prescrivere quelle precauzioni nella scelta e nella conservazione del prodotto che l'interessato normalmente richiederebbe se fosse presente o se fosse a conoscenza di ciò che è tecnicamente indispensabile compiere perché sia garantita la rappresentatività dei campioni. È lo stesso legislatore che canonizza alcune regole dell'esperienza comune o della tecnica per supplire alla impossibilità pratica o alla incapacità dell'interessato di salvaguardare la propria posizione» ⁽²⁷⁾.

Le «norme sui prelievi» si atteggiano, quindi, da un lato, a *regole probatorie* finalizzate a garantire la rappresentatività del risultato del campionamento che dipenderà per larga parte dalle metodologie usate e, dall'altro lato, a *norme di garanzia* dettate allo scopo di fornire all'interessato la massima tutela possibile nell'operazione ispettiva (pre-procedimentale) alla quale non gli è garantito l'intervento personale.

Quali *norme di garanzia*, in caso di trasgressione delle «norme sui prelievi» viene in rilievo, più ancora che la disciplina codicistica della nullità/inutilizzabilità ⁽²⁸⁾, la tutela costituzionale dell'art. 24, comma 2, che vuole sia garantita la difesa come diritto inviolabile, laddove in particolare proprio il prelievo di campioni (prima ancora della loro analisi) si traduce in verbali preordinati ad una pronuncia penale: «se esiste la possibilità di un futuro insorgere dell'indizio e si conosce già chi

23Di cui condivide diverse caratteristiche anche pratiche, ad esempio quella di concretizzarsi in attività generalmente a sorpresa, irripetibili e spesso operate attraverso organi tecnici diversi da quelli delle successive analisi.

24Cfr. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 59.

25Cfr. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 339.

26Cfr. UBERTIS, *op. cit.*, 434.

27Cfr. AMODIO, *op. cit.*, 107.

28Cfr. UBERTIS, *op. cit.*, 434.

potrà essere l'indiziato, c'è quanto basta perché possa scattare la garanzia» (29).

L'operatività della tutela costituzionale già dalla fase del prelievo comporta l'estensione, da quello stesso momento, della corrispondente garanzia sanzionatoria della nullità assoluta delle operazioni acquisitive del campione, invalido proprio perché svuotato – per insuperabile ed insanabile presunzione legislativa – dell'attitudine rappresentativa che gli sarebbe propria.

La natura e la consistenza della *res* è funzione delle metodologie utilizzate nel prelievo e nel campionamento e le procedure da seguire sono dettate da atti normativi aventi natura e forza di legge. In conseguenza del loro essere *regole probatorie*, in caso di violazione delle «norme sui prelievi» ne discenderanno altrettanti *divieti probatori*; da ciò consegue che la deviazione dalle procedure normativamente previste comporterà una alterazione degli stessi attributi fisici della *res* assicurata al procedimento attraverso il prelievo (30). Da questo punto di vista, quindi, rilevano non tanto i congegni partecipativi, quanto piuttosto la rappresentatività del campione e l'attendibilità del conseguente accertamento tecnico, così come vige, ovviamente, il principio di non sostituibilità: quando il codice stabilisce un divieto probatorio, è interdetto ogni tentativo di aggiramento dell'ostacolo mediante il surrettizio ricorso ad altri strumenti processuali, tipici o atipici (31).

È la disciplina legale che stabilisce, in termini tassativi, le condizioni alle quali quel dato campione, così individuato e prelevato, si possa e di debba presumere rappresentativo della massa di origine; la violazione della normativa sui prelievi dettata dal legislatore inficia tale rappresentatività al punto che, non potendosi più ritenere il campione così prelevato cosa pertinente al reato idonea a fornire elementi conoscitivi utilmente spendibili nel procedimento, ne deriverà il mancato perfezionamento della fattispecie probatoria (32). È evidente la conseguenza processuale di tale opzione ermeneutica: l'elemento di prova sottoposto alla valutazione del giudice, viziato nel procedimento acquisitivo in quanto operato in violazione di legge, risulterà per espressa previsione normativa (art. 191 c.p.p.) inutilizzabile.

La violazione dei canoni imposti dalla c.d. *lex probatoria* già nel momento di acquisizione del dato da sottoporre ad analisi, impedendo la sussunzione della fattispecie concreta all'interno di quella normativa, comporta inevitabilmente l'estromissione del relativo risultato probatorio dal procedimento.

La Suprema Corte, sempre ancorata ad inconfessabili esigenze di conservazione del dato conoscitivo, non ha mai dimostrato il coraggio necessario per abbandonare la sua risalente tendenza sostanzialista in favore di più rigorose posizioni formalistiche sebbene, riconoscendone la validità, le abbia parzialmente riconosciute.

