

L'acquisizione della prova digitale: limiti e validità nel processo civile e penale. con spunti nel diritto di famiglia

Mestre, 09 settembre 2012

Relatore

Marcello Bergonzi Perrone

Avvocato in Voghera e Milano, membro Circolo Giuristi Telematici, redattore della rivista scientifica: "ciberspazio e diritto".

Collaboratore e docente nel corso di perfezionamento in investigazioni digitali presso l'Università Statale di Milano



Il dato informatico è sicuro, di fatto inalterabile perché
riproducibile all'infinito, e solo apparentemente fragile

Prova “oggettiva” (quasi legale?)

Il dato informatico è fallace, fuorviante, intrinsecamente
insicuro, e facilmente modificabile

Nessun valore di prova

i “ mezzi di prova” nel processo civile e penale

Processo civile: Tipicità dei mezzi di prova

Le vie per fare entrare le prove nel processo civile sono solo e soltanto quelle espressamente previste e disciplinate per legge (libro II, sez. III, c.p.c.: “istruzione probatoria”).)

Processo penale: Art. 189 c.p.p. – Prove non disciplinate dalla legge

«Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.»

Il processo penale è più “malleabile”?

Art. 234 c.p.p. – Prova Documentale

E' consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante **la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualunque altro mezzo.**

(omissis)

Diversità di approccio nel processo civile e penale

Nel c.p.p. vi sono norme ad hoc in tema di acquisizione del dato informatico (L. 48/2008), ma nulla si rinviene nella corrispondente sezione del c.p.c. (Libro II, sez. III – dell'istruzione probatoria)

SMS? Un gioco da ragazzi...

E' facilissimo mandare un SMS facendo apparire come mittente qualsiasi numero di telefono cellulare (spoof sms)

