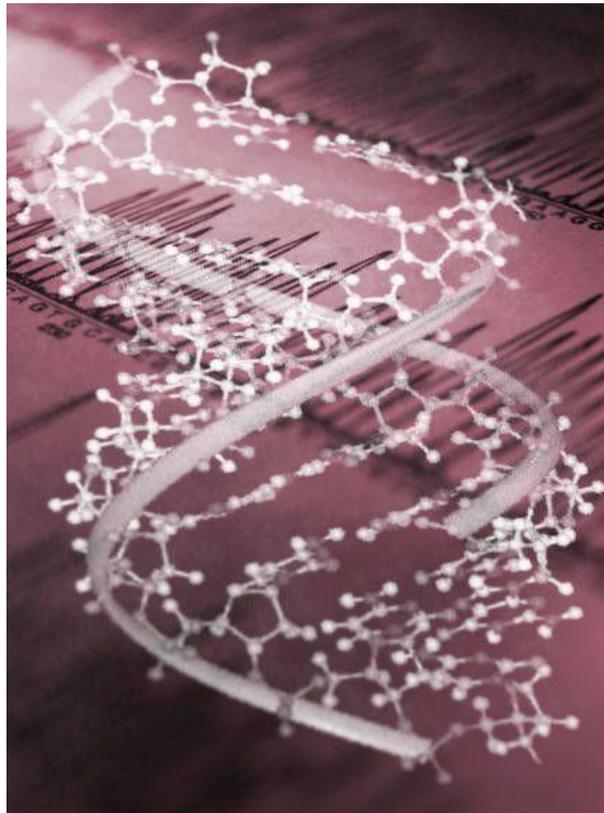


LA PROVA DEL DNA
ED IL RUOLO DEGLI ESPERTI
NEL PROCESSO PENALE



a cura di:

Bello Valerio, DeNunzio Nicol, Dipasquale Salvina,
Gnisci Debora, Liburdi Martina, Longo Ilaria.

Preg.mo Prof. Alfredo Gaito

Roma, lì 15. IV. 2013

La risonanza giuridica di un intervento attivo - quale è il prelievo del DNA e di ogni altro elemento biologico - che attiene strettamente alla sfera individuale delle persone, è necessariamente connessa alla sua leggibilità secondo concetti cognitivi solidi e razionalmente conoscibili.

Tale assioma trova ingresso nel principio di determinatezza in senso empirico, che non a caso diventa particolarmente contingente laddove il legislatore ometta di regolare una situazione in cui entrano in gioco componenti di per sé non sempre rigorosamente definibili dalla scienza e dal diritto. Formulazioni come quelle di cui al Capo VI e ss. del Codice di rito parrebbero quasi sovvertire le più elementari nozioni di tecnica normativa. Strutture indubbiamente anomale, *de jure condendo*.

Per non menzionare le vertiginose lacune normative che inficiano il sistema processual-penalistico proprio in un ambito così imprescindibile, strettamente necessario, e specialistico, qual è quello della valutazione della prova scientifica.

Basti pensare che, stante la cogenza dei numerosi appelli europei (soprattutto con riguardo alle garanzie ed alla effettività del Trattato di Prüm dopo l'avvenuta ratifica dell'Italia nel 2009), a tutt'oggi, la Banca dati nazionale del Dna non esiste. Questo spiegherebbe forse l'altalenarsi dei vari orientamenti forensi che - al ritmo di successi (da ultimo, nel delitto di Lignano) o di fallimenti (vedi il caso di Garlasco, Perugia, via Poma..) sull'uso del Dna nei processi- oscillano tra l'acritica adesione a una visione per così dire "misticistica", che considera la prova genetica come un vangelo, ad una irrazionale visione tradizionalistica che all'opposto la declassa al rango di "terno a lotto"; quando invece l'esperienza quotidiana indicherebbe che invero il problema reale consisterebbe nell'inevitabile (o quasi) ricorso al perito d'ufficio, in quanto sia i giudici che le parti, non possedendo competenze dirette per controllare il metodo usato, molto spesso finirebbero di fatto col delegare la sentenza all'esperto. Una prassi, questa, del tutto inaccettabile e che rischierebbe di comprimere al massimo i più basilari principi del Sistema.

Tuttavia, il mondo del diritto è il mondo della assennatezza, ed il mondo umano può essere oggetto di regolazione giuridica solo se assiologicamente orientato in tale prospettiva. Ciò vale tanto più per un ordinamento come quello penale, che è - o deve sforzarsi di essere - il sistema giuridico più efficiente ed evoluto dal punto di vista gnoseologico:

«È un diritto chiamato - con forza anche bruta - ad imporre la ragione, laddove più

gravi sono le conseguenze della sua violazione, per i diretti interessati, per la comunità tutta, e, si direbbe, per la stessa civiltà, che con fiducia guarda al progresso dell' homo sapiens come ad un percorso inarrestabile verso la perfezione. Sia pure per un moto inerziale, il sistema penale appare circondato di una serie di garanzie tali da blindarne la funzione razionale, quale regola suprema di governo del consorzio umano. Tale stato di cose dovrebbe indurre la maggior parte dei giuristi (non meno che improvvisati legislatori) a tenersi lontano, se non dalle aule dei tribunali penali, quanto meno dalle trattazioni teoriche della materia, essendo il concetto di scientificità mai come in questo caso fedele alla sua lettera»¹

Dott.ssa Lydia Montalbano, Tutor di gruppo.

1 BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale, 1, Prefazione, ed. Diritto e Scienza, 2010.*

1. Dibattito sul complesso rapporto tra scienza e diritto

Molto si è discusso intorno ai rapporti tra scienza e diritto. L'interrelazione tra conoscenza giudiziaria e conoscenza scientifica è stata oggetto di attenzione sin da tempi remoti, basti pensare che uno degli scritti di riferimento in materia - il saggio "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice" di V. Denti - appare già nel 1972. In quella sede, l'autore offriva alcune riflessioni con cui venivano a porsi le basi del dibattito odierno, preconizzandone, per certi versi, le conclusioni. Il saggio di Denti culminava nell'affermazione che: "i metodi scientifici non possono offrire nuove categorie di prove, ma possono servire ad una migliore ricerca della verità". Per questa via, veniva individuato come uno dei punti salienti della problematica afferente ai rapporti tra scienza e processo, quello vertente sulla classificazione della prova cd. scientifica all'interno del catalogo tipizzato dal legislatore. Partendo dal presupposto che l'operazione esegetica non può prescindere dalle coordinate offerte dal codice in tema di classificazione probatoria: da un lato, non potrà essere ignorata la scelta di campo operata dal legislatore del 1988 in favore dell'atipicità temperata- ispirata proprio alla ratio di "evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione". Dall'altro lato, dovrà essere rispettata la scansione imposta dalla sistematica del codice all'interprete, che debba operare la sussunzione di una nuova esperienza conoscitiva al panorama probatorio. Ulteriore punto saliente degno di attenzione è senza dubbio quello riguardante la dinamica acquisitiva della cd. prova scientifica all'interno del processo penale: si tratta di considerare l'impatto determinato dall'attività investigativa, svolta su basi scientifiche e tecnologiche, sul contesto di acquisizione probatoria. Uno dei casi più famosi di acquisizione di una prova scientifica in sede penale è quello risalente al cd. "Affaire Dreyfus". Il Capitano dello Stato maggiore francese protagonista della controversa vicenda giudiziaria fu processato e condannato sulla base di quella che, all'epoca in cui si svolsero i fatti, venne ritenuta un'evidenza scientifica². La condanna era stata emessa nonostante i giudici avessero ammesso di non aver compreso la ratio sottostante le

² Nel tentativo di stabilire la paternità del celebre documento incriminato, l'accusa aveva sottoposto ad interrogatorio alcuni testimoni in qualità di esperti calligrafici, i quali avevano concluso in favore dell'appartenenza dello scritto a Dreyfuss sulla base di una serie di precise analogie riscontrate tra i caratteri del documento in esame e quelli della corrispondenza privata del Capitano.

complesse dimostrazioni matematiche esposte dai testimoni³. Il caso appena esposto può essere assunto a paradigma dei rapporti intercorrenti tra conoscenza scientifica e processo penale, in quanto consente di focalizzare i profili problematici su cui deve soffermarsi la riflessione teorica sul binomio scienza e diritto. Un primo aspetto dell'interazione tra i due campi del sapere attiene al profilo epistemologico, inteso come analisi del metodo impiegato per la formazione della conoscenza, rispettivamente scientifica e giudiziaria. Il sapere giuridico dunque è venuto a confrontarsi con un avversario di tutt'altro calibro, qual è il sapere scientifico. Molte nuove scoperte della ricerca scientifica più avanzata si sono dimostrate di fondamentale rilevanza, anche per discipline apparentemente lontane come il diritto. Sul versante della prova penale scientifica il test del DNA - teso ad ottenere l'identificazione genetica - costituisce ormai un'importante ma scientificamente complessa tecnica di indagine finalizzata a diventare strumento di accertamento. Insieme ad essa assume rilievo il Bloodstain in Pattern Analysis (BPA), innovativo strumento di cognizione, che dalla quantità, morfologia e distribuzione delle macchie di sangue consente di ricavare induttivamente varie informazioni riguardanti le modalità di svolgimento di un'azione criminosa violenta. In particolare questo strumento venne utilizzato nel processo per l'omicidio di Cogne: per la prima volta in Italia ci si è confrontati con tale tecnica, la quale ha consegnato esiti di portata indiziaria schiacciante nei confronti dell'imputata.

Domanda che sorge spontanea dunque è: quanto è riuscito finora a tradursi in realizzazione questo progetto teorico di rifondazione del sistema penale (anche) su basi scientifiche?

