

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**INDAGINI SULLA SCENA DEL REATO
E DIRITTO AL DIFENSORE
NELLE ESPERIENZE INGLESE
E STATUNITENSE**

di Sarah Pasetto
Paolo Passaglia

marzo 2016

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi e Massimario, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**INDAGINI SULLA SCENA DEL REATO
E DIRITTO AL DIFENSORE
NELLE ESPERIENZE INGLESE
E STATUNITENSE**

INDICE

INGHILTERRA

1. Il diritto al difensore: cenni storici	7
2. Il diritto al difensore: la normativa vigente	9
2.1. Il <i>Police and Criminal Evidence Act 1984</i>	9
2.2. Il <i>PACE Code of Practice C</i>	11
2.3. L'utilizzabilità delle prove	15
2.4. Il potere della polizia di acquisire campioni biologici	16
3. Le indagini sulla scena del reato	17
3.1. Il <i>Code of Practice del Criminal Procedure and Investigations Act 1996</i>	17
3.2. La gestione del materiale biologico	18
3.2.1. <i>Gli organi coinvolti nella gestione del materiale biologico</i>	18
3.2.2. <i>Il National DNA Database</i>	20
4. L'intervento dell'Unione europea: la reazione britannica	22

STATI UNITI

1. I presupposti della garanzia dell'assistenza di un difensore	23
2. Il difensore e le indagini sulla scena del reato	32

INGHILTERRA

di Sarah Pasetto

1. Il diritto al difensore: cenni storici

Ancora oggi, l'ordinamento inglese non prevede alcun diritto assoluto alla difesa legale; si tratta, tutt'al più, di un beneficio, che dipende peraltro dalle condizioni socioeconomiche dell'imputato¹.

Alcuni storici del diritto² affermano che, nel sistema giuridico inglese, esisteva la possibilità di avvalersi dell'assistenza di un avvocato difensore³ già dal regno di Enrico I (1100-1135). Sono però del XIII-XIV secolo le prime attestazioni dell'esistenza di professionisti del diritto che rappresentano persone in tribunale e forniscono ad esse consulenza giuridica. Lo Statuto di Merton (1236) conferiva ad ogni uomo libero il "privilegio" di presentare il proprio caso dinanzi alle corti per mezzo di un avvocato ("attorney")⁴. In ambito civilistico, lo Statuto di Enrico VII del 1495 ha introdotto il diritto all'assistenza legale gratuita per i litiganti inglesi ed ha conferito alle corti il potere di nominare un difensore⁵.

La prassi di permettere ai litiganti ed agli imputati di avvalersi di un avvocato difensore, anche assegnandolo d'ufficio a quelli indigenti, era diffusa nel XVIII secolo; tuttavia, questo era vero solo per i casi di diritto civile o per i reati meno gravi (*misdemeanours*), in merito ai quali l'assistenza legale era addirittura obbligatoria. In un apparente paradosso, non esisteva la possibilità di avvalersi di un avvocato per reati più gravi (*felonies*) o per i casi di alto tradimento (possibilità introdotta con il *Prisoners' Counsel Act 1836*⁶).

¹ P. WILLEY, *Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: a deadly combination?*, in *The Journal of Criminal Law*, vol. 78, n. 6, 2014, 486 ss.

² F. RACKOW, *The Right to Counsel: English and American Precedents*, in *The William and Mary Quarterly*, vol. 11, n. 1, 1954, 3 ss.

³ RACKOW, *op. cit.*, 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ T.N. JALLAD, *A Civil Right to Counsel: International and National Trends*, UNC Center on Poverty, Work and Opportunity, Working Research Paper August 2009, 7.

⁶ Il diritto era assicurato per coloro che fossero accusati di alto tradimento, ad eccezione della falsificazione della moneta o dei sigilli reali; non si applicava, invece, agli *impeachments* ed agli altri *proceedings in Parliament*.

RACKOW riporta la giustificazione addotta da Coke per questa particolarità: “in primo luogo, la colpa dovrebbe essere talmente evidente che nessuna difesa sarebbe possibile; ed in secondo luogo, il giudice agirebbe da difensore dell’imputato, assicurandosi ‘che l’imputazione, il processo e gli altri procedimenti fossero validi ed adeguati in base alla legge’”⁷. Riporta anche quella delineata da Hawkins: chiunque abbia “normali capacità di comprensione è in grado di parlare adeguatamente di questioni di fatto, come se fosse il miglior avvocato; non è necessario alcun talento per sostenere una difesa chiara ed onesta, la quale [...] è sempre la migliore; la semplicità e l’innocenza, il comportamento senza dissimulazione ed ingenuo di colui la cui coscienza lo assolve, [hanno] qualcosa in sé di più commovente e convincente della più elevata eloquenza di una persona che parla per una causa che non è la propria”. RACKOW asserisce che si tratta di un paradosso solo nell’ottica della giurisprudenza odierna: al fine di comprendere l’assetto storico, è necessario tener conto del fatto che i *felonies* ed i reati di alto tradimento erano “più politici che penali” ed avrebbero potuto nuocere all’incolumità del monarca; era quindi naturale che la procedura giudiziaria venisse formulata in maniera tale da avvantaggiare le autorità e non l’imputato. Era quindi ritenuto necessario impedire agli imputati di rivolgersi ad un avvocato in caso di reati gravi per mantenere l’ordine: il rischio di proscioglimento sarebbe stato troppo elevato, il che indica che l’assistenza legale era percepita come un ostacolo alla efficace ed efficiente persecuzione ed irrogazione della pena⁸. Inoltre, i processi penali erano relativamente semplici, in termini sia di diritto applicabile sia di fatti da accertare e, nel caso di imputati indigenti e dunque privi di assistenza legale, il giudice poteva tutelarne gli interessi. Ad ogni modo, la normativa non era contestata⁹; l’autore sottolinea anche che il diritto penale, per quanto fosse scarno all’epoca, richiedeva comunque determinate capacità (ad es. di identificare le questioni che potessero essere definite come “di diritto” e non di fatto) che erano probabilmente al di fuori della portata dell’uomo comune. Inoltre, a differenza di oggi, i giudici dell’epoca non percepivano il proprio ruolo come quello di un arbitro imparziale; piuttosto il

⁷ RACKOW, *op. cit.*, 6.

⁸ Si v. i riferimenti di J.D. KING, *Beyond “Life and Liberty”: The Evolving Right to Counsel*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 48, 2013, 1 ss.

⁹ RACKOW cita Blackstone, secondo cui non sarebbe affatto coerente con l’assetto complessivo del processo e dell’esecuzione penale inglesi.

loro obiettivo era quello di ottenere una dichiarazione di colpevolezza per la Corona¹⁰.

In alcune circostanze, gli imputati potevano rivolgersi comunque ad un avvocato, a condizione che disponessero delle risorse pecuniarie necessarie¹¹. In particolare, ciò avveniva se, a prescindere dalla gravità del reato, erano da risolvere questioni di diritto¹². L'avvocato era sempre permesso anche per questioni c.d. "collaterali" (ad es., le richieste di clemenza) e nei ricorsi in appello, in quanto tali procedimenti erano percepiti come più "emotivi" e "fondati su un desiderio di vendetta personale piuttosto che di giustizia pubblica"¹³

La posizione è mutata con la crescente professionalizzazione delle forze di polizia e con il finanziamento delle azioni penali da parte della Corona, che impiegava anche avvocati professionisti per difendere i propri interessi. Inoltre, nel corso del XVIII secolo, il governo inglese ha accresciuto i propri poteri, con il che le forze dell'ordine hanno rivolto la loro attenzione alle minacce all'ordine pubblico costituite dai "criminali comuni". Dunque, il comune senso di *fair play* faceva sì che anche agli imputati fosse concesso di avvalersi di un avvocato difensore, anche se sempre a loro spese¹⁴.

2. Il diritto al difensore: la normativa vigente

2.1. Il *Police and Criminal Evidence Act 1984*

Il *Police and Criminal Evidence Act 1984* ha lo scopo di delineare un quadro normativo per i poteri della polizia e per la redazione dei relativi *Codes of practice*¹⁵ da parte del ministro competente (nella specie, il Ministro dell'interno)

¹⁰ RACKOW, *op. cit.*, 8-12.

¹¹ Il patrocinio gratuito a spese dello stato sarebbe giunto solamente con il *Legal Aid and Advice Act 1949*.

¹² RACKOW, *op. cit.*, 5.

¹³ RACKOW, *op. cit.*, 6. L'eccezione era per i *peers* imputati dinanzi alla *House of Lords* (cui spettava anche la giurisdizione nei confronti dei propri membri fino al 1948; la Camera veniva adita anche in caso di *impeachment*, anche se l'ultima volta che questo è avvenuto è stato nel 1806).

¹⁴ KING, *op. cit.*, 7 ss.

¹⁵ Questi *Codes* sono emanati in base alla *section 67* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*. La loro emanazione o revisione richiede la previa consultazione della Association of Police Authorities, della Association of Chief Police Officers of England, Wales and Northern Ireland,

che regolino in dettaglio l'esercizio di questi poteri. L'*Act*, noto anche con l'acronimo PACE, tratta questioni relative sia al materiale probatorio sia alla procedura penale; esso non ha mancato di suscitare accese polemiche in sede di elaborazione¹⁶, come dimostra il fatto che sia entrato in vigore solo il 1° gennaio 1986. La violazione dei *Codes of practice* non può dare luogo ad un ricorso giudiziale¹⁷ e raramente dà luogo a procedure disciplinari contro gli agenti coinvolti, ma le prove ottenute a seguito della violazione potrebbero non essere utilizzabili in giudizio¹⁸. I *Codes* sono ammissibili in sede di giudizio nella trattazione delle prove: se qualsiasi previsione di un *Code* è, a parere del giudice adito, rilevante per una qualunque questione che insorga nel corso di quei procedimenti, esso può essere preso in considerazione nella determinazione di quella questione¹⁹.