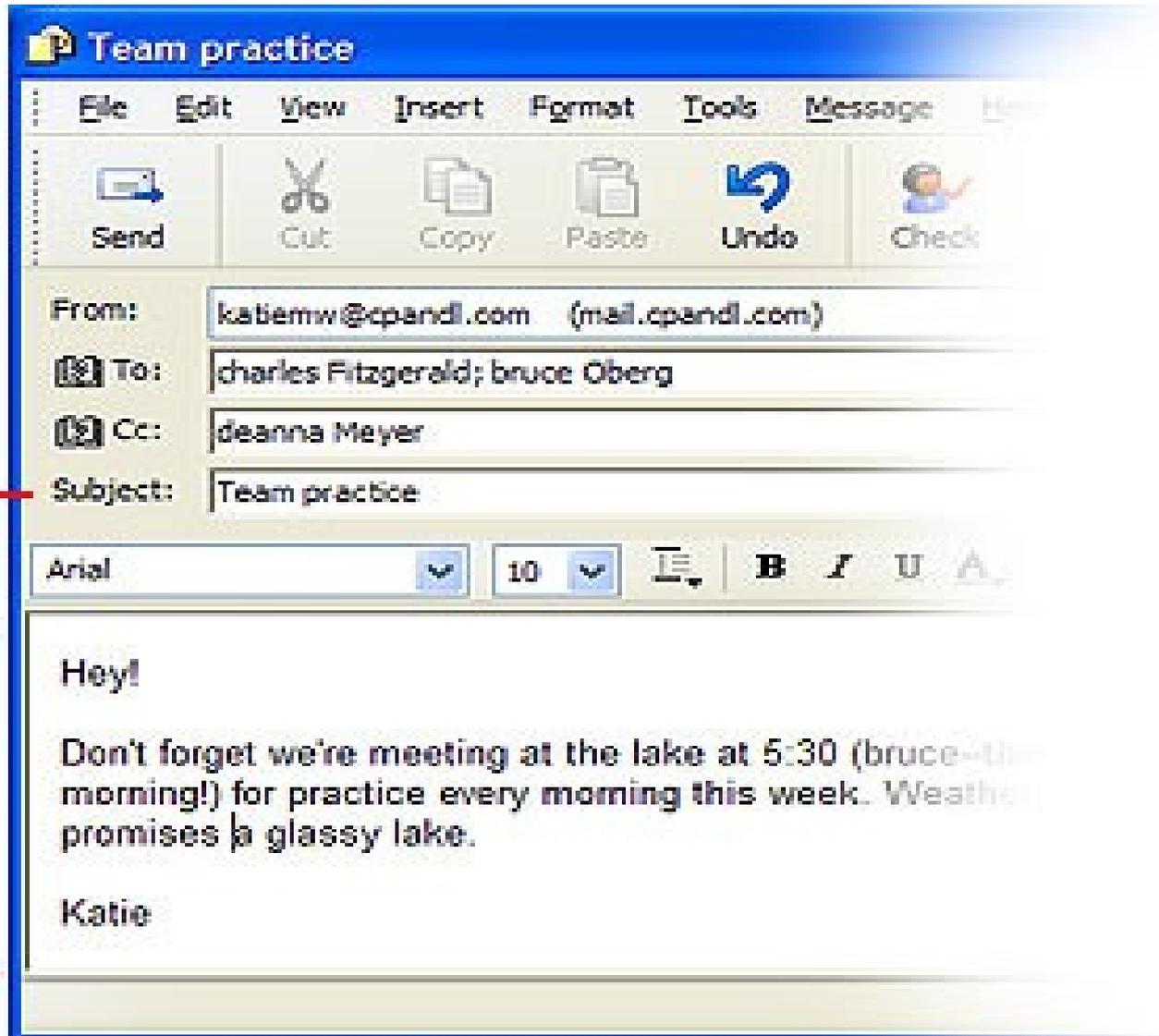


Welcome to FakeMyText!

Anonymous mobile phone texting for fun!

E' (quasi) facilissimo modificare il testo di un SMS ricevuto sul proprio telefono cellulare

Le e-mail



■ Messaggio originale

Received: from unknown (HELO n5a.bulk.scd.yahoo.com) (66.94.237.39)
by mta1.grp.scd.yahoo.com with SMTP; 9 Dec 2004 23:24:25 -0000
Received: from [66.218.69.5] by n5.bulk.scd.yahoo.com with NNFP; 09 Dec 2004 23:22:03 -0000
Received: from [66.218.66.147] by mailer5.bulk.scd.yahoo.com with NNFP; 09 Dec 2004 23:22:03 -0000
X-Sender: goriano@aliceposta.it
X-Apparently-To: centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com
Received: (gmail 88494 invoked from network); 9 Dec 2004 22:14:07 -0000
Received: from unknown (66.218.66.166)
by m5.grp.scd.yahoo.com with QMQP; 9 Dec 2004 22:14:07 -0000
Received: from unknown (HELO vsmtpt2alice.tin.it) (212.216.176.142)
by mta5.grp.scd.yahoo.com with SMTP; 9 Dec 2004 22:14:07 -0000
Received: from host44-20.pool8249.interbusiness.it (82.49.20.44) by vsmtpt2alice.tin.it (7.0.027)
id 41B46836000431AF for centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com; Thu, 9 Dec 2004 23:14:07 +0100
To: centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com
~~User-Agent: KMail/1.6.1~~
Message-Id: <200412102313.56660.goriano@aliceposta.it>
~~X-eGroups-Remote-IP: 212.216.176.142~~
From: pat&mir <goriano@aliceposta.it>
~~X-Yahoo-Profile: gorianog~~
X-eGroups-Edited-By: presidentecsig <presidente@csig.it>
X-eGroups-Approved-By: presidentecsig <presidente@csig.it> via web; 09 Dec 2004 23:22:02 -0000
X-eGroups-Remote-IP: 66.94.237.39
MIME-Version: 1.0
Mailing-List: list centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com; contact centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com
Delivered-To: mailing list centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com
Precedence: bulk
List-Unsubscribe: <mailto:centroinformaticagiuridica-unsubscribe@yahoogroups.com>
Date: Fri, 10 Dec 2004 23:13:56 +0100
Subject: [CSIG] Free Software Foundation Europe
Reply-To: centroinformaticagiuridica@yahoogroups.com
Content-Type: text/plain; charset=ISO-8859-1
Content-Transfer-Encoding: quoted-printable

IMPORTANTE

Analizzare nel dettaglio gli header (campo: "RECEIVED:") consente di individuare la provenienza del messaggio (indirizzo IP + altre informazioni accessorie).