Senza per questo disconoscere i notevoli sforzi compiuti in tale direzione, da alcuni studiosi delle ultime generazioni, si può rilevare come il progetto sia sino ad oggi, rimasto in larghissima parte aspirazione teorica. Si è assistito infatti ad un progressivo passaggio da una "scientizzazione del processo" – alimentata, potremmo dire, da un'illusione prettamente scienziata – ad una più corretta "processualizzazione del metodo scientifico". In altri termini dall'immagine idealizzata dell'accertamento genetico come prova risolutiva, si è avvertita l'esigenza di delimitare l'effettiva potenzialità della stessa. Appare illusorio ritenere che la prova scientifica sia idonea a

3 Il caso Dreyfus è esemplificativo del rischio che l'aurea di impenetrabilità-per il profano- che circonda la prova di tipo matematico faccia sì che venga ad essa attribuito in sede processuale un peso che dal punto di vista logico essa non possiede. Tale rischio, a ben vedere, è proprio di qualunque ramo specializzato del sapere. LAURENCE H. TRIBE, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, in Aa. Vv., *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. STELLA, Milano 2004, pp.185 s.

fornire una garanzia di assoluta certezza nella ricostruzione del fatto storico. In questa prospettiva va ricordato un recentissimo Convegno internazionale⁴ svoltosi a Roma l'aprile scorso, dal quale è emersa la consapevolezza, da parte della comunità scientifica, in ordine all'incertezza del risultato dell'accertamento genetico: la possibilità di errori umani o chimici o strumentali, in relazione particolarmente, ad analisi genetiche effettuate su scarse quantità di DNA o su campioni degradati. Ma ciò che di innovativo è emerso è stata senza dubbio la condivisione da parte sia dei giuristi che dei genetisti della consapevolezza circa l'esistenza dei limiti della prova del DNA. Un fattore rilevante ai fini dell'idealizzazione dell'accertamento genetico nell'ambito del processo penale, è stato senza dubbio dovuto all'influenza e alle distorsioni mass-mediatriche, le quali hanno ingenerato una forte pressione sul processo. A tal proposito si è evidenziato un legame tra errore giudiziario e mondo dei media. La ricerca dello scoop spinge il giornalista a coltivare ed assecondare le curiosità della gente, più che a produrre una corretta informazione: l'uomo comune dal canto suo non è in grado di fare un uso critico dell'informazione. I media diventano una potente arma processuale. Usati – va detto – da entrambe le parti, e da entrambe con una strumentalità non certo inedita, ma senz'altro pre-potente, quanto meno rispetto alla finalità: l'accertamento della verità processuale. A causa del meccanismo mediatico, inevitabilmente, viene messa in discussione la “neutralità” del giudice, il quale subisce una notevole influenza. < Anche noi operatori della giustizia, rischiamo di perdere -dice Gulotta - il contatto con la realtà giurisdizionale se non apriremo il nostro romanzo processuale, approfondendo lo studio delle carte processuali, frastornati e confusi dalla miriade di schegge di informazioni che preannunziano ed anticipano il processo, stravolgendolo a tal punto “da farci dubitare che sia proprio il nostro processo e non stravolgendolo a tal punto “da farci dubitare che sia proprio il nostro processo e non quello di un altro”>⁵. Quanto detto finora fa emergere come i sistemi di comunicazione incidano sulla creazione del mito dell'infallibilità della prova genetica. Purtroppo però anche la scienza ha un punto debole; capita spesso infatti che la “pratica” si riveli “il tallone d'Achille della teoria”: più la teoria è sofisticata, più facile è l'errore. Il Processo Meredith Kercher ne è l'emblema; è stato ampiamente dimostrato come il problema riguardi la prassi, la capacità degli inquirenti e dei giudici di gestire con abilità e

4 International conference, The hidden side of DNA profiles. Artifacts, errors and uncertain evidence.

5 G. GULOTTA, *Mass media: la costruzione della realtà sociale, relazione al convegno “Mass media e criminalità violenta, svoltosi a Noto nei giorni 8-10 luglio 1993*

correttezza prove ed indizi. La prova scientifica di per sé (come nel caso del test del DNA), per la qualità del sapere che consente di raggiungere, è una “prova regina”; ma anche una prova regina, con l’intervento dell’uomo, il quale la raccoglie, la conserva e la elabora, può scendere dal trono e perdere di rispetto e autorevolezza: basta un piccolo errore, una svista, un’insufficiente competenza per stravolgere l’apporto che essa può fornire al processo. La sentenza di assoluzione di Amanda Knox e Raffaele Sollecito per l’omicidio di Meredith Kercher si è giocata soprattutto sulle prove scientifiche. Si è avuto un completo ribaltamento della decisione adottata in primo grado, a fronte di una diversa e opposta valutazione non dei test del DNA, ma del loro utilizzo. Per la Corte d’Assise d’appello di Perugia le prove di colpevolezza ritenute, in precedenza, schiaccianti per entrambi gli imputati, diventano inattendibili. Questa tendenza a ricorrere alla scienza per accertare i fatti nell’ambito del processo è per molti versi giudicata positivamente; si può supporre infatti che la scienza fornisca al giudice fondamenti conoscitivi più sicuri, oggettivi e controllabili e quindi gli consenta di accertare in modo razionale la verità dei fatti. D’altro canto però, viene messo in crisi il convincimento – abbastanza ingenuo- che la conoscenza scientifica sia sempre e comunque sinonimo di verità. La crisi di questo convincimento determina problemi di vario genere, che sono riconducibili a due ordini di questioni:

- a) quale tipo di scienza è utilizzabile nel processo?
- b) esiste una scienza “buona” o una scienza “cattiva”?

Emerge una distinzione fondamentale, attinente alla qualità della scienza di cui si fa uso nel processo: la distinzione tra “scienza buona”, capace di produrre conoscenze attendibili, controllate con metodi adeguati e “scienza cattiva” (la junk science della letteratura americana) costituita da tutti quei saperi che sfuggono a qualunque serie di valutazione di scientificità e da tutti i casi d’impiego improprio, scorretto ed errato di metodi d’indagine. Una volta posta questa distinzione, si deve tuttavia stabilire secondo quali criteri essa può essere tracciata. In proposito le corti statunitensi applicavano il “frye test”, così chiamato in riferimento ad una famosa sentenza del 1923 secondo la quale: il criterio per determinare l’ammissibilità delle prove scientifiche sarebbe stato costituito dalla loro “general acceptance”, ossia dal generale consenso della comunità scientifica intorno alla validità di tali prove. La necessità del requisito del consenso della comunità scientifica è stata sottolineata anche dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV, 17.5.2006, n.4675 (relativa alla nota problematica del Petrolchimico di Porto Marghera), con la quale è stata ritenuta corretta la motivazione della sentenza di merito che aveva escluso la possibilità di affermare il nesso di

causalità generale tra l'esposizione a cloruro di vinile e talune malattie, sottolineando la contraddittorietà dei dati e l'inesistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, della comunità scientifica sull'argomento. Tuttavia con l'andare del tempo e con il moltiplicarsi delle ipotesi in cui, questo criterio non riusciva ad impedire che i giudici utilizzassero conoscenze prive di fondamento scientifico, il Frye test apparve sempre più inadeguato. Ciò indusse la Corte Suprema Statunitense a tornare sull'argomento nel 1993 con la sentenza sul caso *Dubert v. Merrel Dow Pharmaceutical inc.*; in questa decisione, ormai famosa per la grande quantità di commenti che ha suscitato negli Stati Uniti come pure in Italia, il giudice Blackmun, il quale scrisse la motivazione di maggioranza, enunciò alcuni criteri di valutazione che avrebbero dovuto guidare il giudice nell'ammettere o escludere prove scientifiche. Secondo il "Daubert test" spetta invece, al giudice il ruolo di effettivo e diretto gatekeeper, essendo a lui affidati il filtro, la valutazione discrezionale di affidabilità e il controllo di validità di "methods and procedures" che presiedono alla formazione di ogni singola prova scientifica che le parti intendono dedurre nel processo. Questa sentenza rappresenta un tentativo molto interessante- in una materia che si prestava, e si presta troppo facilmente a malintesi, abusi ed errori nell'impiego di ciò che appare come conoscenza scientifica, ma che in realtà non presenta alcuna garanzia di attendibilità. Pur essendo stata emessa in un giudizio civile e nel contesto di un sistema di common law ,dalle caratteristiche notevolmente diverse da quelle del nostro ordinamento, dall'iter argomentativi e dalle conclusioni cui è pervenuta la pronuncia è possibile trarre alcune preziose indicazioni di portata generale e perciò valide anche per il nostro sistema giuridico. Sotto questo profilo, la sentenza costituisce un punto di riferimento pressoché inevitabile quando si discute dei problemi relativi all'impiego della prova scientifica. Ne deriva un ampliamento della discrezionalità valutativa del giudice: il che comporta come imprescindibile costo un maggiore livello di responsabilizzazione, e come onere aggiuntivo l'esigenza di una formazione professionale più evoluta e sofisticata. Cresce, nel contempo, l'interazione tra scienze e diritto: anche nel senso che la giurisprudenza può dal canto suo –contribuire, rispettivamente, ad accreditare o screditare determinate correnti scientifiche. Anche i giudici, possono così contribuire a distinguere tra "scienza valida" e " scienza spazzatura". Il fatto che siano state la giurisprudenza e la dottrina statunitense a rivolgere per prime, e per lungo tempo, l'attenzione ai problemi connessi all'impiego delle prove scientifiche si spiega non solo perché questi problemi sono emersi in quell'ordinamento con una notevole frequenza e con un impatto molto forte sulla prassi giudiziaria, ma tenendo conto anche delle modalità con le quali vengono

acquisite al processo le conoscenze scientifiche necessarie per accertare i fatti della causa. In linea generale, le problematiche della prova scientifica si dispiegano diacronicamente, secondo le cadenze tipiche del procedimento penale, nelle distinte e successive fasi di ammissione, assunzione e valutazione della stessa. Ma, in una prospettiva di comparazione fra i diversi sistemi processuali, al di là della tradizionale dicotomia tra accusatorio/inquisitorio, oralità/scrittura e del confronto tra il modello di civil law e quello di common law, risulta agevole osservare che nell'ordinamento nord-americano, per il quale assumono preminente rilievo le Federal Rules of Evidence nn. 702-706 sulla expert testimony, approvate nel 1975 ed emendate nel 2000, l'attenzione è incentrata pressochè esclusivamente sulla prima fase del procedimento probatorio, quello dell'ammissibilità della scientific evidence. Il palese intento della disciplina è quello di sterilizzare tempestivamente il rischio che le caratteristiche dello stile "adversary" possano essere inquinate da operazioni tecnico-scientifiche incomprensibili, confuse, non verificabili, suggestive e pregiudizievoli per il corretto esame da parte della giuria, cui è attribuito il ruolo effettivo di "trier of fact". Il sistema processuale statunitense, caratterizzato da una struttura adversarial che lascia alle parti pressochè tutte le iniziative che occorrono per il funzionamento del processo, fa perno sull'attività di queste anche per quanto riguarda l'assunzione delle prove scientifiche. Ciò significa che sono le parti a stabilire se è utile l'assistenza di un esperto. Questo metodo però, presenta alcune implicazioni. Anzitutto, gli esperti che vengono ascoltati sono per definizione "di parte": nessuno si aspetta che essi forniscano conoscenze, opinioni o informazioni neutrali, imparziali, dotate di un fondamento oggettivo e quindi di una vera e propria validità scientifica. Al contrario la parte che ha nominato l'esperto e lo retribuisce si aspetta che costui presenti alla corte conoscenze tali da poter orientare la decisione finale in proprio favore. Secondo l'etica dominante nel processo nordamericano (e non solo in esso), la parte combatte per vincere, non per far accertare una verità scientifica, anche quando questa le è sfavorevole: il ricorso all'expert witness fa parte di questa strategia, e quindi l'esperto svolge tanto meglio la funzione che gli viene affidata quanto più riesce a far credere che la scienza confermi la tesi difensiva della parte che lo ha chiamato. Su questi aspetti della expert testimony, il giudice non ha particolari poteri di controllo, e comunque non esercita i pochi poteri di cui dispone. Da un lato, come si è detto, sono le parti a scegliersi i propri esperti secondo le loro convenienze. Dall'altro, secondo la Rule 706, il giudice statunitense ha il potere di nominare esperti neutrali per farsi assistere nella decisione, il quale però è esercitato soltanto in casi del tutto eccezionali, in quanto i giudici cercano di evitare ogni