La *section 58* del *Police and Criminal Evidence Act 1984* stabilisce che “una persona arrestata e detenuta in custodia preventiva presso una stazione di polizia o altro luogo ha diritto, se lo richiede, di consultare privatamente un avvocato in qualsiasi momento. [...] Se un individuo avanza una tale richiesta, gli si deve permettere di consultarsi con un avvocato non appena possibile, ferme restando le possibilità di ritardo previste dalla *section* [medesima]. [...] In ogni caso, gli si deve permettere di consultarsi con un avvocato entro 36 ore dal *momento rilevante*”²⁰ ed entro 48 ore in caso di reati di terrorismo²¹.

Il suddetto ritardo è ammesso se l'individuo è detenuto dalla polizia per un reato soggetto ad *indictment*, se è autorizzato da un agente di polizia avente almeno il rango del sovrintendente (*section 58(6)*), oppure se l'agente incaricato

del General Council of the Bar, della Law Society of England and Wales e dell'Institute of Legal Executives (*section 67(4)*). I *Codes* devono essere rispettati, oltre che dagli agenti di polizia, da tutti coloro che siano incaricati di svolgere indagini su reati o di determinare capi d'imputazione da contestare.

¹⁶ Per un resoconto dei lavori preparatori, si v. M. ZANDER, *PACE (The Police and Criminal Evidence Act 1984): Past, Present, and Future*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2012, consultabile *on line* alla pagina <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm>.

¹⁷ *Section 67(10)* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

¹⁸ *Section 78* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*; v. ZANDER, *op. cit.*, 7, e *infra*, par. 2.3.

¹⁹ *Section 67(11)* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

²⁰ Il primo tra il momento in cui l'individuo giunge alla stazione di polizia in questione o 24 ore dopo il momento dell'arresto (*section 41(2)* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*).

²¹ In proposito, v. il *Terrorism Act 2000*.

ha motivi ragionevoli per ritenere che l'esercizio del diritto all'avvocato in quel momento possa portare ad interferenze con o a danni per prove collegate ad un reato passibile di *indictment* o interferenze con o danni fisici ad altre persone, oppure possa essere funzionale ad informare altre persone sospettate di aver commesso un tale reato ma che non sono ancora state arrestate, oppure ancora ad ostacolare il recupero di qualsiasi bene ottenibile a seguito del reato (*section 58(7)*). Un agente può autorizzare il ritardo anche se ha motivi ragionevoli per ritenere che l'individuo detenuto per il reato suscettibile di *indictment* trarrebbe vantaggio dal suo comportamento penalmente rilevante ed il recupero del valore del bene che costituisce tale vantaggio potrebbe essere ostacolato dall'esercizio del diritto all'avvocato (*section 58(8A)*). Se la richiesta di ritardo viene autorizzata, l'individuo arrestato deve essere informato dei motivi per il ritardo, i quali devono anche essere inclusi nel verbale relativo al fermo.

2.2. Il PACE Code of Practice C

Il *Code of Practice C* è uno degli otto codici emanati dal Ministro dell'interno a seguito del *Police and Criminal Evidence Act 1984* per disciplinare in dettaglio il comportamento delle forze dell'ordine nell'applicazione dell'*Act*.

Il *Code of Practice C* stabilisce le condizioni per la detenzione, il trattamento e l'interrogatorio di sospettati non collegati al terrorismo detenuti dalla polizia. Aggiornato da ultimo nel maggio 2014, con una modifica entrata in vigore il 2 giugno di quell'anno, il testo comprende oltre 80 pagine. Il sesto capitolo è dedicato al "[d]iritto all'assistenza legale"; di seguito, se ne riassumono le principali previsioni.

Il capitolo esordisce ribadendo ed integrando quanto previsto dalla *section 58* dell'*Act*: "tutti i fermati devono essere informati che possono in qualsiasi momento consultarsi e comunicare privatamente con un avvocato, di persona, per scritto o per telefono, e che è disponibile l'assistenza legale gratuita ed indipendente"²², a meno che non vi siano motivi tali da giustificare un ritardo²³, motivi che, come si vedrà, per numero ed incisività contribuiscono peraltro a comprimere in maniera significativa questo diritto. In ogni stazione di polizia, è necessario affiggere una locandina che informa del diritto all'avvocato²⁴. Il diritto

²² Par. 6.1 del *Code of Practice C*.

²³ L'*Annex B* dello stesso *Code* elenca questi motivi, che ricalcano essenzialmente quelli stabiliti dal *Police and Criminal Evidence Act 1984* e delineati nella nota 16, *supra*.

²⁴ Par. 6.3 del *Code of Practice C*.

all'avvocato deve essere notificato all'arrestato in maniera chiara ed in forma sia orale che scritta. Il momento in cui al soggetto sono comunicati i suoi diritti è videoregistrato; gli agenti incaricati della sua presa in custodia hanno un elevato grado di anzianità e la loro unica funzione è quella di mettere in atto le procedure predisposte per la custodia da parte della polizia (essi non svolgono, dunque, alcun ruolo investigativo). Nel comunicare i diritti all'arrestato, gli agenti di polizia possono (ma non sono obbligati a) far riferimento ad una scheda che include, in termini semplici, le informazioni essenziali relative al diritto all'assistenza legale gratuita ed indipendente²⁵. Le *Notes for Guidance* predisposte a beneficio degli agenti a fianco del *Code* stabiliscono espressamente che “[o]gni arrestato ha il diritto all'assistenza legale gratuita e ad essere rappresentato da un *solicitor*”²⁶.

Nella centrale di polizia, l'unico compito dell'avvocato è quello di tutelare e promuovere i diritti del suo cliente. L'avvocato può intervenire nel corso dell'interrogatorio per chiedere chiarimenti, contestare una domanda inopportuna rivolta al suo cliente o il modo in cui la domanda è stata formulata, consigliare al suo cliente di non rispondere a determinate domande, oppure fornire ulteriori consulenze legali²⁷.

Gli agenti di polizia non possono, in alcun momento, dire o fare alcunché con l'intenzione di dissuadere il soggetto dall'avvalersi del diritto all'assistenza legale²⁸. Essa deve essere fornita ogniqualvolta venga richiesta e senza ritardo, a meno che non si applichino le previsioni dell'*Annex B*. Se il soggetto ha il diritto di parlare con un avvocato di persona ma decide di non avvalersene, l'agente deve informarlo che ha anche diritto alla consultazione telefonica. Se il soggetto rinuncia anche a questa, l'agente deve chiedergli i motivi per la rinuncia; le motivazioni eventualmente fornite devono essere riportate nel verbale redatto relativamente alla custodia preventiva o all'interrogatorio. Una volta che sia stato appurato chiaramente che un detenuto non desidera conferire con un avvocato, l'agente deve cessare di chiederne le motivazioni²⁹. Nel caso di minorenni o di

²⁵ Nella prassi, la maggior parte degli agenti fa uso della scheda: A. OGORODOVA – T. SPRONKEN, *Legal Advice in Police Custody: From Europe to a Local Police Station*, in *Erasmus Law Review*, vol. 7, n. 4, 2014, 198.

²⁶ Par. 6B, *Notes for Guidance* relative al Capitolo 6 del *Code of Practice C*.

²⁷ Par. 6D, *Notes for Guidance* relative al Capitolo 6 del *Code of Practice C*.

²⁸ Par. 6.4 del *Code of Practice C*.

²⁹ Tuttavia, segnalano OGORODOVA E SPRONKEN che, nel caso di rinuncia al diritto all'avvocato, l'agente non è poi tenuto a dare informazioni circa le conseguenze della rinuncia al

soggetti che soffrono di disabilità o vulnerabilità mentali, un adulto deve valutare la necessità che siano assistiti da un avvocato ed ha il diritto di chiederlo per loro conto, se è nel loro interesse. Il soggetto non può essere costretto, in ogni caso, ad incontrare l'avvocato.

Un soggetto che chiede di avvalersi dell'assistenza legale non può essere sottoposto ad interrogatorio (né l'interrogatorio può proseguire, se già iniziato) finché non abbia ricevuto l'assistenza. Vi sono però alcune eccezioni. L'interrogatorio può infatti proseguire se si concretizzano le fattispecie di cui all'*Annex B*³⁰, oppure se un agente avente almeno il rango di sovrintendente ha motivi ragionevoli per ritenere che il ritardo possa portare ad interferenze con o danni a prove relative ad un reato; interferenze con o danni fisici ad altri individui; gravi perdite di o danni a beni materiali. Analogamente, si procede se il ritardo può essere funzionale ad evitare che vengano avvertite altre persone sospettate di aver commesso un reato, ma che non sono ancora state arrestate, oppure se può ostacolare il recupero di beni ottenuti a seguito della commissione del reato³¹. Il sovrintendente può anche far procedere l'interrogatorio se l'attesa dell'avvocato (compreso l'avvocato d'ufficio) contattato e disposto a presenziare arrecherebbe un ritardo irragionevole alle indagini. In quest'ultimo caso, però, si applica la limitazione che impedisce di trarre conclusioni avverse all'interrogato nel caso in cui quest'ultimo rimanga in silenzio. La legge non prevede alcun limite di tempo entro il quale gli avvocati devono raggiungere il sospettato affinché possa avere inizio l'interrogatorio. Tuttavia, il contratto stipulato dal Governo con gli avvocati penalisti disposti a prestare servizio nel patrocinio gratuito a spese dello Stato contiene una clausola recante un "obiettivo" di attesa di 45 minuti.