Ma a volte tutto ciò può non essere sufficiente...

DOCUMENTO INFORMATICO

La rappresentazione informatica di atti, fatti o dati
giuridicamente rilevanti

Ai fini civilistici, il documento informatico è un documento come tutti gli altri. Lo dice il CAD (art. 1, lett. p) “Codice Amministrazione Digitale”, DI.vo 07/03/2005, n. 82) e il TUDA (art. 1, lett. b) “Testo Unico Documentazione Amministrativa” D.P.R. 28/12/2000 n. 445)

Articolo 2 CAD.

Finalità e àmbito di applicazione.

... omissis ...

3. Le disposizioni di cui al **capo II** , agli articoli 40 , 43 e 44 del capo III , nonché al **capo IV**, **si applicano ai privati** ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 , e successive modificazioni.

Art. 20 CAD. Documento informatico

1. Il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'articolo 71 sono **validi e rilevanti agli effetti di legge**, ai sensi delle disposizioni del presente codice.

1-bis. **L'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e liberamente valutabile in giudizio**, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità, fermo restando quanto disposto dall'art. 21.

*Art. 21 CAD. Valore probatorio del documento informatico **sottoscritto con firma elettronica**.*

1. Il documento informatico, **cui è apposta una firma elettronica**, sul piano probatorio è **liberamente valutabile in giudizio**, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità.

Prova: precostituita, per lo più diretta, rappresentativa, e libera

I metodi di produzione “tradizionali”

(nel processo civile)

- Stampa cartacea diretta dal formato digitale
- Trascrizione del testo eseguita dalla parte, ovvero da terzi poi chiamati a confermare
- Fotografia della schermata del sito web interessato
- Trascrizione a verbale nanti il Giudice

A rinforzo dell'efficacia: allegazioni al testo cartaceo

- Header + supporto informatico delle email
- Documentazione fornita con l'apparato (istruzioni)
- Altra documentazione reperibile
- Dichiarazione di pubblico ufficiale (notaio x web)
- Supporto contenente i file/dati originali
- Relazione tecnica del perito che attesta l'attività di riproduzione svolta e la sua rispondenza all'originale

L'art. 115, I comma c.p.c.
modificato dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69.

«Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero ***nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita***»

Ma anche prima della novella...

- **Art. 2712** Cod. civ. Riproduzioni meccaniche

Le riproduzioni fotografiche, **INFORMATICHE (CAD)** o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose **formano PIENA PROVA** dei fatti e delle cose rappresentate, **se colui contro il quale sono prodotte non ne DISCONOSCE la conformità ai fatti o alle cose medesime.**

- **Art. 2719** Cod. Civ. Copie fotografiche di scrittura.

Le **copie fotografiche di scritture** hanno la **stessa efficacia** delle autentiche, se la loro conformità con l'originale è attestata da pubblico ufficiale competente **ovvero non è espressamente disconosciuta.**

Art. 214. (*Disconoscimento della scrittura privata*)

Colui contro il quale è prodotta una **scrittura privata**, se intende disconoscerla, è **tenuto a negare formalmente** la propria scrittura o la propria sottoscrizione.

Gli eredi o aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore.

Art. 215. (*Riconoscimento tacito della scrittura privata*)

La **scrittura privata** prodotta in giudizio si ha per riconosciuta:

1) se la parte, alla quale la scrittura è attribuita o contro la quale è prodotta, è contumace, salva la disposizione dell'articolo 293 terzo comma;

2) se la parte comparsa non la disconosce o non dichiara di non conoscerla nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione.

Le copie fotografiche di scritture (art. 2719 c.c.) così come i documenti di cui all'art. 2712 c.c., per la giurisprudenza sono soggette alla stessa disciplina di cui agli artt. 214-215 c.p.c.

Pertanto, il documento si avrà per riconosciuto se la parte contro cui è prodotto non lo disconosca formalmente alla prima occasione

(Conforme: Cass. 02/04/2002 n. 4661, in Rep. Foro It., 2002, Prova documentale, n 10)

La faccenda, però, si complica in caso di disconoscimento...