interferenza sul libero dispiegarsi delle iniziative individuali delle parti. È essenzialmente in questo contesto che si può comprendere l'insistenza con cui le corti e la dottrina statunitensi si sono occupate, in questi ultimi anni, dell'ammissibilità delle prove scientifiche. In effetti il solo compito utile che il giudice può svolgere è quello di gatekeeper, ossia di portiere che apre o chiude l'accesso al processo della scienza che le parti gli forniscono attraverso i loro esperti, in base al giudizio preliminare che verte sulla rilevanza e sull'ammissibilità delle prove che le parti deducono, e quindi, in particolare, delle expert testimonies delle quali le parti intendono servirsi. Ecco perché il giudice ha bisogno di standard in base ai quali ammettere o escludere queste testimonies. Per contro, le caratteristiche strutturali del processo penale europeo di tipo continentale sono il portato di un'adesione calibrata al modello accusatorio che coniuga la separazione delle fasi processuali e il metodo del contraddittorio alla adozione di un principio dispositivo temperato e all'attribuzione del potere di acquisizione della prova e di decisione al giudice togato. Se, da un lato, tale commistione lo rende più idoneo rispetto al modello radicalmente adversary di marca statunitense alla ricezione delle conoscenze scientifiche in sede processuale⁶, è evidente, dall'altro lato, che l'indagine dell'interprete non potrà focalizzarsi solo sulla fase ammissiva ma dovrà estendersi al momento acquisitivo della prova, quale fulcro del procedimento probatorio e sede precipua di attuazione del contraddittorio. In altri termini, la questione che si pone all'attenzione del giurista europeo è quella di stabilire se le peculiarità della prova scientifica siano tali da richiedere e giustificare uno statuto epistemologico differenziato rispetto alla prova giuridica comune, o se, invece, il sistema probatorio vigente sia in grado – a fronte di un opportuno restyling – di reggere l'impatto d'urto determinato dall'utilizzo degli strumenti scientifici di nuova generazione. Premessa necessaria dell'indagine diviene l'adozione di una nozione condivisa di prova scientifica al fine di verificarne i profili di specificità rispetto alla categoria generale della prova giuridica. Ponendosi quale nozione di confine tra scienza e processo, la definizione di prova scientifica nel processo penale è resa problematica, da un lato, in una prospettiva tutta interna al processo, della "polisemanticità" della nozione di prova, e, dall'altro lato, in una prospettiva "esterna" al processo, dalla difficoltà di tracciare una linea di

6 A tal proposito, le più moderne e accreditate teorie epistemologiche sono concordi nell'indicare il metodo più idoneo al fine del consolidamento di una teoria in quello della verifica e falsificazione dell'ipotesi di partenza mediante la critica degli argomenti a favore e la prospettazione di teorie alternative a quella formulata nell'ipotesi iniziale. In ambito scientifico : R. CARNAP , *I fondamenti filosofici della fisica*, cit. p.45; C. GHEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, cit., p. 101; K. P. POPPER, *Scienza e filosofia*, cit., pp.121 s.; in ambito giuridico: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2004, pp.94s

demarcazione tra sapere scientifico e cd. “pseudoscienza”. L’elaborazione di un concetto di scienza in funzione delle peculiarità del sistema processuale in cui se ne prevede l’impiego è punto di partenza che consente, di ancorare la selezione del materiale scientifico acquisibile al processo a precisi parametri fruibili dal giudice, e di finalizzare al rispetto dei medesimi parametri le procedure di controllo della attendibilità di quel materiale sotto il duplice profilo della affidabilità epistemologica e della correttezza del suo impiego. Le conoscenze fornite dall’esperto, le sue informazioni, le sue valutazioni e le sue opinioni, per quanto attendibili, autorevoli e influenti, non possono mai considerarsi vincolanti per il giudice. Ciò significa che il giudice conserva intatta la sua discrezionalità nell’accertamento e nella valutazione dei fatti, in base al principio della libertà del convincimento del giudice stesso. Egli assume la posizione di *peritus peritorum* nei confronti dell’esperto. Il libero convincimento del giudice, che l’ordinamento costituzionale non annovera tra i principi fondamentali della giurisdizione⁷ è infatti condizionato dall’obbligo di razionale, oltre che legale, giustificazione delle scelte decisorie, e diretto a garantire la razionalità nella conoscenza giudiziale e nel processo: e cioè che le decisioni del giudice, alla conclusione di un ragionamento probatorio corretto, siano adottate non solo nel rispetto della legalità e dell’ordine normativo precostituito, ma rispondano anche ai postulati della “logica”. La problematica dell’ingresso della prova scientifica attraverso la consulenza tecnica nel processo penale, dal punto di vista dei giuristi, è intrinsecamente connessa al “principio del ragionevole dubbio” di cui al 1co. dell’art 533 c.p.p. Al riguardo la S.C. ha avuto modo di ribadire in più occasioni, che il giudice deve ritenere intervenuto l’accertamento di responsabilità dell’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio” quando “il dato probatorio acquisito lascia fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in *rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benchè minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell’ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana (così la sentenza del caso Franzoni per l’omicidio di Cogne, Cass. Pen. sez I, 21-5-08 n° 31456). In tal contesto s’inserisce la questione della prova scientifica nel processo penale, in cui la stessa talvolta, rappresenta il principale se non addirittura l’unico elemento sul quale si fonda l’impalcatura accusatoria. Con il presente studio ci siamo proposti di analizzare

7 M. NOBILI, *Libero convincimento del giudice (dir.proc.pen.)*, in Enc. giur. Treccani, 1990, XVIII, 1; M. NOBILI, *Storie d’una illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent’anni*, in Riv. dir. e proc. pen. 2003, 71 ss.

l'impatto che il proliferare della cd. Prova scientifica ha sortito sul procedimento di formazione della prova penale. In via preliminare, si è avvertita la necessità di porre le premesse per una definizione della locuzione di "prova scientifica" che ne chiarisse le peculiarità gnoseologiche rispetto agli strumenti di conoscenza tradizionali. In tale prospettiva, si ritiene che il quid caratterizzante la scientific evidence sia costituito dall'impiego del metodo scientifico al fine della formazione della conoscenza, dovendo riservarsi per questa via, la qualifica di scientificità ai soli elementi di prova che derivano dal procedimento formativo di verifica hempeliana e falsificazione popperiana, il quale si concreta nella sottoposizione dell'ipotesi a continue sperimentazioni e falsificazioni, con conseguente individuazione di un margine intrinseco di errore. L'adozione di tale definizione non è priva di riverberi sul piano processuale, in quanto impone l'abbandono della concezione fideistica della scienza in favore di una nozione di metodo scientifico fallibilista e suscettibile di controllo circa la sua attendibilità epistemologica e la correttezza d'impiego da parte del sistema processuale d'adozione. La centralità del controllo sull'an e sul quantum di scientificità del metodo di formazione della conoscenza deve essere improntato, per un verso, all'autonomia del giudice nei confronti della comunità scientifica di riferimento e alla percezione della scienza come contesto culturale in evoluzione, all'interno del quale anche un metodo scientifico o tecnologico accettato e utilizzato nella prassi può essere messo in discussione dall'emergere di teorie innovative. Per altro verso, a fronte dell'elaborazione degli ormai noti parametri di controllo, discretivi tra good science e junk science elaborati dalla giurisprudenza nordamericana ad opera delle pronunce componenti la trilogia Daubert-Joiner-Kumho al fine di erigere una griglia di sbarramento delle conoscenze non affidabili, operante nella fase di ammissione della prova, si ritiene che non si possa procedere ad una passiva e acritica operazione d'innesto di tali parametri nel contesto processuale, ma che la valutazione di affidabilità del metodo scientifico debba essere contestualizzata in relazione ai paradigmi, alle categorie processuali e alle scansioni in cui si articola il procedimento probatorio delineato dal c.p.p. 1988.

2. La prova genetica: quadro normativo

Il tema della prova genetica, nell'ambito della procedura penale italiana, non è privo di riflessioni, per quanto attiene ai limiti ed alle garanzie previsti a favore della persona e,

in particolare, dell'imputato, da parte della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, il prelievo coattivo di materiale biologico è finalizzato al reperimento di elementi probatori. Questo importante scopo rende necessaria una normativa in grado di contemperare i contrapposti interessi: da un lato, è presente l'esigenza di non disperdere il materiale probatorio relativo alla commissione del fatto; dall'altro il bisogno di non pregiudicare le libertà fondamentali dell'uomo e il suo diritto di difesa⁸. Data la possibilità che tale prelievo venga effettuato sul corpo di una persona, è evidente come tale operazione incida, anzitutto, sulla libertà personale (ex art. 13 Cost.); quindi, data la natura prioritaria di questo diritto e dato il riconoscimento della sua inviolabilità, è opportuno affrontare il tema in esame, in primis, sotto questo profilo. Il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona rappresenta un'innegabile conquista di civiltà e risulta espressamente fissato nella nostra Carta costituzionale all'art 2 . Alla base di tale riconoscimento vi è la volontà di sancire la "precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato e la definizione di questo a servizio di quella". L'individuo è assunto , quindi, come il più lato valore giuridico – positivo. Da qui deriva l'inviolabilità della libertà personale , che è la prima tra quelle individuate nel Testo costituzionale. Difatti , essa , come del resto altri fondamentali diritti della persona possono subire restrizioni , limitazioni più o meno incisive in nome dello scopo del processo : la ricostruzione dei fatti storici e l'accertamento delle responsabilità . La ricostruzione del fatto storico è sempre più frequentemente affidata ai risultati della "prova scientifica" , ossia di quelle attività che possono interessare l'uomo come entità fisica "declassandolo" , quindi, ad "oggetto" di ricerca probatoria . E' in tale prospettiva che acquista rilievo la tutela della libertà personale , la tutela della riservatezza dell'individuo , nonché la tutela di altri beni costituzionalmente protetti tra cui la salvaguardia dell'integrità fisica e quindi del bene salute , ma anche dello stesso diritto di difesa nella sua componente del diritto a non auto incriminarsi . In questo senso , per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 238/1996 (di cui si parlerà ampiamente più avanti) , le operazioni di "prelievo biologico , preliminari all'esperimento di perizie e di consulenze tecniche ,non possono essere disposte in assenza del consenso della persona che vi deve essere sottoposta, sia essa indagata , imputata , persona offesa , parte civile o persona estranea al procedimento penale . La libertà personale si configura come presupposto di tutte le altre libertà in quanto le precede logicamente e le

8 Il diritto alla libertà personale dell'imputato è quello che rischia di subire maggiori restrizioni durante lo svolgimento di un processo: in argomento vedasi ad esempio O. DOMIONI, *Imputato* , in Enc. dir., XX, Milano, 1970, p.815 ss.