L'interrogatorio può procedere anche se l'avvocato che l'arrestato ha nominato o scelto da un elenco è irreperibile, se ha in precedenza affermato di non voler

diritto, né di accertarsi che il sospettato le abbia comprese. Gli autori osservano anche che, in passato, alcuni agenti hanno indicato ai detenuti che, nel caso avessero chiesto un avvocato, sarebbero stati fermati più a lungo – il che non poteva dirsi un desiderio consapevole di dissuaderli dal rivolgersi ad un avvocato, ma ha quasi certamente avuto tale effetto su alcuni dei fermati, a causa del desiderio emotivo di essere rilasciati il prima possibile. Inoltre, la richiesta di un avvocato non influisce affatto sulla durata del fermo (OGORODOVA – SPRONKEN, *op. cit.*, 198.)

³⁰ Ma se il motivo per autorizzare il ritardo cessa di sussistere, non può esservi alcun ulteriore ritardo nel permettere l'esercizio del diritto in assenza di un'ulteriore autorizzazione, a meno che non si applichino gli altri motivi per il ritardo (v. *infra*, nel testo).

³¹ Se vengono acquisite ulteriori informazioni per evitare questo rischio, l'interrogatorio non può procedere finché il soggetto non abbia avuto l'occasione di consultarsi con un avvocato, a meno che non si applichi uno degli altri possibili motivi per il ritardo.

essere contattato, oppure, se contattato, ha dichiarato di non voler presenziare e l'arrestato, informato della possibilità di avvalersi di un avvocato d'ufficio, ha declinato tale opportunità³².

Infine, l'interrogatorio può procedere se l'arrestato che aveva deciso in precedenza di avvalersi dell'assistenza legale cambia idea e non la desidera più (o comunque non desidera più la presenza di un avvocato all'interrogatorio), a patto che un agente avente almeno il rango di ispettore chieda all'arrestato di fornire spiegazioni sul cambiamento di opinione e ponga in essere ragionevoli sforzi per accertarsi del momento d'arrivo dell'avvocato e per informare quest'ultimo che il soggetto ha cambiato idea, comunicandogli le relative motivazioni, se fornite. Le ragioni addotte dall'arrestato devono essere inserite nel verbale relativo alla custodia preventiva. L'arrestato deve confermare per scritto che desidera permettere che l'interrogatorio proceda senza consultarsi (o senza consultarsi ulteriormente) con un avvocato o senza la presenza di un avvocato, e che non desidera aspettarlo. L'agente deve accertarsi che sia opportuno proseguire con l'interrogatorio nelle singole fattispecie ed autorizzarne la prosecuzione; deve compiere passi ragionevoli per informare l'avvocato in questione dell'autorizzazione. Quando l'interrogatorio ha inizio, l'agente incaricato del suo svolgimento deve assicurarsi che il verbale relativo all'interrogatorio contenga conferme esplicite circa il cambio di opinione da parte dell'arrestato, l'autorizzazione alla prosecuzione dell'interrogatorio e la menzione che, se l'avvocato è giunto alla centrale di polizia prima che l'interrogatorio sia concluso, la circostanza sia stata resa nota all'arrestato e gli si sia concessa una pausa al fine di permettergli di parlare con l'avvocato; si deve fare conto, infine, del fatto che, in qualsiasi momento dell'interrogatorio, al soggetto è stata data la possibilità di avvalersi dell'assistenza legale.

Un soggetto al quale sia stato permesso di consultare un avvocato ha diritto, su richiesta, alla presenza dell'avvocato durante l'interrogatorio, a meno che non si

³² OGODOROVA – SPRONKEN, *op. cit.*, 200 ss., osservano che l'organizzazione della professione legale in Inghilterra è tale per cui è raro che un avvocato non sia in grado di adempiere a questo obiettivo; infatti, gli avvocati solitamente fanno parte di uno studio legale specializzato nella difesa penale, in cui i clienti ed i casi sono condivisi. Dunque, la scelta dell'avvocato da parte del sospettato è in realtà la scelta di uno studio legale, e questi tendono ad assicurare che vi sia sempre almeno un avvocato in grado di recarsi presso la polizia in qualsiasi momento. Inoltre, come si è visto, è anche possibile fornire consulenza legale per telefono.

Gli autori si soffermano anche sulla retribuzione spettante agli avvocati: è previsto un pagamento fisso per la consulenza fornita presso una centrale di polizia, con la conseguenza che non possono chiedere ulteriore retribuzione per eventuali altre visite ad un arrestato (*op cit.*, 201).

applichi una delle eccezioni di cui sopra. L'avvocato può essere invitato a lasciare l'interrogatorio solamente se il suo comportamento è tale da impedire all'agente incaricato di formulare domande all'interrogato. In questo caso, l'interrogatorio deve essere bloccato ed un agente avente almeno il rango di sovrintendente dovrà essere consultato (in assenza di questo, di un agente con almeno il rango di ispettore). Questo agente stabilirà se sia opportuno proseguire con l'interrogatorio. In caso contrario, il sospettato deve avere l'opportunità di conferire con un altro avvocato prima che l'interrogatorio possa proseguire, e quell'avvocato dovrà avere la possibilità di presenziare³³.

2.3. L'utilizzabilità delle prove

L'equità (*fairness*) dei procedimenti penali è garantita dall'art. 6 CEDU. La *section 76* del *Police and Criminal Evidence Act 1984* disciplina l'ammissibilità delle confessioni³⁴. In particolare, le corti sono obbligate ad escludere le prove ottenute durante una confessione ottenuta mediante "oppressione"³⁵ ed in circostanze che avrebbero probabilmente reso inaffidabile la confessione³⁶. La *subsection (4)* di quella stessa *section* permette però l'uso di fatti scoperti in conseguenza alla confessione e del modo in cui il sospettato ha parlato, ha scritto o si è espresso.

La *section 78* disciplina, invece, l'esclusione delle prove ottenute irrispettando. Essa prevede che, in qualsiasi procedimento, la corte può rifiutarsi di ammettere prove su cui la procura intende fare affidamento se risulta alla corte che, avendo

³³ Se si decide di rimuovere l'avvocato dall'interrogatorio, è necessario valutare l'opportunità di riferire l'accaduto al *Solicitors Regulatory Authority*, cioè l'organo di vigilanza sulla professione di avvocato (in particolare dei *solicitors*), i cui compiti includono, tra l'altro, la determinazione di criteri di comportamento professionale dei professionisti del diritto.

³⁴ In base alla *Section 82(1)*, una confessione è definibile come qualsiasi affermazione avente conseguenze interamente od in parte avverse rispetto all'individuo che l'ha pronunciata, a prescindere dal fatto che sia stata resa ad un'autorità e dall'impiego della forma scritta o orale: http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/confession_and_breaches_of_police_and_criminal_evidence_act/.

³⁵ Trattamenti oppressivi includono la tortura, il trattamento disumano o degradante e l'uso di minacce o violenza. In genere, richiede una forma di comportamento improprio da parte di chi procede all'interrogatorio (*R v Fulling* [1987] 2 All ER 65).

³⁶ L'onere probatorio è quello del ragionevole dubbio; in altre parole, la procura deve dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la confessione non era stata resa a seguito di oppressione o circostanze tali da renderla probabilmente inaffidabile.

riguardo a tutte le circostanze, comprese le circostanze in cui le prove sono state ottenute, la loro ammissione in giudizio avrebbe un effetto talmente lesivo sull'equità del procedimento che la corte non dovrebbe ammetterle.

2.4. Il potere della polizia di acquisire campioni biologici

La polizia ha il potere di acquisire campioni biologici, potere che costituisce parte integrante della procedura di arresto³⁷. L'arrestato viene informato oralmente che verrà prelevato un campione al fine di ricavarne un profilo del DNA, oltre alle sue impronte digitali ed alle fotografie, al fine di eseguire una ricerca c.d. speculativa nelle banche-dati pertinenti, per trovare corrispondenze con dati relativi a crimini irrisolti. Agli arrestati viene anche consegnato un modulo che elenca i diritti di cui godono durante l'arresto, tra cui anche quello all'assistenza da parte di un avvocato; il modulo rinvia ai suddetti *Codes of Practice*.

Il *Police and Criminal Evidence Act 1984* distingue tra campioni c.d. intimi e non-intimi. Per i primi viene in rilievo la *section 62* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, che conferisce alla polizia il potere di prelevare un campione biologico c.d. intimo (ad es. sangue o urine) di un individuo arrestato dalla polizia stessa, se un agente avente almeno il rango di ispettore lo autorizza e se l'arrestato acconsente³⁸. La legge precisa che l'autorizzazione può essere concessa solo se l'agente ha motivi ragionevoli per sospettare che l'individuo da cui deve essere prelevato il campione è stato coinvolto in un *recordable offence*³⁹ e il campione può confermare il suo coinvolgimento. In sede giudiziale, se il soggetto non acconsente al prelievo, la corte o il giudice può trarne le conseguenze che "possano apparire opportune" ai fini dell'assoggettabilità dell'arrestato a processo o della sua colpevolezza⁴⁰.

³⁷ METROPOLITAN POLICE AUTHORITY, *Protecting the innocent: The London experience of DNA and the National DNA Database*, giugno 2011, 25.

³⁸ Tale potere si estende anche a coloro che non siano sotto custodia se, in precedenza, due campioni non-intimi prelevati dallo stesso individuo non erano idonei agli scopi investigativi.

³⁹ Categoria che comprende i reati che comportano una pena detentiva più altri designati espressamente come tali nei *National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000*. In concreto, è compresa la quasi totalità dei reati ad eccezione di quelli meno rilevanti legati alle violazioni del codice della strada; sono, ad esempio, *recordable offences* l'accattonaggio, l'ubriachezza molesta e la partecipazione a manifestazioni illegali. I *recordable offences* vengono iscritti nella casellario giudiziale di un individuo.