Cominciamo con le pagine WEB

La S.C., con riferimento alle **pagine web** ha avuto di affermare nel 2004:

«Si deve soltanto evidenziare che non è corretto il richiamo dei principi relativi alla produzione in appello di **documenti precostituiti**, in relazione ad una pagina Web depositata dall'A. nel corso del giudizio di rinvio, poiché **le informazioni tratte da una rete telematica sono per natura volatili e suscettibili di continua trasformazione** e, a prescindere dalla ritualità della produzione, **va esclusa la qualità di documento in una copia su supporto cartaceo** che non risulti essere stata raccolta con **garanzie di rispondenza all'originale e di riferibilità a un ben individuato momento**" Corte di Cassazione (Sezione lavoro, sentenza n. 2912/04)

L'art. 23 del CAD

(Copie analogiche di documenti informatici)

1. Le copie su supporto analogico (prima: cartaceo) di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte **se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti (informatiche? ndr) è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.**

2. Le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale **se la loro conformità non è espressamente disconosciuta.** Resta fermo, ove previsto l'obbligo di conservazione dell'originale informatico .

Quanto alle immagini (MMS)

Le **immagini**, ad es. negli MMS, rientrano nell'ambito dell'art. **2712** c.c. (**riproduzioni fotografiche, informatiche** o cinematografiche etc. ..)

Pieno valore probatorio fino al disconoscimento. In caso di contestazione **rimangono comunque “elementi di prova”** che possono essere integrati con altri elementi (**Cass. Civ.** 11/5/05 n. 9884)

Se si disconosce la “fedeltà” del documento all'originale, o a quanto esso documento rappresenta, il Giudice dovrà-potrà accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. 26/01/2000 n. 866, *ex multis*)

Più recentemente: Cass. Civ. Sez. Lav. 15 ottobre 2009, n. 21914:

*«... il disconoscimento delle copie fotostatiche, assimilabili alle copie fotografiche espressamente menzionate nell'art. 2719 del Cc, ... è diretto unicamente ad impedire la conferma della rispondenza all'originale, **così da non consentire l'utilizzazione della copia come mezzo di prova.** Ne consegue che la preclusione derivante dal disconoscimento formale della scrittura privata è superabile attraverso ... **la possibilità di desumere altrimenti la dimostrazione, ricorrendo ad altri mezzi di prova e anche a presunzioni semplici.**»*

(in Guida al diritto, n. 4/2010 pag. 40, voce “lavoro”).

A dimostrazione della prevalenza dell'immagine e ancor più dell'immagine ripresa in movimento, abbiamo un filmato

Il principio del bilanciamento dell'onere della prova

Quando si offre al giudice una **ragionevole probabilità della veridicità e genuinità del mezzo di prova**, il principio del bilanciamento dell'onere della prova impone che sia la controparte a dover giustificare le proprie contestazioni.

A seconda del caso di specie (e della controparte con cui si dibatte), si potrà optare anche per una combinazione delle varie soluzioni prospettate, così da raggiungere un ragionevole grado di **robustezza del mezzo di prova** offerto.

ALTRI RIMEDI

Il sequestro probatorio (civile)

art. 669-sexies, comma II – art. 670, n. 2) c.p.c.

Il Tribunale di Milano, sex. IX (famiglia) con decreto del 13 agosto 2009, accoglie la domanda di un marito che chiede il sequestro probatorio del PC della moglie, **inaudita altera parte.**

Il Tribunale, poi, affida il computer a un custode giudiziario, incaricato di individuare e copiare i file indicati dal ricorrente (comprovanti una relazione extraconiugale e la visita di siti pornografici da parte della consorte)

*«L'opportunità di provvedere alla custodia ... si sostanzia nel **pericolo di alterazione, sottrazione, distruzione dispersione del documento**, fonte di prova... in punto **fumus boni iuris**, sussistendo una “superiore” esigenza di tutela delle figlie minori ... e dunque la necessità di acclarare ... la idoneità della madre al loro affidamento...»*

*«... considerata la deperibilità degli strumenti informatici e la concreta possibilità che i dati in esso contenuti possano essere cancellati in modo irreversibile in qualsiasi momento, così da compromettere in via definitiva il diritto di difesa ... il provvedimento ... non può che essere reso **inaudita altera parte**, in considerazione del più che fondato timore che la parte resistente, posta a conoscenza del provvedimento, alteri o distrugga la sequestranda prova»*