condiziona rendendone possibile l'esplicazione⁹ e rappresenta, secondo l'articolo 13 Cost., un vero e proprio diritto soggettivo, che può essere fatto valere nei confronti sia dei privati sia dei pubblici poteri. L'art. 13 Cost. riconosce e garantisce la libertà personale non solo attraverso la proclamazione della sua inviolabilità¹⁰ (determinando la tendenziale priorità di tale diritto nell'ipotesi in cui venga in contrasto con altri), ma anche, soprattutto, la fissazione dei presupposti e dei limiti per l'esercizio dei poteri di coercizione da parte della pubblica autorità. Diventa necessario, allora, prima di passare all'esame della normativa ordinaria in materia di prelievi coattivi, vedere quali siano tali presupposti e tali limiti, al fine di verificare fino a che punto possa estendersi il potere dell'autorità giudiziaria in questo settore. L'art 13 Cost., 2 comma, contiene tre garanzie, quanto ai provvedimenti restrittivi della libertà personale: la riserva di legge, la riserva di giurisdizione ed il principio di motivazione. In base alla prima, spetta solo alla legge indicare le singole misure coercitive: si tratta di una riserva di legge assoluta che, in quanto tale, esclude ogni intervento attraverso altre fonti alla stessa subordinate. La legge, laddove preveda un provvedimento restrittivo, deve determinare specificamente, sia i casi nei quali può ad esso farsi ricorso, sia i modi (ovvero il procedimento) per il cui tramite può essere imposta. La seconda ha a che fare con una riserva del provvedimento restrittivo all'autorità giudiziaria e comporta che le limitazioni della libertà personale possano essere ammesse a condizione non solo che la legge le preveda, ma anche che sia l'autorità giudiziaria a disporle. Inoltre, la discrezionalità giurisdizionale è circoscritta, in quanto l'atto con il quale viene ordinata la misura coercitiva deve essere motivato al fine di dimostrare la sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni previste dalla legge per l'adozione del provvedimento . Lo scopo di questa riflessione è , sostanzialmente, ripercorrere l'evoluzione del pensiero della Consulta sulla legittimità costituzionale del prelievo di materiale biologico , e , nello specifico , del prelievo ematico coattivo , inizialmente affrontando la questione relativa alla qualificazione del prelievo di materiale biologico , passando successivamente alla qualificazione , nella specie , del prelievo ematico da un punto di vista strettamente giuridico trascurando ,almeno , in questa sede , le implicazioni medico-legali al fine di rendere chiaro che cosa intenda la Consulta quando si riferisce

9 Sul punto, si cfr. V. GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976, p. 2.

10 Sulle diverse implicazioni derivanti dal concetto di inviolabilità, si vedano, in generale , P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti* , in Enc. Dir., vol. XXII , Milano, 1972 , p. 712 ss. ; A. PACE, *Libertà personale* , p. 304 ss.

al tipo di operazione in esame . Dopo di che , si passerà ad individuare il contenuto della libertà personale , i cui confini sono piuttosto indeterminati come si avrà modo di intuire dalle motivazioni delle sentenze all'uopo considerate in tema di prelievo ematico coattivo . Partendo dal primo di questi punti , è bene ricordare che l'indagine genetica ha come scopo il confronto tra materiale biologico rinvenuto con quello appartenente ad un singolo individuo .Al fine dell'esame, del DNA, infatti, può essere necessario, in alcuni casi, prelevare particelle organiche dal corpo della persona; in particolare, laddove si ritenesse quest'ultima identificabile attraverso il raffronto di tali elementi con il campione già esaminato attraverso l'indagine tecnico-scientifica. E' in tale contesto che si inserisce la problematica del prelievo biologico e della sua qualificazione . Da un punto di vista giuridico , prescindendo da quello medico-legale, l'invasività del prelievo biologico ed il dissenso alla sua esecuzione si scontrano con le libertà costituzionalmente garantite , come si vedrà tra breve . Per il momento occorre principalmente definire cosa si intende per prelievo biologico , e nella specie , per prelievo ematico in un contesto particolare quale l'ordinamento giuridico processuale . Anche in questo caso , il discorso subisce un'ulteriore scissione e cioè la qualificazione dell'operazione di prelievo differisce a seconda che si prenda in considerazione il processo civile o il processo penale , In questa sede, come più volte reso palese, si procederà nell'analisi del solo piano processuale penale . Qui , infatti, la giurisprudenza non ha ricondotto il prelievo ematico nell'ambito dell'ispezione personale (ex art 245 c.p.p.) , né è possibile tentare di qualificarlo invocando , ex art 2253 c.p.p. , l'istituto del sequestro probatorio per il semplice motivo che quest'ultimo ha ad oggetto il “corpo del reato o le cose ad esso pertinenti” , mentre , invece, il prelievo biologico non è configurabile in questi termini, bensì è preferibile riconoscere in esso un'operazione tecnica che rientra nel novero dei provvedimenti disposti dall'autorità giudiziaria per lo svolgimento di una perizia (ex art 220 c.p.p.) , di una consulenza tecnica in assenza di perizia (ex art 233 c.p.p.) o di una consulenza tecnica preprocessuale (ex artt. 359, 360, 391 decies 3° comma c.p.p.) . Alla luce di quanto finora premesso, si può definire “prelievo di materiale biologico” quell'operazione tecnica “propedeutica allo svolgimento di un mezzo di prova o di un atto investigativo (con particolari risvolti sul piano probatorio , ex art 360 c.p.p.), la cui esecuzione presuppone un mero “pati” della persona che vi è sottoposta . Da qui si può desumere che , nel processo penale , il prelievo ematico si qualifica come atto medico , eseguibile sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria . Provvedimento che , in realtà , non ha carattere obbligatorio , dal momento che nessuna disposizione lo disciplina come tale , ma ha un

carattere eventualmente coattivo dato che gli artt. 131 e 378 c.p.p. riconoscono , rispettivamente , al giudice ed al pm la possibilità di chiedere “l’intervento della polizia giudiziaria e se necessario della forza pubblica , prescrivendo tutto ciò che occorre per il sicuro ed ordinato compimento degli atti”. Si può , a questo punto, passare a cercare di enucleare una nozione di “libertà personale” , memori del fatto che essa costituisce il parametro di alcuni giudizi di legittimità costituzionale . In base al significato che si attribuisce alla libertà personale, la Consulta è arrivata ad assumere posizioni particolari rispetto al prelievo ematico, ed in genere sul prelievo biologico. Non vi è una nozione unitaria del concetto di libertà personale , tant’è che da parte della Corte Costituzionale è possibile distinguere due nozioni diverse : una nozione “tradizionale” per cui tradizionalmente la Corte ha indicato il significato della libertà personale nella libertà “dagli arresti” (cd “writ of habeas corpus”) con la dovuta precisazione che , l’identificazione della libertà personale con la disponibilità del proprio corpo implica che la libertà personale sia limitata dalle restrizioni , contrastanti con il disposto dell’art 13 Cost. , da quelle sole coercizioni fisiche a cui corrisponde un mero “pati” da parte di chi le subisce; una nozione “più ampia” che va ad affiancarsi a quella tradizionale e che vi ricomprende anche la cd “libertà morale” . In base a questa nozione più ampia , qualsiasi misura , anche obbligatoria , in grado di incidere negativamente sulla libertà morale del singolo , sarebbe riconducibile alle garanzie previste dall’art 13 Cost. , mentre misure fisicamente coercitive che, però, non abbiano un carattere particolarmente afflittivo o degradante , non potrebbero considerarsi restrittive della libertà personale ex art 13 Cost. Nei giudizi della Consulta , l’individuazione delle misure restrittive della libertà personale si rifà anche all’impiego di parametri quantitativi che prevedono il combinarsi di nozione fisica e nozione morale .E’ quanto emerge dalla sent 30/1962 della Consulta in materia di rilievi segnaletici, in cui si riscontra l’intento di razionalizzare il contenuto della libertà personale . In questa sentenza il giudice delle leggi , sostituendosi al legislatore suggerisce una “soluzione” che viene definita prudentemente “non definitiva”, proprio perché questa, a cura di ribadire la Consulta, spetta al legislatore . Si tratta di una pronuncia con cui viene dichiarata l’illegittimità dell’art 4 t.u.l.p.s., laddove si consentiva alla polizia di sicurezza di procedere a rilievi segnaletici che comportassero ispezioni personali, ponendo l’accento sulla necessità di rispettare le garanzie di riserva di legge e di giurisdizione imposte dall’art 13 Cost. La regola che la Corte in quel caso poneva per stabilire se l’art 4 t.u.l.p.s. , di cui si lamenta l’incostituzionalità rispetto all’art 13 Cost. determinasse o meno una restrizione della libertà personale , era quella di svolgere di

volta in volta un giudizio di “quantificazione” , per verificare se si realizzi un assoggettamento fisico o morale tale da costituire una restrizione della libertà personale “equiparabile all’arresto” . I criteri suggeriti dalla Corte per poter procedere a questa operazione di “quantificazione” , affinché non si vertesse in materia di libertà personale, erano : *lievità* o *momentaneità* dell’eventuale coercizione (ad esempio i rilievi dattiloscopici) , ma , soprattutto, *esteriorità* delle operazioni di rilievo (descrittivo, fotografico, antropometrico) rispetto al corpo della persona. Alla luce di tali chiavi interpretative ,la Corte individuava diverse tipologie di rilievi : rilievi che , pur comportando una momentanea immobilizzazione della persona, riguardavano il suo aspetto esteriore (rilievi dattiloscopici), la cui esecuzione, a parere della Corte, rappresentava solo una forma di prestazione personale imposta (art 23 Cost.) ; i rilievi che interessavano la libertà morale e fisica della persona, in quanto devono essere compiuti su parti del corpo non esposte alla vista altrui o comunque tali “da sottoporre la persona a sostanziali restrizioni fisiche e morali di libertà” . In questo senso, la Corte annoverava le operazioni che implicano dei prelievi di sangue o delle indagini che potevano menomare la libertà morale della persona. In relazione a quest’ultimo caso , tali rilievi devono essere previsti da disposizioni normative rispondenti alla riserva assoluta di legge di cui all’art 13 Cost. ed adottati sulla base di un provvedimento motivato dal giudice. In tale sentenza la Corte aveva affrontato, però, in modo indiretto il rapporto fra prelievo del sangue e libertà personale, tant’è che si torna a parlare di prelievi ematici nella sent 54/1986. Qui , la Corte si è pronunciata specificamente sul tema dei poteri dispositivi e coercitivi del giudice penale rispetto alle modalità di assunzione della prova genetica. Tuttavia, le argomentazioni addotte dalla Corte hanno generato perplessità in dottrina soprattutto vista l’esigenza di determinatezza e certezza che devono caratterizzare le fattispecie limitative della libertà personale (ex art 13 Cost.) .Proprio tali argomentazioni non sembravano soddisfare per niente questi requisiti di tecnica normativa poiché ammettevano con particolare larghezza la coercizione fisica nell’espletamento della prova perché offrivano una tutela debole della libertà personale “definendo un’area vastissima di possibili compromissioni” consegnate alla discrezionalità del giudice di cui venivano fissati solo dei limiti negativi dati dai principi costituzionali. Infatti, non è possibile rimettere al giudice il bilanciamento degli interessi in gioco perché questo è compito del legislatore. Egli cioè deve provvedere al bilanciamento in questione , mentre il giudice dovrà adeguare l’applicazione della norma al caso concreto. In materia di prelievo coattivo finalizzato all’identificazione personale è intervenuta, anzitutto, la legge 155 del 31 Luglio 2005

che ha convertito, modificandolo, il d. l. 144 del 27 Luglio 2005 (recante “*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*”)¹¹. Tale provvedimento, con il suo art. 10, 1° comma, ha inserito nell’art 349 c.p.p. il comma 2 bis, consentendo alla polizia giudiziaria, previa autorizzazione scritta o anche orale (salva successiva conferma scritta) del p. m., di identificare persone mediante “il prelievo di capelli o di saliva”, senza il loro consenso. Inoltre, lo stesso art. 10, comma 4 ter, ha esteso l’operatività dell’art 349, comma 2 bis, ai sopralluoghi previsti dall’art 354, 3° comma, così permettendo alla polizia giudiziaria di prelevare coattivamente il materiale biologico sia dall’indagato che da terzi¹². Tuttavia, la Corte Costituzionale, nella sentenza 238/1996, ha osservato come il prelievo ematico coattivo leda la libertà personale (in quanto tecnica invasiva, anche se in misura minima, della sfera corporale) e come tale accertamento vada ricondotto nell’ambito della perizia, anziché a quello dell’ispezione corporale (la quale, diversamente dalla perizia, può essere eseguita coattivamente). La Corte costituzionale, innovando rispetto a quanto statuito nel previgente codice di procedura penale del 1930, in una propria precedente decisione¹³, ha dichiarato l’illegittimità del 2° comma dell’art. 224 sul presupposto che il prelievo ematico “*comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l’esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all’esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo*”, sicché l’art.13, 2° comma cost. impedirebbe di procedervi fuori dei “casi” e dei “modi” previsti dalla legge¹⁴. Tuttavia, secondo la Corte, tali previsioni non figuravano nella disciplina normativa della perizia perché il 2° comma dell’art 224 si limitava a prevedere che il giudice adotti i