⁴⁰ *Section 62(10)* del *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

Il prelevamento di campioni biologici non intimi (categoria che ricomprende i capelli ed il tampone orale) è disciplinato dalla *section 63* della stessa legge. Anche in questo caso, è generalmente necessario il consenso (necessariamente scritto) dell'individuo oggetto del prelievo, ma sono previste alcune eccezioni. La polizia può prelevare un campione biologico senza il consenso dell'individuo se questi è in custodia in conseguenza all'arresto per un *recordable offence* e se, nel corso delle indagini, non è già stato effettuato un prelievo dello stesso tipo e dalla stessa parte del corpo, oppure se un tale prelievo è stato eseguito ma è risultato insufficiente. Il prelievo può avvenire senza il consenso anche se l'individuo è in custodia a seguito dell'autorizzazione di un organo giudiziale ed il prelievo è autorizzato da un agente avente almeno il rango di ispettore. È inoltre possibile procedere al prelievo se l'individuo è stato accusato di un *recordable offence* o se gli è stato notificato che la polizia verrà informata dell'*offence* e non è già stato effettuato un prelievo, o se il prelievo non era adeguato o sufficiente. Infine, il campione può anche essere prelevato se l'individuo è stato dichiarato colpevole di un *recordable offence* o se l'individuo è in custodia nonostante il proscioglimento per motivi di infermità mentale o incapacità di comparire in giudizio. Anche da queste previsioni è assente alcun riferimento alla necessità della presenza di un avvocato.

3. Le indagini sulla scena del reato

3.1. Il *Code of Practice* del *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*

La disciplina dettagliata delle indagini sulla scena del reato è affidata al *Code of Practice* emanato ai sensi della *section 23(1)* del *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*. Questa legge non contiene alcun riferimento alla necessità di coinvolgere un avvocato nelle diverse parti della determinazione, delimitazione ed esame della scena del reato.

Secondo il *Code*, il c.d. "agente incaricato di un'indagine" è il responsabile della direzione delle indagini penali ed assicura lo svolgimento di procedure adeguate per la registrazione di informazioni e per la loro conservazione. Se alcune funzioni sono state delegate a terzi, impiegati o meno dalla polizia, tale agente deve assicurarsi anche dell'osservanza di tutte le *policies* rilevanti.

Se il caso è complesso, le indagini sono affidate ai cc.dd. *Crime Scene Investigators*, che fanno parte del personale della polizia ma non sono ritenuti

agenti⁴¹. L'ordinamento non prevede l'obbligo di convocare un avvocato per l'indagine preliminare⁴² o quando si adottano le misure necessarie per preservare la scena del reato, che sono intraprese a seguito di consultazione con i *Crime Scene Investigators* o *managers*⁴³. Si dovrebbero consultare gli esperti forensi anche prima di iniziare l'esame della scena del reato; neppure per questo momento, si hanno riferimenti all'obbligatorietà o all'opportunità di convocare un avvocato.

3.2. La gestione del materiale biologico

Nella gestione del materiale biologico nel contesto penale è coinvolto un vero e proprio mosaico di soggetti.

3.2.1. Gli organi coinvolti nella gestione del materiale biologico

Nel 2007 è stata istituita la figura del *Forensic Science Regulator*, chiamato ad assicurare che la prestazione di servizi di medicina legale e relativi alle scienze forensi siano, nell'intero sistema di giustizia penale, conformi ad un adeguato assetto di *standards* qualitativi scientifici. Identifica i bisogni per *standards* qualitativi nuovi o aggiornati, è promotore dello sviluppo di nuovi *standards* e, là dove necessario, dà consulenza affinché i fornitori di questi servizi possano conformarsi a tali *standards*. L'organo gode del sostegno del Ministro dell'interno, ma opera in maniera indipendente, per conto del sistema di giustizia penale nel suo complesso.

Gli *standards* che si applicano ai laboratori impegnati nella profilazione del DNA volti al caricamento dei profili nel *National DNA Database* (v. *infra*, par. 3.2.2) sono stabiliti mediante regole concordate dal *National DNA Database Strategy Board*, l'organo incaricato della *governance* e del monitoraggio della banca-dati; gli *standards* sono inclusi nei contratti stipulati tra le forze di polizia ed i fornitori privati di servizi forensi. La supervisione di questi *standards* è eseguita per mezzo della *National DNA Database Delivery Unit* (nota anche con l'acronimo NDU), organo responsabile per la gestione strategica dello *Strategy*

⁴¹ Altre volte, è il primo agente di polizia che si reca sulla scena del reato a diventare l'investigatore relativo al caso.

⁴² COLLEGE OF POLICING, *Investigation process*, 2013, <https://www.app.college.police.uk/app-content/investigations/investigation-process/>.

⁴³ COLLEGE OF POLICING, *Managing investigations*, 2014, <https://www.app.college.police.uk/app-content/investigations/managing-investigations/>.

Board da parte dell'associazione dei capi di polizia⁴⁴. La *Unit* assicura l'osservanza degli *standards* applicabili e conferma l'accreditamento di tutti i laboratori scientifici che analizzano i campioni di DNA; inoltre, supervisiona il contratto per l'operatività ed il mantenimento del *National DNA Database*. Alla base degli *standards* vi è l'accreditamento ai sensi dello *standard* internazionale BS/EN ISO 17025, che stipula i "Requisiti generali per la competenza dei laboratori di prova e di taratura", che si applica ai laboratori coinvolti nella fornitura di servizi di scienza forense⁴⁵. La NDU ha elaborato *standards* tecnici per la trattazione dei campioni per l'inclusione nella banca-dati nazionale del DNA⁴⁶, per assicurare che tutti i fornitori di servizi forensi che forniscono profili del DNA per la banca dati siano consapevoli della trattazione dei campioni biologici ed aderiscano ai relativi *standards*.

Il *Forensic Science Regulator* ha redatto *Codes of Practice* ed un codice deontologico per i fornitori di servizi di scienza forense e per il loro personale, rispettivamente. Il codice deontologico prevede l'impegno di informare una persona opportuna nella propria organizzazione se esistono buoni motivi per ritenere che vi sia una situazione che possa condurre ad un errore giudiziario⁴⁷.

La parte 13 del *Code of Practice* del *Forensic Science Regulator* è dedicata alla trattazione dei reclami⁴⁸. Prevede che il fornitore deve porre in essere *policies* e procedure per la gestione dei reclami e deve assicurarsi che siano eseguite indagini adeguate quando questi vengano avanzati. Il *Regulator* deve essere informato il prima possibile di qualsiasi reclamo, se dalle contestazioni emerge che possono avere ripercussioni tanto importanti da attirare una attenzione negativa da parte del pubblico o sfociare in un errore giudiziario. I reclami possono essere intentati da diverse fonti tra cui anche dalle vittime di reati, dalle forze di polizia, da altri dipartimenti dello stesso fornitore e dagli organi giudiziari.

⁴⁴ La *Association of Chief Police Officers* (ACPO).

⁴⁵ L'accreditamento ai sensi di questo *standard* internazionale è eseguito dallo *UK Accreditation Service*, l'unico organo di accreditamento riconosciuto dal Governo britannico allo scopo di valutare la competenza di organizzazioni che forniscono servizi di certificazione, analisi, ispezione e taratura.

⁴⁶ FORENSIC SCIENCE REGULATOR, *Codes of Practice and Conduct for forensic science providers and practitioners in the Criminal Justice System*, versione 2.0, agosto 2014.

⁴⁷ FORENSIC SCIENCE REGULATOR, *op. cit.*, 9.

⁴⁸ FORENSIC SCIENCE REGULATOR, *op. cit.*, 16 ss.

3.2.2. *Il National DNA Database*

L'istituzione ed il funzionamento della banca-dati nazionale del DNA non sono disciplinati da un'unica legge. Le basi legislative per la sua istituzione sono state gettate nel 1994 con l'adozione del *Criminal Justice and Public Order Act 1994*; la banca-dati è stata istituita l'anno successivo. È gestita dal *National Police Improvement Agency*, un organo pubblico non ministeriale creato allo scopo di fornire servizi di supporto alla polizia in sfere quali la tecnologia e la condivisione delle informazioni. L'*Agency* è il custode della banca-dati nazionale; è responsabile per la fornitura di servizi relativi alla banca-dati e svolge un ruolo chiave nel mantenere ed assicurare l'integrità dei dati inseriti e l'uso dei dati nelle indagini della polizia. L'accesso alla banca-dati è limitato ad un numero ristretto di persone, responsabili per la gestione quotidiana della banca dati; le forze di polizia sono semplicemente informate nei casi di corrispondenza dei casi. I fornitori di servizi di scienza forense e le forze dell'ordine non possono, quindi, accedervi direttamente.

Una corrispondenza tra i profili del DNA acquisiti dalla polizia e quelli rinvenuti sulla scena del reato non è sufficiente di per sé a fondare una dichiarazione di colpevolezza: è necessario che vi siano anche altre prove, date le possibilità di errore, erronea interpretazione e contaminazione che possono influire sulle prove derivanti dal DNA⁴⁹.

L'uso della banca-dati è stato oggetto di varie estensioni. Attualmente, essa contiene dati relativi al 10 per cento circa della popolazione britannica⁵⁰ ed è, quindi, la banca-dati più vasta al mondo, oltre ad essere la più risalente ed inclusiva. Come si è visto (*supra*, par. 2.4.) la legge permette alla polizia di raccogliere campioni biologici per l'estrazione del DNA senza consenso da parte del soggetto cui sia contestato un *recordable offence* e permette anche di eseguire ricerche nella banca-dati in maniera speculativa, al fine di riscontrare corrispondenze in profili del DNA. La banca-dati non conserva il genoma completo degli individui, ma l'informazione è trattenuta nella forma di "profili del DNA", che in concreto consistono in una sequenza numerica e nell'indicazione del sesso della persona; la sequenza numerica rappresenta determinati segmenti

⁴⁹ CROWN PROSECUTION SERVICE, *Crown Prosecution Service: Guidance on Expert Evidence*, 2014, 44 ss.