Il provvedimento, reclamato dalla moglie, viene confermato dalla IX sez. del Tribunale di Milano in funzione di riesame con provvedimento del 30 settembre 2009, che ritiene *«indispensabile procedere alla custodia della prova, atteso il **pericolo concreto ed attuale della sottrazione, alterazione o dispersione della fonte di prova medesima, apparendo tale necessità insita nella natura della prova sequestranda**»*

Fonte:

<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/016278.aspx>

In proposito, la Cassazione (sent. 12705/93) ha affermato
che:

«il sequestro giudiziario di documenti (prove) è consentito ogni qual volta la cosa oggetto del sequestro serva come prova e se ne rilevi l'indispensabile acquisizione ai fini dell'accertamento dei fatti»

Inutilizzabilità costituzionale
Mala capta, bene retenta?

«le attività compiute in dispregio dei diritti inviolabili del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali, posti a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»

interpretazione costituzionalmente orientata della inutilizzabilità “derivata”, o “costituzionale:

Corte Cost., sent. n. 34 del 1973

cd: teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”

Metodi di ingresso della prova informatica nel processo penale

Mezzi di prova nel processo

- perizia e consulenza tecnica (artt. 220-233 c.p.cp.)
- documenti (artt. 220-233 c.p.cp.)

Mezzi di ricerca della prova

- ispezioni (artt. 244-246 c.p.p. - anche dei dati, e serve per accertare le tracce del reato)
- perquisizioni (artt.247-252 c.p.p. - serve per la ricerca del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato)
- sequestri (artt. 253-265 c.p.p.)
- intercettazioni (artt. 266-271 c.p.p. - 266-bis: intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche)

nel processo penale

La L. 18 marzo 2008 n. 48

(recepimento convenzione di Budapest)

L'art. 8 della L. 48/2008 novella in ben nove punti (ed altrettanti articoli) il titolo III del libro terzo del codice di procedura penale, precisando la necessità dell'adozione di «*misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione*»

Art. 244, comma II - casi e forme delle ispezioni

art. 247 (casi e forme delle perquisizioni)

art. 254 (sequestro di corrispondenza)

art. 256 (dovere di esibizione),

art. 260 (apposizione di sigilli alle cose sequestrate)

art. 352 (perquisizioni, ad opera della PG);

art. 354 (accertamenti urgenti su cose luoghi e persone da parte della PG).

art. 254-*bis*. – Sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni.

modalità di acquisizione, che devono avvenire su «*adeguato supporto*», e comunque con una procedura che assicuri la «*conformità dei dati acquisiti a quelli originari e la loro immutabilità*»

Rispetto delle “*Best practice*”.

Non è prevista alcuna sanzione...

Il Tribunale di Bologna, nella nota sentenza
“vierika”, ha affermato che

«... *omissis* ... non è compito del Tribunale determinare un protocollo relativo alle procedure informatiche forensi, ma semmai verificare se il metodo utilizzato dalla PG nel caso in esame abbia concretamente alterato alcuni dei dati ricercati...
omissis ...»

Trib. Bologna Sent. n. 1823 21 luglio 2005

Cass. Pen., sez. II, n. 11135/09 del 12/12/2008

La duplicazione in 4 CD-ROM non riscrivibili di dati informatici e la loro “sigillazione” tramite sottoscrizione dell'involucro in cui i supporti stessi venivano custoditi, rappresentano (solo) *«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»

Il principio che se ne ricava, pertanto, è quello della prevalenza della sostanza sulla forma, con l'indagine sull'attendibilità e genuinità della prova lasciata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Nessuna violazione del diritto di difesa, nessuna inutilizzabilità, nessuna sanzione processuale.

Art. 191 c.p.p.

«le prove acquisite in **violazione dei divieti stabiliti dalla legge** non possono essere utilizzate. L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.»

(violazione di divieto = violazione di obbligo?)

Inutilizzabilità costituzionale

l'interpretazione costituzionalmente orientata della inutilizzabilità “derivata”, o “costituzionale: *«le attività compiute in dispregio dei diritti inviolabili del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali, posti a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»*

Corte Cost., sent. n. 34 del 1973

cd: teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”

Grazie per l'attenzione