11 A.A. DALIA, *Il prelievo coattivo di materiale biologico per l’identificazione dell’indagato e per l’acquisizione di elementi probatori*, in AA. VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A.A. DALIA, Milano, 2006, p. 261 ss.; F. DE LEO, *Terrorismo: le “scappatoie” per Uscire dall’incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in Guida al dir. 2005, n. 37 p. 11 ss.; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico* p. 145 ss.; ID., *La prova del DNA: profili giuridici*, in Dir. Pen. Proc. 2008. Dossier “*La prova scientifica nel processo penale*”, p. 52 ss.

12 In questi termini, A.A. DALIA, *Il prelievo coattivo di materiale biologico per l’identificazione dell’indagato e per l’acquisizione di elementi probatori*, in AA. VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, cit., p. 285; V. RICCI – C. PREVIDERE’ - P. FATTORINI – F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, cit., p. 367.

13 Sent 54/1986 CP 1986, 868

14 Sent. C. Cost. 238/1996, DPP 1996, 1091

“provvedimenti che si rendono necessari per l’esecuzione delle operazioni peritali”¹⁵. Tra l’altro, mancava nel dettato normativo “la stessa precisazione della tipologia delle misure restrittive adottabili”. La sentenza precisava che, finché il legislatore non avesse individuato i tipi di misure restrittive della libertà personale, nonché i casi ed i modi in cui le stesse possono essere applicate dal giudice allo scopo di consentire lo svolgimento della perizia, nessun provvedimento di tal genere si sarebbe potuto adottare. Passati circa 13 anni dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, la legge 85 del 30 Giugno 2009 ha colmato il vuoto normativo disciplinando organicamente gli accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale e le modalità di tipizzazione ed archiviazione dei profili genetici e di conservazione dei relativi campioni biologici. Inoltre, il problema di individuare l’area dei provvedimenti coattivi incidenti sulla libertà personale, posti fuori legge dalla decisione del 1996 ed oggi regolati dalla legge 85/2009, è piuttosto attuale. In proposito, oltre le indicazioni provenienti dall’art 224 bis, 1° comma, la dottrina, nei primi commenti alla declaratoria di incostituzionalità del 1996, aveva rilevato, prendendo spunto dalla decisione della C. Cost. n. 30/1962, come la differenza tra provvedimenti incidenti e provvedimenti non incidenti sulla libertà personale dovesse individuarsi facendo leva sulla circostanza che la medesima, pur avendo ad oggetto la persona, riguardasse solo il suo “aspetto esteriore” o comportasse “sostanziali restrizioni fisiche o morali della libertà”. Quindi si proponeva una distinzione tra misure extracorporali ed intracorporali (comprendenti le misure che possono menomare la libertà morale del soggetto), ritenendosi, così, estranei alla declaratoria di incostituzionalità i provvedimenti che potrebbero immobilizzare momentaneamente la persona per descriverne, fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all’altrui vista, o richiedere una momentanea costrizione per fissare le impronte digitali¹⁶. Proprio con riferimento alle indagini genetiche, nella XV

15 Espressione generica che, alludendo “ad una serie indeterminata di provvedimenti, senza distinguere tra quelli incidenti e quelli non incidenti sulla libertà personale e, cumulando in una disciplina indistinta gli uni e gli altri”, non specifica i casi e i modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere all’esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l’adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale”.

16 In proposito: R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Giuffrè, 1993, 1094-1095; nonché D’AMBROSIO – VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1998, 228, anche con riferimento al prelievo finalizzato all’identificazione dei residui di polvere da sparo, e LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002, 69-69; sulla inutilità di tale distruzione, cfr. RIVELLO, *Perito e perizia*, D. pen., I, Torino, 200, 503, secondo il quale anche nel caso delle misure cd “extracorporali” effettuate senza consenso dell’interessato potrebbe ravvisarsi, in un’ottica rigidamente formalistica, una compressione della libertà personale

legislatura, sono state presentate due proposte di legge : la prima del 18 Maggio 2006¹⁷ e la seconda del 19 Maggio 2006¹⁸. Dopo di che, a distanza di circa 10 anni dalla sent 238 del 1996, il Parlamento ha cercato di tradurre in legge i principi in essa stabiliti. Quanto alla prima delle suddette proposte, essa mirava a bilanciare l'esigenza investigativa con la tutela della libertà personale e consentiva, quindi, il test del DNA solo se effettuato attraverso metodiche non invasive, nel rispetto del decoro della persona¹⁹. Un intervento normativo più esaustivo era, invece, prospettato dalla seconda delle due Proposte di Legge la quale mirava, infatti, ad aggiungere all'art 360 c.p.p., un comma 5 bis per il quale, nel caso in cui gli accertamenti avessero richiesto il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà, al provvedimento del p.m. si sarebbero dovute applicare le disposizioni relative alle perizie disposte dal giudice (art 2 comma1). Novità più salienti in materia sono state proposte con il successivo Disegno di legge, recante "*Modifiche al codice di procedura penale per il compimento su persone viventi di prelievi di campioni biologici o accertamenti medici*", approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 Ottobre 2006²⁰, cui è seguito un altro Disegno di legge, facente parte del cd "Pacchetto sicurezza" approvato dal Governo nel corso della XV legislatura²¹, il quale, oltre a dettare numerose disposizioni sull'istituzione di una banca dati nazionale del DNA, all'art 9 prevedeva le modalità di prelievo dei campioni biologici. Peraltro, tale articolo conteneva una regolamentazione scarna, di

17 D'iniziativa del deputato Contento, recante "Modifiche al codice di procedura penale e al codice penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale" : Proposta di Legge n. 782 , www.camera.it

18 D'iniziativa del deputato Ascierio, contenente "Disposizioni in materia di prelievo coattivo di materiale biologico finalizzato all'esecuzione delle analisi del DNA dell'imputato o dell'indagato, nonché in materia di comunicazione ed accertamento dei dati clinici dei soggetti potenzialmente affetti da malattie infettive, venuti a contatto con agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria": Proposta di legge n. 809, www.camera.it

19 Interessanti in proposito le osservazioni di C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, 2009, p. 112- 123 : nel documento si prevedeva che in caso di delitti gravi, "puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni", il giudice potesse disporre il prelievo di materiale biologico dell'imputato o dell'indagato, al fine di procedere all'analisi del DNA ed al confronto delle relative risultanze con quelle emerse dalle tracce repertate sul luogo del delitto o su cose comunque pertinenti al reato (art 1, 1° comma). Al fine di evitare un eccesso di coercizione sul periziando e tutelare al massimo la dignità e l'integrità personali, la stessa proposta mirava a stabilire che, qualora il soggetto de quo si fosse rifiutato di sottostare ad un ordinario prelievo ematico, il giudice potesse comunque disporre il prelievo di materiale biologico , avvalendosi di tecniche non invasive, ma parimenti efficaci (art 2 comma 1).

20 Per gli approfondimenti in merito si rinvia a FANUELE, cit., p. 113-116

21 Il testo è consultabile sul sito www.senato.it e www.altalex.com

dubbia costituzionalità, poiché mancava ancora di ogni riferimento specifico sia ai casi e ai modi di prelievo, sia alle eccezionali ragioni d'urgenza legittimanti l'intervento della polizia giudiziaria (art 13 Cost. commi 2 e 3). Difatti, l'art 9, dopo aver individuato i soggetti passibili del prelievo di campioni di mucosa del cavo orale, si limitava a prevedere che tale operazione fosse eseguita *“a cura del personale specificamente addestrato delle Forze di polizia o di personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria”*. L'idea di una riforma organica della materia è emersa solo nel corso della XVI legislatura, quando, in data 6 Agosto 2008, è stato presentato alla Presidenza del Consiglio un disegno di legge recante *“Modifiche al codice procedura penale in materia di accertamenti medici idonei ad incidere sulla libertà personale”*. Nell'ottica delle linee guida espresse dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 238 del 1996 e per tutelare, adeguatamente, l'integrità fisica dell'individuo, si è previsto un apposito procedimento, di natura incidentale, al fine del prelievo materiale di peli, capelli o mucosa dal cavo orale, oppure dell'espletamento di accertamenti medici necessari ad una perizia durante il procedimento penale, *“attribuendo la potestà in via esclusiva al giudice”* e stabilendo, in modo puntuale, *“casi”, “presupposti” e “modalità esecutive”*, nonché la *“nullità”*, rilevabile anche d'ufficio, degli atti per le eventuali violazioni degli anzidetti presupposti²². Infine, sempre nel corso della XVI legislatura, è stato presentato il disegno di legge d'iniziativa governativa n. 905 che è il risultato di un confronto tra il disegno di legge n. 995 con quelli nn. 960, 586, 580, nonché con il disegno di legge n. 955, volti a introdurre modifiche al codice di procedura penale per disciplinare il compimento, su persone viventi, di prelievi biologici ed accertamenti medici; ancorché, formalmente, esso s'inserisca nell'ambito della trattazione dei provvedimenti diretti ad attuare l'adesione della Repubblica italiana al Trattato di Prum²³.

