

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.