⁵⁰ Si v. il commento di GENEWATCH UK, *The UK Police National DNA Database*, <http://www.genewatch.org/sub-539478>.

del DNA che sono altamente variabili da un individuo all'altro. Sono conservati anche il nome e la data di nascita dell'individuo.

I profili del DNA vengono sottoposti ad un controllo di corrispondenza con tutti i campioni tratti da crimini irrisolti non appena vengono caricati nella banca-dati. Questa può essere consultata per il lavoro ordinario relativo ad un caso, che comprende procedure quali il ricavare un profilo del DNA da un campione, il caricare i profili sulla banca-dati, il confrontare i campioni con profili del DNA parziali ottenuti da scene del reato, etc.⁵¹. I fornitori di servizi di scienza forense che lavorano per conto delle forze dell'ordine devono osservare tutte le leggi applicabili nonché le condizioni stabilite dal *NDNAD Strategy Board* e dalle agenzie che lavorano per suo conto.

L'avvocato della difesa che intenda ottenere dati relativi al DNA deve chiederli tramite le forze dell'ordine incaricate di formulare le accuse nei confronti dell'individuo; tali forze informeranno poi la procura. L'accesso alla banca-dati richiede l'approvazione (nella forma dell'“*endorsement*”) di un avvocato della procura, ma solamente nel caso in cui sia richiesto per dati del DNA a fini probatori⁵².

Le modalità di operatività e mantenimento della banca-dati sono state oggetto di asprissime critiche nel corso degli anni, giungendo anche al vaglio della Corte EDU, che, nel 2008, con la sentenza *S e Marper c. Regno Unito*⁵³, ha dichiarato incompatibile con l'art. 8 CEDU il fatto che tutti i campioni e profili del DNA prelevati da individui arrestati fossero conservati a tempo indeterminato, anche se i soggetti fossero stati successivamente prosciolti o l'azione penale abbandonata. L'ordinamento nazionale ha reagito con l'adozione del *Crime and Security Act 2010* e del *Protection of Freedoms Act 2012*, il cui combinato disposto fa sì che, attualmente, solo i profili del DNA delle persone maggiorenni dichiarate colpevoli di un reato o che abbiano ricevuto un ammonimento di rito (*caution*) siano

⁵¹ Si v. HOME OFFICE, *NDNAD Delivery Unit (NDU): The NDNAD Strategy Board Policy for Access and Use of DNA Samples, Profiles and Associated Data*, aggiornato da ultimo il 31 dicembre 2015, 21 ss.

⁵² In particolare, l'accesso a dati ottenuti da campioni prelevati per motivi di *intelligence* allo scopo di utilizzarli nel contesto probatorio richiede l'autorizzazione da parte di un agente di polizia avente il rango di capo della polizia (NPCC) o equivalente, l'*endorsement* da parte di un avvocato del *Crown Prosecution Service* e l'autorizzazione del Presidente del *NDNAD Strategy Board*. Si v. Home Office, cit., 22.

⁵³ Ricorsi nn. 30562/04 e 30566/04.

conservati in via permanente⁵⁴. Il profilo del DNA di minorenni dichiarati colpevoli solo una volta per un reato minore è cancellato dopo tre anni. I campioni del DNA (che contengono materiale genetico illimitato) devono essere eliminati entro sei mesi dalla determinazione del profilo del DNA, per tutelare la *privacy* degli individui coinvolti.

4. L'intervento dell'Unione europea: la reazione britannica

Nel 2013, l'Unione europea ha adottato la direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo⁵⁵. Il Regno Unito ha manifestato forte opposizione alla misura sin dalla sua proposta e, una volta che essa è stata adottata, ha scelto di operare l'*opt-out*.

⁵⁴ Le modifiche sono state ritenute insufficienti da diversi osservatori, i quali hanno sottolineato i perduranti pericoli per la *privacy* derivanti dalla raccolta di campioni per tutti i *recordable offences* e dal fatto che siano conservati i profili del DNA di minorenni che abbiano commesso più di un reato minore, nonché quelli di tutti gli adulti che abbiano commesso un solo reato minore. Si v. GENEWATCH UK, *op. cit.*

⁵⁵ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

La direttiva è stata emessa allo scopo di bilanciare l'introduzione di vari strumenti investigativi (come, ad es., il mandato d'arresto europeo) con i diritti procedurali dei sospettati e degli imputati, che l'ordinamento europeo non aveva curato, necessità, questa, resa urgente dalle chiare difformità presenti all'interno dell'Unione (si v. I.G. ANAGNOSTOPOULOS, *The right of access to a lawyer in Europe: A long road to travel?*, discorso tenuto al *Council of Bars and Law Societies of Europe Seminar on Human Rights*, Atene, 16 maggio 2013). Essa disciplina diversi aspetti essenziali del diritto all'avvocato ed introduce criteri minimi per tutti gli Stati membri. In particolare, segue la sentenza della Corte EDU *Salduz c. Turchia* (ric. n. 36391/02, del 2008), imponendo alle autorità nazionali il dovere di consentire ai sospettati di accedere ad un avvocato di loro scelta il prima possibile; in ogni caso, ciò non può avvenire oltre il momento della privazione della libertà e prima dell'interrogatorio da parte delle autorità competenti. Gli avvocati hanno il diritto, non solo alla presenza, ma anche alla partecipazione attiva nell'interrogatorio del loro cliente ed in altre fasi investigative importanti (quali, ad es., la raccolta di campioni di DNA). Le deroghe ai diritti degli avvocati devono essere autorizzate da un'autorità giudiziale; le dichiarazioni rese dai sospettati od altre prove ottenute in violazione del diritto all'avvocato non possono costituire materiale probatorio atto a fondare un giudizio di colpevolezza.

STATI UNITI

di Paolo Passaglia

1. I presupposti della garanzia dell'assistenza di un difensore

Nell'enucleare le garanzie previste per gli individui sottoposti a procedimento penale, il VI Emendamento alla Costituzione statunitense stabilisce che:

«l'accusato avrà il diritto [...] di avere l'assistenza di un avvocato per la sua difesa».

L'affermazione del c.d. «*right to counsel*» è stata oggetto, soprattutto nella seconda metà del Novecento, di un acceso dibattito in sede giurisprudenziale, volto a determinare i momenti del procedimento nei quali la difesa tecnica è da ritenersi un diritto costituzionalmente sancito. Se il diritto ad una difesa tecnica in sede dibattimentale (*trial*) è stato riconosciuto come il contenuto base della garanzia di cui al VI Emendamento, la Corte suprema federale, a far tempo dalla sentenza *Powell v. Alabama*, del 1932¹, ha posto l'accento – sia pure in un *obiter dictum* – sulla necessità di una estensione:

«nel corso del periodo forse più critico del procedimento [...], vale a dire tra il momento della formale lettura dell'imputazione di fronte ad un giudice [*arraignment*] e quello dell'inizio del processo, quando la consultazione, le indagini compiute e la preparazione [sono] di importanza vitale, gli imputati hanno diritto al supporto [del difensore] tanto quanto nel corso del periodo del processo vero e proprio»².

La Corte suprema ha dunque anticipato il momento iniziale del diritto all'assistenza legale, collocandolo nella fase della formale lettura dell'imputazione e della relativa dichiarazione dell'accusato circa la sua colpevolezza. L'argomento utilizzato allo scopo ha assunto, tuttavia, una valenza ancor più ampia, giacché la giustificazione dell'anticipazione è stata colta nell'esistenza, nella fase preprocessuale, di momenti «critici».

Sulla scorta di questa decisione, in effetti, è emersa in maniera chiara l'idea che, nel corso del procedimento penale, esistano alcuni momenti in cui l'accusato è chiamato ad operare scelte importanti. E queste scelte possono avere

¹ 287 U.S. 45 (1932).

² 287 U.S. 57.

ripercussioni assai rilevanti su diritti costituzionali (ad esempio, il dichiararsi colpevole, in sede di *arraignment*, implica la rinuncia al processo con giuria). Questi momenti sono stati definiti, dalla stessa Corte suprema, «stadi critici» (*critical stages*), stadi, cioè, nei quali la delicatezza del comportamento dell'accusato e le ripercussioni che le sue azioni o omissioni potrebbero avere rendono costituzionalmente necessario che questi possa avvalersi dell'assistenza di un difensore.

A distanza di qualche lustro dall'*obiter dictum* della sentenza *Powell*, la Corte suprema ha iniziato a trarre dal principio allora posto una serie di conseguenze concrete, dichiarando, anche nell'ambito di una *ratio decidendi*³, che la fase dell'*arraignment* è un *critical stage*⁴, e stabilendo che era inutilizzabile come prova la dichiarazione di colpevolezza fatta dall'accusato in una udienza anteriore all'inizio del processo, senza assistenza legale⁵: presupposto di quest'affermazione è stata la constatazione che, in linea di principio, tali udienze (*preliminary hearings*) sono da considerarsi, di per sé, *critical stages*⁶.

La giurisprudenza, a partire dagli anni sessanta, è intervenuta a più riprese per precisare le condizioni in presenza delle quali l'interrogatorio dell'arrestato richiede l'intervento del legale⁷ e, più in generale, le condizioni in presenza delle quali le dichiarazioni rese – in qualunque sede preprocessuale – sono utilizzabili allorché il difensore dell'accusato non sia stato presente⁸. Questo filone giurisprudenziale, peraltro, ha intersecato la garanzia di cui al VI Emendamento relativa alla difesa tecnica con quella di cui al V Emendamento relativa alla tutela contro la *self-incrimination*⁹.

³ Come noto, la differenza fondamentale tra le affermazioni contenute in un *obiter dictum* e quelle recate all'interno di una *ratio decidendi* risiede nella valenza di precedente delle affermazioni stesse, che è circoscritta alla *ratio decidendi*.

⁴ *Hamilton v. Alabama*, 368 U.S. 52 (1961).

⁵ *White v. Maryland*, 373 U.S. 59 (1963).