In un passato ancora recente, con una pronuncia sospesa a metà strada tra la violazione di legge e la mancata rappresentatività dei dati raccolti, la Corte riconoscendo il vizio nel procedimento acquisitivo della prova sanzionò con l'inutilizzabilità i campionamenti effettuati in assenza della difesa e sulla base di norme tecniche differenti da quelle imposte per il settore; solo in un passaggio successivo e quasi defilato della medesima pronuncia, i giudici di legittimità – pur confermando il vizio di inutilizzabilità – ritennero di ancorarlo al più rassicurante canone del difetto di motivazione da parte del giudice di merito sull'attendibilità dei dati, in tal modo eterodosso, raccolti (33). La tesi contenuta in tale la pronuncia, pur costituendo un segnale importante, è rimasta tuttavia successivamente priva di seguito (34).

Troppo ghiotti ed attraenti sono parsi, infatti, i frutti dell'albero avvelenato; ben presto l'alchimia giurisprudenziale ha rinvenuto un antidoto in grado di rendere commestibile tale frutto, trovando così il modo di azzerare il rischio di dispersione di un dato conoscitivo contaminato perché

29Cfr. AMODIO, *op. cit.*, 116.

30Cfr. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 341.

31Cfr. Cass. Sez. Un. Pen. 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio ed a., in *Cass. pen.*, 2004, 30.

32«Inevitabilmente plasmata dall'attività di prelievo, la caratteristica del campione può essere introdotta nel procedimento, tramite il mezzo di prova dell'analisi, a patto che la precedente ricerca si sia svolta incanalandosi sui binari fissati dalle metodiche legali di campionamento». Cfr. BONTEMPELLI, *op. cit.*, 343.

33Cfr. Cass. Sez. III Pen. 22 aprile 2010, n. 15372, Fiorillo, rv. 246.598.

34Cfr. Cass. Sez. VI Pen. 6 ottobre 2010, Drago, rv. 248.527; Cass. Sez. II Pen. 28 marzo 2012, n. 11693 Dabellonio, rv. 252.796.

geneticamente viziato nel procedimento acquisitivo dalla violazione delle tutele difensive imposte (o, forse, così rilevante proprio perché frutto di attività acquisitive in tal senso viziate!).

Gli *escamotage* cui sono più frequentemente ricorsi i giudici della Suprema Corte per garantire la fruibilità della prova inquinata si sono agganciati ad una interpretazione fortemente sostanzialistica della disciplina e sono consistiti, da un lato, nell'utilizzo del classico *passepourtout* del libero convincimento del giudice e, dall'altro lato, nel ridimensionamento della categoria della inutilizzabilità patologica a favore di quella dell'inutilizzabilità fisiologica o «relativa»⁽³⁵⁾.

Ma l'antidoto, se ha consentito che il giudice si cibasse del frutto avvelenato, non per ciò solo ha reso digeribile tale alimento.

Quando vi sono dati normativi positivi, come nel caso delle operazioni di prelevamento, il giudice non può fingere di ignorarli: il ruolo di supplenza della giurisprudenza potrebbe ritenersi accettabile solo ove risultasse mancare una disciplina legislativa per l'assunzione del campione; ove però delle regole risultino, e risultino altresì dotate di un ben chiaro contenuto precettivo non opinabile, queste devono essere rispettate. Il dato diversamente acquisito, geneticamente imperfetto, non potrà essere utilizzabile⁽³⁶⁾.

L'odierna sentenza ritiene accettabile l'equilibrio tra la lettura formalistica (della dottrina) e quella in chiave sostanzialistica (della giurisprudenza) grazie al ricorso della concezione di discrezionalità vincolata della motivazione: «è con la motivazione che si esplica la funzione nomofilattica: l'*auctoritas* non risiede nell'esito della decisione ma nella validità del motivo; la sentenza crea precedente in quanto la motivazione è convincente»⁽³⁷⁾: a giudizio della Suprema Corte in materia di prelievi non esiste una disciplina generale cogente; in ogni caso, ove adeguatamente motivata, la scelta di un metodo di campionamento diverso dal quello individuato dal legislatore non parrebbe idonea ad inficiare il dato gnoseologico fornito al giudice e dallo stesso utilizzabile per le sue, motivate, determinazioni.

L'odierno arresto della Suprema Corte conferma in realtà un approccio insoddisfacente in un sistema a vocazione accusatoria: l'onere motivazione, baluardo contro ogni forma di arbitrio giudiziario, non può certo tradursi nel riconoscimento della possibilità per il giudice di sostituire le proprie scelte a quelle del legislatore.

Le norme sulle prove sono poste ed imposte dal legislatore ed al giudice spetta, prima di tutto, il compito (a volte davvero arduo) di reperirle nel sistema ed applicarle al caso concreto, traendone tutte le dovute conseguenze e ciò anche al rischio di disperdere e dissipare il portato conoscitivo del dato inquinato ove ne verifichi il vizio nel procedimento acquisitivo.

Andrea Pezzangora

35 Cfr. CONTI, *op. cit.* 499; Cass. Sez. Un. Pen. 30 giugno 2000, n. 26, Tammaro, rv. 216.249, in *Giur. it.*, 2001, 116.

36Cfr. UBERTIS, *op. cit.*, 434.

37Cfr. CONTI, *op. cit.*, 508.