La legge n. 85 del 30 Giugno 2009 ratifica l'adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 Maggio 2005, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum) e, tra le altre cose, statuisce l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA nonché le modifiche al codice di procedura penale in materia di

22 Anche qui si rimanda alle osservazioni di Fanuele, cit., p. 118-119

23 Si veda La relazione del Comitato al testo unificato dei disegni di legge nn. 905, 586, 955, 956 e 960, consultabile sul sito www.senato.it

accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale. Per quanto specificamente attiene ai provvedimenti in materia di libertà personale, è stata introdotta una disciplina più “garantista” conformemente alla necessità di rispettare le garanzie stabilite dall’art 13 Cost.²⁴. In proposito è d’obbligo ricordare che la Corte Costituzionale aveva dichiarato l’illegittimità dell’art 224, 2° comma nella parte in cui consentiva al giudice di ordinare coattivamente la sottoposizione dell’indagato o di terzi allo svolgimento di attività peritali, idonee ad incidere sulla libertà personale dell’imputato o dell’indagato o di terzi, senza prevedere i casi e i modi in relazione a simili attività²⁵. Con tale sentenza, la Corte aveva sottolineato l’utilità processuale di simili attività, affermando che l’esigenza di acquisire la prova di un reato costituisse un “valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità” ed aggiungendo, inoltre, che atti del genere potessero essere compiuti solo in presenza di ulteriori requisiti di sostanza: infatti, l’accertamento non doveva violare la dignità della persona umana né porre in pericolo la vita, l’integrità fisica o la salute dell’interessato. In definitiva, la Corte Cost. aveva messo in evidenza che la materia degli accertamenti coercitivi necessitava di una dettagliata regolamentazione da parte del legislatore, il quale è intervenuto con la suddetta legge 85/2009, nel totale rispetto delle linee guida poste dalla Corte Costituzionale. Infatti, il nuovo art. 224 bis reca una regolamentazione delle ipotesi in cui, nel corso della perizia, si renda necessario effettuare prelievi ed accertamenti medici coattivi²⁶. Il primo dato che si ricava dalla lettura dell’art 224 bis è che la disciplina in esame trova applicazione solo nel caso in cui la persona sottoposta alla perizia non presti il proprio consenso ai prelievi ed agli accertamenti suddetti (1° comma). Qualora, infatti, l’interessato sia consenziente, non scatta la necessità di tutelare la libertà personale²⁷. Resta, nondimeno, il limite ricavabile dall’art. 5 c.c. in

24 Da un lato, l’autorità giurisdizionale si vede attribuire il controllo sull’esercizio del potere di coercizione personale ai fini del prelievo biologico o di accertamenti medici; dall’altro, il p. m. quando si tratta di prelievo non invasivo, si vede riconoscere un potere coercitivo circoscritto ai casi urgenti, il cui esercizio soggiace a successiva convalida da parte del giudice. Nel caso in cui non sussistano ragioni d’urgenza, esclusivamente l’organo giurisdizionale può disporre il prelievo coattivo.

25 C. Cost. 238/1996, DPP 1996, 1091

26 Per le definizioni dei termini scientifici usati dalla disposizione in esame, vedasi art. 6 Legge 85

27 La situazione è rimasta quella anteriore alla legge e non occorre una regolamentazione legislativa dei casi e dei modi ai sensi art. 13 2° comma, Cost. I prelievi e gli accertamenti possono, pertanto, essere effettuati nel corso delle comuni attività peritali, senza particolari formalità, e cioè a prescindere dalla gravità del reato per il quale si procede ed indipendentemente dal requisito di indispensabilità ai fini probatori. Anche le tipologie degli accertamenti espletabili non richiedono una indicazione tassativa.

relazione agli atti di disposizione del proprio corpo: l'individuo non può consentire ad atti che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o psichica o che ledano la propria dignità²⁸. Qualora, invece, l'individuo non presti il proprio consenso, trova applicazione la disciplina delineata dal nuovo 224 bis, il quale bilancia tra la tutela della libertà personale e l'esigenza di accertamento dei fatti precisando, anzitutto, al 1° comma la tipologia di reati in relazione ai quali attività del genere possono essere disposte: *“La perizia coattiva è consentita quando si procede per un delitto doloso o preterintenzionale, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a 3 anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*. In secondo luogo, l'art. 224 bis, 1° comma, reca un requisito di tipo probatorio: occorre che la perizia risulti assolutamente indispensabile per la prova dei fatti²⁹. In terzo luogo, la norma indica quali sono le attività che possono essere compiute. Ai sensi del 1° comma, l'esecuzione coattiva concerne gli *“atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici”*³⁰. Vi è qualche perplessità sul concetto di *“accertamenti medici”*, che resta vago sia con riguardo alla tipologia di atti che possono essere compiuti, sia con riferimento alle modalità esecutive degli stessi³¹. Tuttavia, venendo alla conclusione delle riflessioni sin qui svolte, circa la necessità di una dettagliata indicazione dei casi e dei modi al fine di soddisfare la riserva di legge stabilita dall'art. 13, 2° comma Cost., risulta che la disciplina in esame appare vaga soprattutto ove si renda evidente che il legislatore non ha previsto un elenco tassativo dei singoli atti espletabili (il quale sarebbe stato inevitabilmente esposto ad una rapida obsolescenza data la continua evoluzione della scienza medica). Nondimeno, proprio in virtù delle riserve di ordine cost., gli *“accertamenti medici”*, cui si riferisce l'art. 224 bis, 1° comma, devono essere espressamente previsti dalla legge in virtù del principio di tassatività esistente in

28 TONINI – FELICIONI – SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, DPP 2009, 11, *Speciali Banche dati*; CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali” : il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla legge 85, DPP 2010*, 6

29 Di tale condizione, il giudice dovrà dar conto nella motivazione dell'ordinanza che dispone la perizia coattiva.

30 In merito alla disciplina dei prelievi, FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in AA. VV., *Prelievo*, 191

31 CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali” : il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla legge 85, DPP 2010*; GABRIELLI, *Accertamenti medici “dai confini troppo incerti”*, GD 2009, 30, 73

materia³². Se, per un verso, si è scelto di non prevedere un elenco tassativo delle attività che possono essere compiute, per un altro verso, si è optato per una precisazione dei limiti oltre i quali gli atti idonei ad incidere sulla libertà personale non possono spingersi³³. In particolare, non possono in alcun caso essere disposte “operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge”; che possano “mettere in pericolo la vita, l’integrità fisica o la salute della persona o del nascituro”; che “secondo la scienza medica, possano provocare sofferenze di non lieve entità” (4° comma). Infatti, da un lato, il legislatore ha indicato una categoria molto vaga di “accertamenti medici”; da un altro lato, ha previsto una serie di limiti altrettanto indeterminati. Il limite costituito dalle “sofferenze di non lieve entità” deve essere “etero integrato” dalla scienza medica. La questione si aggrovia nel momento in cui la norma stabilisce una serie di divieti probatori che determinano l’operatività della inutilizzabilità generale (ex art 191). Anche dal punto di vista delle modalità di esecuzione si è scelto di lasciare libertà agli esperti chiamati ad eseguire le operazioni senza tracciare una disciplina di dettaglio che avrebbe vincolato l’evoluzione tecnologica. Il legislatore ha prescritto solo alcune direttive di metodo: le operazioni peritali sono eseguite “nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto”³⁴. Inoltre, a parità di risultato, sono prescelte comunque le tecniche meno invasive (5° comma). Sotto questo profilo si potrebbe obiettare che la dignità (bene considerato come il presupposto di tutti i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati) sia “declassata” a mero limite modale delle operazioni e si potrebbe concludere che la violazione di tale istanza dà luogo ad inutilizzabilità ai sensi dell’art. 191. Come accennato, la legge non indica tassativamente le modalità attraverso le quali gli accertamenti vengono compiuti. Tuttavia, tale lacuna (che in qualche modo stride con la riserva di legge in materia di libertà personale) è in parte compensata dalla scelta di riservare caso per caso al giudice tale specificazione³⁵. In tal modo, la riserva di giurisdizione assicura una previa e puntuale indicazione delle modalità esecutive .

32 TONINI, op. cit. , 330

33 FELICIONI, op. cit., 227

34 FELICIONI, op. cit., 204

35 GABRIELLI, *La decisione del “prelievo” torna al giudice*, GD 2009, 30, 70

3. La prova scientifica e diritti fondamentali

Sebbene sia indubbio il contributo della prova scientifica nella vicenda processuale, qualche perplessità le hanno sollevate le acquisizioni probatorie in merito al rapporto con i diritti fondamentali. In particolare si pone l'attenzione per il diritto alla libertà personale (fisica o morale), alla dignità, all'integrità fisica e alla riservatezza, soprattutto con riferimento al potere dispositivo e coattivo del giudice. Nello stabilire quando una misura è lesiva della libertà personale, si è pronunciata la Corte Costituzionale³⁶ affermando che va presa in considerazione non tanto l'entità o la durata, quanto l'invasività della misura adottata. Ciò significa che, non sono lesivi della libertà personale i rilievi dattiloscopici o quelli compiuti su parti del corpo esposte alla altrui vista, ma lo saranno invece il prelievo ematico³⁷, le indagini psicologiche o psichiatriche, i rilievi su parti interne o sulle parti non normalmente esposte sul corpo³⁸. La Corte Costituzionale ha affermato³⁹ che la disciplina processuale dei poteri dispositivi e coattivi del giudice, incontra i suoi limiti nei diritti fondamentali di incolumità, salute, dignità e intima psiche della persona. Il giudice che agirebbe diversamente violerebbe la costituzione stessa (artt. 2 e 32 Cost.), per cui occorre una tassatività delle ipotesi e delle direttive sulle modalità di emanazione di provvedimenti restrittivi della libertà personale. A questo proposito nel 1996 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 224 comma 2 c.p.p., per contrasto con l'art.13 comma 2 Cost., nella parte in cui consente al giudice di adottare ai fini dell'espletamento delle operazioni peritali misure limitative della libertà personale ed in particolare il prelievo ematico coattivo senza specificare la tipologia, i casi e i modi delle misure adottabili. Le direttive della Corte prevedono che le acquisizioni probatorie devono avvenire nel rispetto dell'art.13 Cost. ed entro i limiti negativi posti a tutela dell'individuo. La L. 30 giugno 2009, cercando di colmare le precedenti lacune, ha introdotto l'art.

36 Corte Costituzionale, sent. n.30 del 27 marzo 1962

37 La Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art.224 c.p.p. comma 2 in quanto invasivo sia della sfera personale che corporale e per non prevedere casi e modi del potere coercitivo del giudice.

38 Sul punto, v. P.FELICIONI , *Accertamenti sulla persona e processo penale, il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, 2008

39 Corte Costituzionale, sent. n.54 del 1986

224 bis c.p.p in materia di prelievo coattivo⁴⁰ là dove la perizia presupponga l'asportazione «ai fini della determinazione del profilo del DNA». La disciplina standard delineata dagli artt. 224 e ss. c.p.p. si arricchisce di una articolata sequenza specificamente dedicata alla fase del prelievo. Al comma 5, infatti, richiama la Costituzione prescrivendo che le operazioni peritali coattive vanno eseguite nel rispetto della dignità e del pudore del sottoposto e di scegliere, a parità di risultato, la tecnica meno invasiva; pone una tassatività dei casi individuandoli nel delitto non colposo, consumato o tentato, per i quali è previsto l'ergastolo o la reclusione superiore nel massimo a 3 anni e come condizione di procedibilità l'indispensabilità dell'operazione. In ogni caso sono vietate le operazioni che sono espressamente vietate per legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che possono provocare sofferenze di non lieve entità.