⁶ *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. 1 (1970).

⁷ Il *leading case*, al riguardo, è stato individuato nella sentenza *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), che ha posto il principio secondo cui qualunque interrogatorio successivo all'iscrizione nel registro degli indagati (*indictment*) che non abbia visto la presenza del difensore viola la garanzia del VI Emendamento. La sentenza *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) ha applicato questo principio anche ad un interrogatorio anteriore all'iscrizione nel registro degli indagati.

⁸ Con riferimento alle dichiarazioni auto-incriminanti raccolte dal compagno di cella, v., ad es., la sentenza *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980), in cui si è dichiarata la violazione del VI Emendamento derivante dall'accordo tra gli agenti di polizia ed il compagno di cella perché quest'ultimo «ponesse attenzione» alle ammissioni dell'indagato.

⁹ Il collegamento è emerso soprattutto a seguito della sentenza *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), la quale ha canonizzato la formula che gli agenti di polizia debbono recitare

La nozione di «*critical stage*» è stata sviluppata, tuttavia, soprattutto nella sentenza *United States v. Wade*, del 1967¹⁰, che ha affrontato la tematica del *right to counsel* in riferimento ai c.d. *lineups*, cioè ai confronti «all'americana» diretti all'identificazione dell'indagato da parte di un testimone¹¹. In ragione della sua importanza, di seguito si riporta un estratto della decisione.

«Quando il *Bill of Rights* è stato adottato, non esistevano forze di polizia organizzate quali sono oggi conosciute. L'accusato si confrontava con il procuratore d'accusa ed i testimoni a carico, e le acquisizioni probatorie erano condotte in larga misura proprio nella fase dibattimentale. Di contro, [oggi,] l'apparato delle forze dell'ordine include contestazioni fondamentali verso l'accusato da parte del procuratore d'accusa nelle fasi preprocessuali, i cui risultati ben possono definire il destino dell'accusato e ridurre la fase dibattimentale ad una mera formalità. Nel riconoscere queste realtà della moderna azione penale, le nostre sentenze hanno interpretato la garanzia del VI Emendamento nel senso di applicarsi a stadi "critici" del procedimento. [...]

«La formulazione letterale di questa garanzia [...] comprende l'assistenza del difensore ogniquale questa sia necessaria per assicurare una significativa "difesa".

«Sin dalla sentenza *Powell v. Alabama*, [...] abbiamo riconosciuto che il periodo intercorrente tra la formale lettura dell'imputazione di fronte ad un giudice ed il dibattimento era "forse il periodo più critico del procedimento" [...], durante il quale l'accusato "necessita di essere guidato dalla mano del difensore" [...], se la garanzia non deve dimostrarsi solo un diritto vuoto. Questo principio, da allora, è stato applicato [in varie successive decisioni].

«[...] queste decisioni "non riflettono altro che un principio costituzionale stabilito a far tempo dalla sentenza *Powell v. Alabama* [...]" (*Massiah v. United States*, 377 U.S. 205). È consustanziale a questo principio che, oltre alla presenza del difensore al dibattimento, all'accusato sia garantito di non trovarsi da solo di fronte al potere pubblico, in qualunque stadio dell'azione penale (formale o informale, di fronte alla corte o fuori dall'aula) in cui l'assenza del difensore possa essere una deroga al diritto dell'accusato ad un processo equo. La garanzia di questo diritto è, allo stesso modo, l'obiettivo del diritto all'assistenza del

all'arrestato, formula in cui il diritto al silenzio è associato alla possibilità di nominare un difensore di fiducia o di farsi rappresentare da un difensore d'ufficio.

¹⁰ 388 U.S. 218 (1967).

¹¹ Sul tema, v. anche la sentenza *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967), in cui la Corte suprema ha espresso considerazioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle contenute nella sentenza *United States v. Wade*.

difensore e delle altre garanzie di cui al VI Emendamento (il diritto dell'accusato ad un processo rapido e pubblico di fronte ad una giuria imparziale, il suo diritto di essere informato della natura e della causa dell'accusa ed il suo diritto di confrontarsi con i testimoni a carico e di avere procedimenti coattivi per poter avere a disposizione testimoni a suo favore). La presenza di un difensore a tali fondamentali momenti di scontro, come nello stesso dibattimento, opera nel senso di assicurare che gli interessi dell'accusato siano protetti in maniera conforme all'impianto accusatorio del processo penale (cfr. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400).

«In definitiva, il principio della sentenza *Powell v. Alabama* e delle sentenze successive impone che analizziamo ogni momento di scontro dell'accusato anteriore al dibattimento per determinare se la presenza del suo difensore sia necessaria alla preservazione del diritto fondamentale dell'imputato ad un processo equo, in quanto interessato significativamente dal suo diritto di sottoporre a contraddittorio i testimoni a suo carico e di avere l'assistenza effettiva di un difensore al dibattimento. Ci invita ad analizzare se un potenziale danno rilevante ai diritti dell'imputato riguardi un particolare momento di scontro e l'abilità del difensore di contribuire ad evitare un tale danno»¹².

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte suprema ha ritenuto che la presenza del difensore al momento dell'identificazione da parte di un testimone mediante confronto fosse costituzionalmente necessaria, sull'assunto che in tale frangente si possono verificare errori – involontari o frutto di forzature – cui potrebbe essere difficile rimediare in sede dibattimentale.

L'argomentazione utilizzata per i confronti a fini di identificazione ha fatto sì che il diritto alla presenza del difensore venisse circoscritto in relazione alle probabilità di errore ed alla difficoltà di porvi, eventualmente, rimedio. Così, è stata esclusa la necessità della presenza del difensore in occasione dell'acquisizione di altre prove, quali ad esempio campioni di sangue tramite prelievo o pezzi di carta con scrittura autografa. Di seguito si riporta l'argomentazione all'uopo adottata nella stessa sentenza *United States v. Wade*:

«La parte pubblica connota il confronto a fini di identificazione come un passaggio puramente preliminare nel raccogliere prove da parte del procuratore pubblico, non dissimile – ai fini del VI Emendamento – da vari altri passaggi preparatori, come l'analisi sistematica o scientifica delle impronte digitali dell'accusato, di campioni di sangue, di vestiti, di capelli, etc. Riteniamo, di contro, che ci siano differenze che impediscono che tali passaggi siano qualificati

¹² 388 U.S. 224-227.

come stadi critici per i quali l'accusato abbia il diritto alla presenza del suo difensore. La conoscenza delle tecniche scientifiche e tecnologiche è sufficientemente disponibile, e le variabili in queste tecniche sono relativamente limitate, al punto che l'accusato ha l'opportunità di un significativo confronto con i dati della parte pubblica in sede dibattimentale, attraverso l'ordinario contraddittorio con i periti dell'accusa e la presentazione delle prove da parte dei suoi esperti. Il diniego di un diritto a che il proprio difensore sia presente a tali analisi non viola, quindi, il VI Emendamento; non si tratta di stadi critici, poiché c'è un rischio soltanto minimo che l'assenza del suo difensore in questi stadi possa rappresentare una deroga al suo diritto ad avere un processo equo»¹³.

Un elemento della sentenza *United States v. Wade*¹⁴, che, ad una prima lettura, non era apparso decisivo, è stato invece enfatizzato dalla giurisprudenza successiva: al momento del confronto diretto all'identificazione dell'accusato da parte di un testimone, l'accusato era già stato iscritto nel registro degli indagati. Un tale elemento è emerso allorché alla Corte suprema federale è stato richiesto di applicare questo precedente a casi di confronti a fini identificativi avvenuti prima dell'iscrizione nel registro degli indagati. In una prima fase, il diniego opposto dalla Corte aveva, sì, colpito soggetti che, al momento del confronto, non figuravano formalmente indagati, ma la *ratio decidendi* che aveva fondato la decisione era stata incentrata sugli effetti unicamente *pro futuro* della sentenza *United States v. Wade*: poiché i confronti si erano svolti prima che tale decisione fosse depositata, la sua efficacia meramente *prospective* la rendeva irrilevante per gli atti già compiuti¹⁵.

Con la sentenza *Kirby v. Illinois*, del 1972¹⁶, l'orientamento della Corte è stato, invece, indiscutibilmente nel senso di privilegiare l'aspetto formale dell'iscrizione nel registro degli indagati. Di seguito si riporta un estratto della decisione da cui si coglie l'interpretazione restrittiva operata con riferimento al precedente del 1967.

«In un filone di giurisprudenza costituzionale di questa Corte che deriva dalla fondamentale decisione nel caso *Powell v. Alabama*, [...] è stato stabilito in maniera precisa che il diritto di un individuo alla difesa legale, sancito dal VI e dal

¹³ 388 U.S. 227-228.

¹⁴ Nonché della connessa sentenza *Gilbert v. California*.

¹⁵ Cfr. le sentenze *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967), *Foster v. California*, 394 U.S. 440 (1969), *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. 1 (1970).

¹⁶ 406 U.S. 682 (1970).

XIV Emendamento¹⁷, scatta soltanto al momento in cui il procedimento giudiziario accusatorio ha avuto inizio contro di lui o successivamente. [...]

«Ciò non significa che un imputato ha il diritto costituzionale al difensore solo in sede propriamente dibattimentale. Il caso *Powell* chiarisce che il diritto scatta al momento della formale lettura dell'imputazione di fronte ad un giudice e la Corte ha recentemente dichiarato che sussiste anche al momento di una udienza predibattimentale. [...] Ma il punto è che, mentre alcuni membri della Corte hanno dissentito in relazione all'esistenza di un diritto al difensore nei contesti di taluni dei casi [concretamente decisi], tutti questi casi hanno riguardato il momento dell'inizio o momenti successivi all'inizio del procedimento giudiziario penale accusatorio, nonché il momento della contestazione formale, o una udienza predibattimentale, l'iscrizione nel registro degli indagati, [...] o la formale lettura dell'imputazione di fronte ad un giudice. [...]

«L'inizio del procedimento giudiziario penale è lungi dall'essere un mero formalismo. È il punto di partenza di tutto il nostro sistema accusatorio di giustizia penale. Perché è soltanto allora che il pubblico potere si è impegnato a perseguire, ed è solo allora che si sono consolidate le posizioni contrapposte del pubblico potere e dell'imputato. È allora che un imputato si trova di fronte alle forze della società organizzata che lo perseguono, ed immerso nell'intrico del diritto penale sostanziale e processuale.

«È quindi questo punto che segna l'inizio delle "azioni penali" cui sole sono applicabili le esplicite garanzie del VI Emendamento [...]

«In questo caso, ci viene richiesto di trasporre ad una normale indagine di polizia una garanzia costituzionale assoluta applicabile, storicamente e razionalmente, solo dopo l'inizio dell'azione penale. Rifiutiamo di farlo. Meno di un anno dopo che i casi *Wade* e *Gilbert* erano stati decisi, la Corte ha spiegato come segue la regola di quelle decisioni:

«“Il principio di diritto di quei casi era che un accusato ha diritto al difensore in qualunque ‘stadio critico’ dell'azione penale”, e che “un confronto a fini identificativi è un tale ‘stadio critico’”.

«(Corsivo aggiunto) *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377, 390 U.S. 382-383. Rifiutiamo di allontanarci oggi da quel principio di diritto sanzionando con una inutilizzabilità, di per sé, la testimonianza concernente una identificazione che

¹⁷ Il riferimento al XIV Emendamento è funzionale a riconoscere l'estensione della portata del VI Emendamento anche al diritto degli Stati membri.

ha avuto luogo molto prima dell'inizio in qualunque modo di qualunque azione penale»¹⁸.

La ridefinizione, in senso limitativo, della garanzia del diritto all'assistenza legale è stata corroborata dalla sentenza nel caso *United States v. Ash*, del 1973¹⁹, in cui l'affermazione del diritto al difensore e la sua evoluzione nella giurisprudenza della Corte suprema è stata ricostruita in dettaglio, come emerge dagli estratti che seguono:

«[...] Il diritto al difensore nel diritto anglo-americano ha un ricco patrimonio storico, e questa Corte ha regolarmente evocato questa storia nel conformare la garanzia del difensore del VI Emendamento. Riesaminiamo questa storia nello sforzo di determinare il rapporto tra le finalità della garanzia del VI Emendamento ed i rischi connessi ad una identificazione tramite fotografie. Nella sentenza *Powell v. Alabama*, [...], la Corte ha disquisito sulla regola del *common law* inglese che limitava rigorosamente il diritto di una persona accusata di un reato grave di consultarsi con un legale in sede dibattimentale. La Corte ha esaminato le costituzioni e le leggi coloniali ed ha notato che,

«“in almeno dodici delle tredici colonie, la regola del *common law* inglese, sotto il profilo ora in considerazione, era stata chiaramente respinta, e che il diritto al difensore era pienamente riconosciuto in tutte le azioni penali fatta eccezione per il fatto che, in uno o due casi, il diritto era limitato a reati capitali o ai reati più gravi”.

«*Ivi*, 287 U.S. 64-65. La garanzia del difensore di cui al VI Emendamento, dunque, era derivata dalle leggi e dalle previsioni costituzionali delle colonie concepite per respingere la regola del *common law* inglese. Evidentemente, varie preoccupazioni avevano contribuito a tale rigetto, allo stesso tempo in cui innumerevoli istituti del *common law* venivano importati. Una considerazione era la intrinseca irrazionalità della limitazione inglese. Poiché la regola era limitata ai procedimenti per reati gravi, il risultato, assurdo ed illogico, era che chi fosse accusato di un reato minore potesse avvalersi pienamente di un difensore, mentre l'accusato di un reato grave, almeno in teoria, avrebbe potuto consultare un difensore solo su questioni giuridiche che l'accusato avesse proposto alla corte²⁰. [...]

¹⁸ 406 U.S. 688-690.

¹⁹ 413 U.S. 300 (1973).

²⁰ Su questi profili, v. il contributo avente ad oggetto il diritto inglese, in questo quaderno.

«Una preoccupazione di importanza più duratura è stata il riconoscimento e la consapevolezza che un profano, se non supportato, aveva scarse capacità di discutere in punto di diritto o di lottare contro un intricato sistema processuale. La funzione del difensore come una guida attraverso i complessi tecnicismi del diritto è stata da lungo tempo riconosciuta da questa Corte. [...]

«La Corte ha frequentemente interpretato il VI Emendamento nel senso di assicurare che la “mano del difensore che guida” è a disposizione di coloro che necessitano della sua assistenza. [...]

«Un altro fattore che ha contribuito al riconoscimento da parte delle colonie del diritto dell'accusato ad un difensore è stato l'adozione dell'istituto di un procuratore pubblico, sul modello del sistema inquisitorio europeo continentale. [...]

«Una motivazione ulteriore della regola americana è stata, dunque, l'intento di minimizzare lo sbilanciamento rispetto al sistema accusatorio che sarebbe altrimenti derivata dall'istituzione di un procuratore d'accusa professionale. [...]

«Questo contesto storico suggerisce che l'essenza della finalità della garanzia del difensore era di assicurare “assistenza” durante il dibattimento, quando l'accusato si doveva confrontare sia con la complessità del diritto sia con la condotta processuale del procuratore pubblico. I più recenti sviluppi hanno portato questa Corte a riconoscere che siffatta “assistenza” sarebbe meno che significativa se fosse limitata al solo dibattimento in senso formale.

«Tale estensione del diritto al difensore ad eventi antecedenti al dibattimento è stata il portato dei mutati modelli di procedimento penale e di indagini, che hanno avuto la tendenza a produrre situazioni predibattimentali che potrebbero essere correttamente considerate come parti del dibattimento stesso. In queste nuove e rilevanti situazioni, l'accusato si è dovuto confrontare, proprio come nel dibattimento, con il sistema processuale o con periti di parte avversa o con entrambi. [...]

«La Corte ha applicato coerentemente questa interpretazione storica della garanzia, ed ha esteso il diritto costituzionale al difensore solo quando i nuovi contesti presentano gli stessi pericoli che hanno dato origine, inizialmente, al diritto stesso.

«Nel corso di questa espansione della garanzia del difensore ai momenti di scontro simili al dibattimento, la funzione dell'avvocato è rimasta essenzialmente la stessa di quella che ha al dibattimento. In tutti i casi considerati dalla Corte, il difensore ha continuato ad agire come un portavoce o un consulente dell'accusato.

Il diritto dell'accusato alla "assistenza di un difensore" ha quindi significato proprio il diritto dell'accusato ad avere un legale che lo assista. [...]

«Questa rassegna sulla storia e sull'espansione della garanzia del difensore di cui al VI Emendamento dimostra che il canone di giudizio utilizzato dalla Corte richiede l'esame della situazione al fine di stabilire se l'accusato necessitasse di supporto nell'affrontare problemi giuridici o assistenza nell'incontrare il suo avversario»²¹.

Sulla base di queste riflessioni, la Corte suprema ha quindi collegato in maniera rigorosa la sussistenza del diritto alla presenza del difensore alle (sole) situazioni che vedono la presenza dell'accusato. Neppure la presenza dell'accusato è, però, di per sé sufficiente a far scattare la garanzia del difensore, giacché è all'uopo necessario dover constatare che l'accusato può trovarsi in una situazione in cui la competenza tecnica del difensore si rivela necessaria (o almeno opportuna) per «guidarlo» nella condotta da tenere. Nella specie, la regola posta ha avuto la conseguenza di escludere la necessaria presenza del difensore durante l'identificazione da parte di testimoni basata sulla visione di fotografie: per un verso, a far difetto era il presupposto fondamentale della presenza dell'accusato; per l'altro, eventuali errori o abusi commessi in fase di identificazione ben potevano essere ricostruibili e dunque superabili in sede dibattimentale.

L'orientamento così espresso dalla Corte suprema federale, ormai più di quarant'anni fa, è da ritenersi valido ancora oggi²², giacché la giurisprudenza successiva ha confermato i cardini enucleati nelle decisioni a cavallo tra gli anni sessanta e gli anni settanta, vale a dire, per riassumere:

(a) la presenza del difensore è costituzionalmente richiesta in sede dibattimentale o anche in una fase anteriore, purché la pretesa punitiva del potere pubblico sia stata in una qualche forma esplicitata (ad esempio, attraverso l'iscrizione del soggetto nel registro degli indagati);

(b) nella fase predibattimentale, la presenza del difensore è costituzionalmente richiesta soltanto se si versi in uno «stadio critico» della procedura;

(c) lo «stadio critico» della procedura è identificabile solo se si ha una situazione simil-dibattimentale, in cui, cioè, l'accusato è presente e la sua condotta può necessitare della «guida» del difensore.

²¹ 413 U.S. 306-313.

²² Cfr., ad es., la relativamente recente sentenza sul caso *Rothgery v. Gillespie County*, 554 U.S. 191 (2008).

2. Il difensore e le indagini sulla scena del reato

Quanto si è venuti dicendo nel paragrafo precedente in ordine ai presupposti della garanzia dell'assistenza di un difensore ha riflessi assai rilevanti circa il ruolo che il difensore può svolgere in relazione alle attività di indagine condotte sulla scena del reato.

Due aspetti, in particolare, debbono essere rimarcati.

Il primo, di ordine generale, è che concettualmente le prove si formano (*recte*, dovrebbero formarsi) in dibattimento: per quanto possibile, la valutazione dei mezzi di prova viene, dunque, rinviata alla fase di fronte a giudice e giuria, nella quale il difensore è chiamato a confrontarsi con l'accusa ed a «smontare» l'impianto accusatorio.