Un ulteriore aspetto problematico della prova del DNA sorge in relazione alla tutela della c.d. "privacy genetica". Le informazioni genetiche sono state infatti definite « la parte più dura del nucleo della privacy»⁴¹. Essa nasce nell'ambito della tutela alla riservatezza come diritto di ciascuna persona di decidere quali tra le proprie informazioni genetiche possano essere conosciute da altri soggetti, attraverso quali modalità e per quali finalità. Con lo sviluppo di test genetici a basso costo ma sempre più precisi si è arrivati ad una pericolosa diffusione indiscriminata dei dati genetici; pericolosità dovuta al fatto che i sistemi normativi non hanno avuto la stessa evoluzione degli stessi, con il rischio di compromettere i diritti fondamentali di ogni individuo come quelli all'integrità, identità, dignità, non discriminazione e riservatezza (art.3 carta dei diritti di Nizza). I potenziali danni sulla sfera personale dell'individuo riguardano la rivelazione di legami parentali non richiesti, predisposizione a determinate malattie genetiche non richieste, divulgazione dati personali, diagnosi su malattie, e uso delle informazioni acquisite. In Italia al fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti e per adempiere ad obblighi di cooperazione internazionale, presso il Ministero dell'Interno Dipartimento della pubblica sicurezza, è stata istituita dalla Legge 85/2009 la Banca Dati Nazionale del DNA con la quale l'Italia conferma l'adesione al Trattato di Prüm.⁴²

40 L'articolo si riferisce al prelievo di capelli, mucosa del cavo orale e peli

41 S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, cit. p. 84

42 Il trattato di Prüm risale al 27 maggio 2005 ma l'Italia lo ha ratificato solo il 30 giugno 2009

Con questa legge la tutela dei diritti dell'imputato sembrerebbe rafforzata in quanto disciplina limiti e modalità di raccolta, conservazione e distruzione dei dati acquisiti. Prevede innanzitutto un elenco tassativo dei soggetti sottoponibili al prelievo di campioni biologici (art. 9).

La riservatezza dei dati è tutelata dalla previsione che l'analisi del campione deve riguardare sequenze che non consentano l'identificazione di patologie e che i profili con i relativi campioni, una volta trasmessi alla Banca Dati, non devono consentire l'individuazione diretta dei soggetti a cui si riferiscono (artt.11 ss.).

L'accesso a questi dati sarà possibile solo alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria esclusivamente per l'identificazione personale o per finalità di collaborazione internazionale di polizia. Sono previsti limiti anche per i soggetti che svolgono l'attività di analisi, infatti, ogni attività sui campioni viene registrata ed effettuata dal personale espressamente autorizzato che è tenuto alla segretezza delle informazioni. Questione più delicata si pone per la cancellazione e la distruzione dei profili e dei relativi campioni. L'art. 17 prevede la distruzione dei profili nei seguenti casi: se l'imputato è stato assolto con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste o non lo ha commesso, se è stato ritrovato il cadavere o la persona scomparsa in questione⁴³, se il profilo riguarda un soggetto che non rientra nell'elenco tassativo dell'art.9. Infine il profilo viene cancellato d'ufficio decorsi 40 anni dalla circostanza che ne ha determinato l'inserimento, la conservazione del campione biologico dopo 20 anni dalla circostanza che ne ha determinato il prelievo. La normativa in esame rappresenta sicuramente un grande contributo per le garanzie dell'imputato ma sembra non essere sufficiente dal momento che, trascorsi 8 anni dal Trattato, di fatto la Banca Dati non è operativa. La conservazione di dati biometrici avviene presso archivi del DNA gestiti da singoli Corpi di polizia, sparsi per il territorio e non sempre controllabili. A livello europeo l'Italia è agli ultimi posti in compagnia solo di Grecia, Cipro, Malta e Irlanda. In Germania esiste già dal 1998 e custodisce le tracce genetiche di almeno 500 mila soggetti fra assassini, violenti e maniaci; nei primi sei anni ha portato alla soluzione di 18 mila delitti. Non è da meno nemmeno l'Inghilterra che ha una propria Banca del DNA dal 1995, contiene 6 milioni di profili. Il Regno Unito ha subito però un arresto dalla Corte Europea in tema di conservazione dei dati biologici. Nella sentenza *S. e Marper v. The United Kingdom* la Corte ha denunciato le carenze insite nel sistema inglese fissando delle importanti linee direttive in tema di conservazione dei dati

43 Art.13, in questo caso la cancellazione riguarda i profili e dei campioni biologici del DNA acquisiti ai sensi dell'art 7, comma 1, lettera c)

biologici raccolti a fini giudiziari ed investigativi negli appositi database. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto ingiusta la disparità di trattamento tra persone non condannate e quelle mai sottoposte a un processo penale. Nel Regno Unito, dopo la Declaration of Incompatibility pronunciata dalla Supreme Court britannica, sono stati notevoli gli sforzi fatti dal Parlamento per dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte europea, ma nonostante ciò, il Protection of Freedoms Act 2012, di recente varato, differenzia ancora il trattamento dei profili genetici di soggetti assolti o comunque non condannati da quello di soggetti mai accusati di un reato. Nella riforma legislativa italiana del 2009, la situazione è ancora più grave in quanto vengono parificati alle persone mai indagate solo i soggetti assolti definitivamente in fatto, prevedendosi per costoro la cancellazione immediata dei dati; mentre per tutti gli altri, dagli assolti in via non definitiva, ai prosciolti, agli archiviati, ai condannati, si stabiliscono tempi lunghissimi di conservazione dei dati.

Il tentativo del legislatore di predisporre un trattamento graduato tra situazioni diverse, pur apprezzabile, non convince pienamente sul piano del rispetto delle garanzie riconosciute a livello europeo. La Corte, nel condannare il Regno Unito, ha richiesto infatti che il regime di trattamento dei dati fosse giustificato dalle autorità statali sulla base di solide argomentazioni ma non sembra che il legislatore italiano abbia tenuto compiutamente conto delle indicazioni fornite dalla Corte.

Un ulteriore aspetto che viene in rilievo è quello relativo alla distruzione del campione biologico tenuto conto della notevole quantità di informazioni in esso contenute che non sono utili né pertinenti agli scopi identificativi delle investigazioni. In Inghilterra è stata introdotta, tramite il Protection of Freedoms Act 2012, una norma in base alla quale la distruzione del campione deve avvenire non appena da esso sia stato tracciato il profilo; in Italia a causa dell'inoperatività della legge del 2009 sembra non esserci alcuna garanzia effettiva. Un esempio si evince dall'ispezione del Garante della privacy nel 2007, in occasione di un processo per furto d'auto, portò a galla che l'allora Ris di Parma deteneva campioni appartenenti a 11.700 persone mai indagate e soltanto identificate durante le indagini.

E' necessario dunque che l'Italia si adegui agli standard europei e possa così sfruttare le potenzialità formidabili della Banca del DNA, come dimostra il sistema inglese nel quale è utile alle indagini nel 42% dei casi. Ma ingenti sono anche i rischi di lesioni della privacy individuale se non viene dosato bene il bilanciamento con le esigenze della sicurezza collettiva e quindi sarebbe auspicabile una normativa più precisa anche a tal proposito.

4. *Sopralluogo e catena di custodia*

La pronuncia di assoluzione della Corte d'assise di Appello di Perugia ha capovolto le conclusioni del giudice di primo grado sulla base della ritenuta inattendibilità delle indagini scientifiche fino ad investire alcuni temi di fondo in materia di prova scientifica: l'applicazione della regola del ragionevole dubbio nella valutazione della prova indiziaria e il modo di intendere il rapporto tra scienza e processo penale che trova un riflesso nella concezione della perizia⁴⁴. Esaminando la nostra giurisprudenza di legittimità sul tema della prova scientifica non si rinvengono risposte precise che, in altri sistemi giudiziari, hanno costituito oggetto di importanti dibattiti. Occorre tuttavia riconoscere che, nella valutazione della prova scientifica, il giudice di merito si trova dinanzi a gravi problemi la cui soluzione si riflette poi sul sindacato di legittimità della Corte di Cassazione quando sia ravvisabile il vizio di motivazione, che può essere ipotizzato, sui tre momenti fondamentali che riguardano la prova scientifica: l'accertamento della validità della prova tecnica scientifica da utilizzare nel processo; l'astratta idoneità della prova scientifica a fondare, nel caso specifico, un accertamento processualmente valido; la valutazione del risultato di prova. Come sopra citato, la nostra giurisprudenza di legittimità, non ha elaborato parametri di valutazione sul tema in questione che, invece, è stato affrontato negli Stati Uniti a livello legislativo e giurisprudenziale con una notissima sentenza della Corte Suprema Federale relativa al caso *Daubert*. Tale sentenza ha indicato quattro criteri per valutare la validità e l'attendibilità delle prove scientifiche: a) controllabilità e falsificabilità della teoria o tecnica posta a fondamento della prova; b) la percentuale di errore conosciuto o conoscibile; c) la possibilità che la teoria o tecnica abbia formato oggetto di controllo da parte di altri esperti perché divulgata in pubblicazioni scientifiche o con altri mezzi; d) il consenso generale della comunità scientifica. I criteri suddetti in realtà costituiscono massime o regole di esperienza certamente non esaustive ma idonee per il fine indicato⁴⁵. Uno degli snodi argomentativi della Corte di assise di appello nel caso di Meredith Kercher, se si concentra l'attenzione sull'aspetto delle investigazioni scientifiche, riguarda l'attendibilità degli accertamenti genetici compiuti su materiale

44 P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, 2012

45 C.BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2004, pp.1413-1414

biologico repertato da un coltello da cucina, reperito nell'abitazione di un imputato, e i gancetti del reggiseno della vittima, rinvenuto nel luogo del delitto. Si può brevemente ricordare che la perizia disposta, su istanza dei difensori, dal giudice dell'appello, e in precedenza inopinatamente esclusa dal giudice di primo grado, non ha rilevato la presenza di sangue o di altro materiale biologico sui due reperti. I periti, nell'impossibilità di effettuare nuovamente gli accertamenti, ne hanno valutato il grado di attendibilità. Sintetizzando, si può affermare che i molteplici profili critici evidenziati nella perizia costituiscano un vero e proprio catalogo di errori che dovrebbero essere evitati e che attengono al lavoro degli esperti all'onere probatorio del pubblico ministero e alla decisione del giudice⁴⁶. Si può ricordare che tra i principali fattori di inquinamento che possono determinare danni irreparabili all'unicità e integrità della scena criminis rimane il rischio di errore riconducibile alla scarsa preparazione scientifica dell'investigatore e alle lacune nell'applicazione delle scienze forensi.