Il secondo aspetto attiene precisamente alle condizioni previste per l'intervento del difensore, che, come si è visto, sono connesse alla necessità/opportunità per l'accusato di poter essere «guidato».

In questo quadro, le indagini sulla scena del reato si pongono su un piano diverso rispetto al diritto all'assistenza di un difensore, come dimostra la circostanza che la tutela per l'accusato è assicurata, per l'essenziale, da altra previsione costituzionale, e segnatamente da quella del IV Emendamento²³, ai sensi della quale

«[i]l diritto dei cittadini ad essere garantiti nelle loro persone, case, carte ed effetti contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli, non potrà essere violato, e non potranno essere emessi mandati [*warrants*] se non fondati su motivi probabili, sostenuti da giuramenti o solenni affermazioni e con una dettagliata descrizione del luogo da perquisire e delle persone o cose da prendere in custodia».

In sede di indagine, in sostanza, la diligenza delle forze di polizia e, se del caso, la necessità di un provvedimento autorizzativo giudiziale concretizzano l'apparato di protezione offerto all'accusato. Il ruolo del difensore è marginale, nel senso che non è prevista la sua presenza. Ciò detto, non può trascurarsi, però, la circostanza che al difensore deve essere riconosciuta la possibilità di validamente confrontarsi con l'accusa in sede dibattimentale. Perché il confronto sia quanto più possibile impostato in termini di parità, deve offrirsi alla difesa

²³ La tematica non rientra, come è chiaro, nell'oggetto del presente contributo. Per un inquadramento generale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte suprema federale, v. M.M. BERLIN, *Crime Scene Searches and the Fourth Amendment*, in *Investigative Sciences Journal*, vol. 3, n. 2, 2011, consultabile *on line* alla pagina <http://www.investigativesciencesjournal.org/article/view/8951>.

l'opportunità di svolgere a sua volta indagini e valutazioni analoghe a quelle su cui la parte pubblica può fondarsi.

È, questo, un principio che pervade il sistema processuale statunitense, e che come tale non richiede una particolare formalizzazione. Esistono, tuttavia, vari indici della sua esistenza e della sua applicabilità in concreto. Una delle più significative, ai presenti fini, è data dagli *standards* adottati dalla American Bar Association, una raccolta di regole che non ha valore vincolante, ma che è fortemente orientativo della prassi e, sovente, delle decisioni politiche volte a disciplinare la materia processuale.

Una parte degli *Standards for Criminal Justice* è specificamente dedicata alle prove ottenute attraverso il DNA²⁴. Tali *Standards* offrono riferimenti assai precisi per orientare la prassi in merito alla raccolta, alla conservazione ed alla valutazione di campioni di DNA. Per quanto rileva nell'economia di queste pagine, una particolare importanza è assunta dallo *Standard 2.1.*, che così recita:

«Raccolta di prove del DNA dalla scena del reato o da altro luogo

«(a) Quando risulta essere stato commesso un grave reato e ci sono ragioni di ritenere che prove del DNA rilevanti per il reato possano essere presenti sulla scena del reato o in altro luogo, queste prove dovrebbero essere raccolte prontamente.

«(b) Quando prove del DNA debbano essere raccolte dalle forze dell'ordine, un agente delle forze dell'ordine o un altro investigatore forense adeguatamente preparato nella identificazione, nella raccolta e nella conservazione delle prove del DNA dovrebbe essere inviato presso il luogo e, sulla base di linee guida scritte, dovrebbe identificare, raccogliere e conservare quelle prove, utilizzando una cura ragionevole al fine di assicurare che la raccolta sia rappresentativa di tutte le prove del DNA rilevanti; e

«(c) Se ad un accusato fosse contestato un reato per cui si procedesse ad indagini ed al suo avvocato o al suo investigatore fosse negato l'accesso alla scena del reato o ad altro luogo dopo il completamento delle indagini da parte delle forze dell'ordine, dovrebbe essere permesso all'accusato di fare istanza presso una corte per ottenere un'ordinanza che concedesse al suo avvocato o al suo investigatore un ragionevole accesso al luogo e che permettesse ad un rappresentante dell'avvocato adeguatamente preparato nell'identificazione, nella

²⁴ Cfr. *ABA Standards for Criminal Justice: DNA Evidence*, 3th edition, American Bar Association, Washington, D.C., 2007, consultabile *on line* alla pagina http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/dna_evidence.authcheckdam.pdf.

raccolta e nella conservazione delle prove del DNA di raccogliere prove del DNA».

La logica che presiede a questo *standard* è quella di permettere alla difesa di svolgere indagini parallele a quelle funzionali all'accusa, in modo che le risultanze di queste ultime possano essere contestate nella fase dibattimentale, sulla base di autonome ricerche e valutazioni. In quest'ottica, a rilevare è, più che (ed ancor prima de) la presenza del difensore o dei periti di parte allo svolgimento delle analisi, la garanzia che i periti di parte siano effettivamente messi nelle condizioni di poter svolgere, a loro volta, analisi equivalenti a quelle poste in essere per l'accusa. Se ne ha una conferma in riferimento a quanto previsto per i casi di analisi che consumano i campioni di DNA. In proposito, viene in rilievo lo *Standard 3.4.*, che di seguito si riporta.

«Analisi che consumano

«(a) Quando possibile, una parte delle prove del DNA analizzate e, quando possibile, una parte di tutti i campioni delle prove del DNA dovrebbe essere conservata per ulteriori analisi.

«(b) Un laboratorio non dovrebbe intraprendere una analisi che consumi completamente le prove del DNA o campioni senza il preventivo assenso del procuratore pubblico, se un agente delle forze dell'ordine richiedono l'analisi, o del legale della difesa, se l'analisi è richiesta dal legale della difesa o da un suo agente.

«(c) Prima di approvare una analisi che consumasse completamente le prove del DNA o campioni, il procuratore dovrebbe dare a qualunque imputato contro cui un mezzo accusatorio fosse stato richiesto, o a qualunque sospettato che avesse richiesto preventiva informazione, una opportunità di fare obiezioni e di richiedere una adeguata ordinanza giudiziale.

«(d) Prima di approvare una analisi che consumasse completamente le prove del DNA o campioni, l'avvocato di qualunque imputato contro cui un mezzo accusatorio fosse stato richiesto, o di qualunque altra persona che intendesse condurre una tale analisi, dovrebbe dare al procuratore pubblico una opportunità di fare obiezioni e di richiedere una adeguata ordinanza giudiziale.

«(e) Se è presentata una mozione per fare opposizione contro una analisi che consuma [le prove del DNA], la corte deve considerare quei procedimenti ingiuntivi che potrebbero permettere una valutazione indipendente dell'analisi, incluse – tra gli altri – la presenza di un esperto che rappresenti la parte istante,

durante la preparazione delle prove e l'analisi, e la videoregistrazione o la fotografia della preparazione e dell'analisi».

Emerge da queste previsioni che, affinché la parità delle armi sia quanto più possibile assicurata, è fondamentale che sia fornita alla controparte una adeguata informazione circa le analisi che si intendano condurre.

Grazie all'informazione preventiva, possono darsi le condizioni perché, attraverso l'intervento del giudice, la garanzia del contraddittorio in sede dibattimentale non sia puramente formale. In proposito, può notarsi come la tutela rappresentata dalla presenza di un esperto per la difesa sia concepita come una *extrema ratio*, per il caso in cui non sia possibile procedere nelle forme ordinarie, vale a dire tramite analisi parallele ed indipendenti, sulle quali accusa e difesa, con i rispettivi periti, dovrebbero potersi confrontare in dibattimento.

Il *Commentary* che correda lo *Standard* è, sul punto, quanto mai esplicito:

«Questa procedura [prevista dallo *Standard*] può essere costituzionalmente imposta, in certe circostanze [...]. Ad esempio, nel commentare le questioni legate al giusto processo [*due process*] derivanti da analisi che distruggono, la Corte suprema del Colorado ha affermato: “Può essere obbligatorio per la parte pubblica il contattare l'imputato per stabilire se desideri che un suo esperto sia presente durante le analisi” [*People v. Gomez*, 596 P.2d 1192, 1197 (Colo. 1979)]. In un caso successivo, *People v. Garries* [645 P.2d 1306, 1309-10 (Colo. 1982)], la Corte ha eliminato la prova di una macchia di sangue perché era stata distrutta durante l'analisi. La parte pubblica non aveva fotografato i risultati dell'analisi né aveva dato l'opportunità alla difesa di avere un suo esperto presente durante le analisi [...]. Come indicato nella sentenza *Garries*, ci sono molti altri modi per garantire il giusto processo in questo contesto, in luogo della presenza di esperti della difesa. Nella sentenza *State v. Thomas* [S.E.2d 227, 234 (W. Va. 1992)], la Corte suprema della Virginia occidentale ha stabilito che se il procuratore pubblico conduce analisi complicate (nella specie, una analisi elettroforetica del sangue) che consumano tutta la sostanza analizzata, la parte pubblica deve “conservare la maggiore documentazione [dell'analisi] che sia ragionevolmente possibile per permettere un pieno ed adeguato esame dei risultati da parte di un imputato e dei suoi esperti”.

«Il *National Academies Report* del 1996 è in senso conforme. Questo *Report* ha rilevato che una soluzione sarebbe quella di “dare all'imputato il diritto di avere un esperto presente se l'analisi richiesta dalla parte pubblica consumasse il campione disponibile” [NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Evaluation of Forensic DNA Evidence*, 1996, p. 88]. Ovviamente, questo richiede che

all'imputato sia dato un avviso. Allorché questa procedura non sia possibile, nel *Report* si commenta: “la nostra raccomandazione che ogni stadio del processo di analisi sia completamente documentato diviene particolarmente importante” [*ibidem*, 184]»²⁵.

²⁵ *ABA Standards for Criminal Justice: DNA Evidence*, cit., 77-78.