Viene da chiedersi dunque quali sono le conseguenze del giudice di merito sul versante del giudizio di legittimità? Nel caso in questione la valutazione è stata condotta con criteri incongrui, ergo il vizio ipotizzabile non può che essere quello dell'illogicità manifesta⁴⁷. L'esigenza di assicurare la catena di custodia (chain of custody) induce a svolgere due considerazioni. Per quanto riguarda la prima si osserva che manca uno standard o una metodologia condivisa per l'esecuzione del sopralluogo tecnico: gli operatori utilizzano procedure e strumenti differenti la cui validità è verificata dall'esperienza e dalla sperimentazione. Appare auspicabile, viceversa, l'elaborazione di linee guida che sistematizzino le diverse esperienze e i differenti metodi di ricerca, repertazione e conservazione delle tracce biologiche in una prospettiva di uniformità operativa. Tali linee potrebbero essere cristallizzate in un testo normativo di livello secondario così da inibire l'uso di protocolli differenziati e prassi difformi e, al contempo, fornire al giudice criteri idonei a dirigere e supportare il controllo sull'attendibilità dell'accertamento compiuto e della ricostruzione del fatto offerta dalle parti. Occorre avvertire, tuttavia, che rimane fondamentale la preparazione e l'esperienza degli operatori che devono saper adattare i protocolli operativi standardizzati all'unicità e alle peculiarità di ogni scena del delitto. Il secondo tema di riflessione attiene alle cause di invalidità: l'impiego in concreto di modalità esecutive

46 PAOLA FELICIONI, op. cit., p.13.

47 C. BRUNO, op. cit., p.1415

non idonee ad assicurare l'integrità degli elementi di prova repertati nel sopralluogo, potrebbe assumere rilievo rispetto ad un'interpretazione alternativa tra eventuale declaratoria di inutilizzabilità (o nullità) della prova raccolta senza rispetto della catena di custodia da un lato, e riduzione del valore probatorio liberamente apprezzabile dal giudice in sede di valutazione degli elementi di prova, da un altro lato. Va sottolineato, in proposito, che neanche la giurisprudenza contribuisce a delineare i passaggi della "catena di custodia": in proposito è significativa l'interpretazione della corte di cassazione che ha ricondotto la mancanza di correttezza della repertazione e della conservazione di tracce ematiche ad una questione di valutazione giudiziale in punto di attendibilità della prova. In altri termini, secondo i giudici di legittimità, poiché la non integrità della catena di custodia non è prevista espressamente come causa di inutilizzabilità, eventuali errori o deficienze dell'attività peritale, possono essere illustrate dalle parti nel contraddittorio dibattimentale al giudice al quale spetta valutare la prova secondo il proprio libero convincimento⁴⁸. La vicenda giudiziaria di Perugia impone di riflettere sugli aspetti della contaminazione, intesa come commistione di componenti biologiche che conduce a diagnosi di profili misti (due o più profili genetici su un unico campione) e, più specificamente, dell'analisi di una traccia mista e dell'accertamento genetico in caso di bassi quantitativi di DNA. L'alto tasso tecnologico che caratterizza determinate indagini, "rinforza" il compito del magistrato inquirente. Il pubblico ministero deve provare al di là di ogni ragionevole dubbio che un certo risultato è stato raggiunto con un procedimento che garantisca la catena di custodia. Nel caso di specie, con riguardo alla tipizzazione del profilo genetico, la corte di appello di Perugia ha chiarito che la mancanza di prova circa le cautele e le regole dettate in materia dalla Comunità scientifica, assorbe la necessità di provare l'origine specifica della contaminazione: l'impossibilità di escludere quest'ultima, dunque, si ripercuote sull'attendibilità del risultato probatorio. Andiamo adesso a svolgere alcune considerazioni generali sulle problematiche che l'ingresso nel processo della prova scientifica comporta: quanto più l'interpretazione della prova scientifica comporta conoscenze altamente specialistiche e di difficile comprensione per l'uomo comune, tanto più risulta importante la capacità del tecnico di semplificare i concetti e lo sforzo del giudice di mettere in campo tutte le proprie risorse conoscitive ed intellettive al fine di valutare la validità scientifica e la congruità delle informazioni ricevute. Si tratta, a mio avviso, dell'aspetto più delicato del tema in questione e che è stato definito in

48 P. FELICIONI, op.cit., pp.20-21.

dottrina il “paradosso” della prova scientifica: se il giudice non ha le cognizioni tecniche necessarie per la valutazione di fatti che richiedono l’ausilio di specialisti, come gli sarà possibile valutare i risultati della prova scientifica? E tuttavia: *“In tema di giudizio, la valutazione delle prove acquisite compete in via esclusiva al giudice, il quale la esercita secondo il principio del libero convincimento e con divieto di delegarla al saper scientifico esterno, il quale ha esclusivamente valenza strumentale ed integrativa delle conoscenze giudiziali”* (Cass. Sez. 3,4.10.2007 n. 42984). Se, dunque, spetta al Giudice, e non ad altri, la valutazione sulla competenza scientifica dell’esperto, sulla validità del metodo e della teoria proposti, sulla coerenza logica delle sue argomentazioni, saranno i criteri dettati per il ragionamento probatorio a lumeggiare la decisione, con una motivazione congrua che dia conto delle contrapposte tesi e delle ragioni per le quali si è preferita l’una o l’altra. Pertanto è necessario verificare in quali casi è opportuno che il giudice disponga – ex officio o su istanza di parte – una perizia. *Nulla quaestio* se la perizia è disposta qualora in dibattimento – o in udienza preliminare – sorga per la prima volta la necessità di un ausilio tecnico-scientifico o qualora si sia in presenza della sola consulenza del pubblico ministero. Dubbi, a mio avviso del tutto legittimi, sorgono quando il perito sia nominato dal giudice in processi in cui la materia scientifica posta a fondamento delle prove acquisite sia stata già esplorata da consulenti di tutte le parti e siano state, pertanto, sottoposte al giudicante tutte le possibili tesi contrapposte ed espone nel pieno contraddittorio dibattimentale. Non si vogliono certo mettere in discussione i poteri officiosi del giudice, ma nel caso appena descritto vi è il concreto rischio che la nomina del perito intervenga per conferirgli, di fatto, quella delega a valutare di cui la Suprema Corte ha fatto espresso divieto. Ancor più problematico è il caso in cui la perizia, nella medesima situazione probatoria di cui sopra, sia disposta nel processo di appello. Se è ben vero che la perizia, come affermato da più parti, non è una prova in senso stretto, altrettanto vero è che anche per la nomina di un perito in appello è necessaria la rinnovazione dibattimentale ex art. 603 c.p.p. che, se richiesta dall’appellante, può essere disposta dal giudice se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti; se disposta di ufficio deve essere ritenuta assolutamente necessaria: impossibilità o necessità che il giudice di appello deve adeguatamente e specificamente motivare (cfr. Cass. Sez. 6 18.12.2006 n. 5782). Come considerare assolutamente necessaria una perizia che intervenga all’esito di un contraddittorio di primo grado in cui la discussione in tema di prova scientifica sia stata sostenuta da consulenti del p.m., della parte civile e degli imputati? Quale ulteriore e diverso apporto scientifico può offrire, se non l’adesione all’una o all’altra delle tesi

già formulate e discusse in primo grado? E quale giudice sarebbe disposto a discostarsi dalle conclusioni del perito da lui nominato, accettando il gravoso compito di analizzare criticamente gli argomenti da lui proposti, alla luce del dibattito scientifico sviluppatosi in primo grado? Sicuramente non quello del processo di secondo grado per l'omicidio di Meredith Kercher⁴⁹. Non vi è dubbio che il funzionamento delle corti nelle questioni in cui sono coinvolte dimensioni tecniche e scientifiche, soprattutto se nuove per l'interprete, può e deve essere migliorato, rendendolo più flessibile: a) le informazioni probatorie vanno adeguatamente ordinate in sequenza logica; b) deve essere consentito un più diffuso contraddittorio scritto prima del dibattimento, in funzione sia dei profili di ammissione della prova scientifica che di valutazione di quella eventualmente già acquisita nelle indagini preliminari, affidandosi per contro alla testimonianza orale un ruolo sussidiario nella sua formazione; c) va garantito un ampio spettro della *discovery* e del controllo delle parti sulle modalità di assunzione della prova, curando con estremo rigore la selezione degli esperti e la correttezza dei quesiti e delle conseguenti risposte; d) dev'essere soprattutto elevato il livello delle conoscenze tecnico-scientifiche di base del giudice, al quale, siccome gravato del ruolo di *peritus peritorum*, è affidato il difficile compito di interrogare reiteratamente la comunità scientifica e di rielaborare le risposte informative, interpretando i dati scientifici e testandone l'affidabilità nel processo, non in condizione di recettore passivo bensì secondo le esigenze di giustizia e nell'interesse pratico di risolvere la specifica controversia⁵⁰. La valutazione è, dunque, il tallone d'Achille della prova scientifica. E questo avviene per un problema "ontologico": è proprio la "imperizia" del giudice che impone il ricorso allo scienziato, chiamato a colmare la lacuna conoscitiva dell'organo giudicante⁵¹. E' la regola dell'oltre ragionevole dubbio, orientata nella selezione di leggi scientifiche, quella in grado di sorreggere una spiegazione causale che sia rilevante nel processo penale; è la regola dell'oltre ragionevole dubbio il criterio di riferimento indispensabile per capire a quali leggi scientifiche il giudice debba far riferimento nella spiegazione causale e nel processo penale; ed è ancora la regola dell'oltre ragionevole dubbio il punto focale per

49 M. COMODI, *Acquisizione e conservazione della prova scientifica. Problematiche connesse alla valutazione della prova scientifica in ambito processuale*, 9 Novembre, 2012
<www.giustizia.palermo.it/formazione_magistrati.aspx?file...999> (Visitato il 6 Marzo, 2013) pp. 12-16.

50 C. GIOVANNI, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003, 10, 1193, pp. 10-11

51 C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, p. 33

individuare la probabilità logica, il grado di conferma delle proposizioni giurisdizionali sulla affidabilità della legge scientifica utilizzata, in assenza della quale si annideranno tanti ragionevoli dubbi circa l'enunciato scientifico che, pur confermato e corroborato, non riceva il consenso generale della comunità scientifica⁵². Concludendo il processo penale è, dunque, quella macchina pensante che è stata inventata per trovare e punire il colpevole di un fatto di reato. Se questa è sempre stata la sua tensione finalistica, il diritto moderno l'ha illuminata della consapevolezza che non è indifferente come si arriva al risultato ricercato, nel senso da una parte del rispetto di una serie di garanzie per l'imputato e, dall'altra, della ricerca della massima affidabilità possibile della soluzione-decisione, anche attraverso l'utilizzo della prova scientifica.⁵³

5. La figura dell'esperto nel processo penale e gli strumenti valutativi del giudice

Nell'ordinamento giudiziario italiano ciò che può assurgere a valore di prova scaturisce da ciò che gli esperti sono disposti a riferire durante il processo, ovvero attraverso le proprie consulenze durante i quesiti posti dal giudice e dalle parti processuali. Se in un processo la testimonianza dell'esperto non viene contestata da un altro esperto, il tribunale è portato a prendere atto di tale testimonianza. Conseguenza è che il giudizio potrebbe essere viziato dall'inesattezza dell'esperto. Vi è quindi il pericolo che esperti scarsamente preparati nella materia, possano produrre conclusioni che non corrispondono a criteri scientificamente accettati.⁵⁴ L'art. 221 afferma che “ *il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina. Quando la perizia è dichiarata nulla, il giudice cura, ove possibile che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito. Il giudice affida l'espletamento della perizia a più persone quando le indagini e le valutazioni risultano di notevole complessità ovvero richiedono distinte conoscenze in differenti discipline*”.

52 F. STELLA, *Giustizia e modernità, la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Bompiani, 2003, pp.371-372

53 V. PACILEO, *Brevi note sulla prova scientifica nel processo penale*, 2012
<http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=30969&catid=213&Itemid=475&contentid=0> (Visitato il 18 Marzo, 2013)

54 U. RICCI - F. MANTOVANI, *La prova del DNA per la ricerca della verità aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Giuffrè, 2006

E' auspicabile che la competenza dell'esperto nel campo della psicologia e psicopatologia forensi debba essere garantita e, se possibile, certificata. A differenti uffici giudiziari richiedono requisiti di professionalità e competenza per la nomina di periti in materia psicologica e psicopatologia e che detti requisiti non danno sufficiente garanzia di competenza in psicologia forense; la conoscenza di psicologia clinica, neuropsicologia e psicopatologia dello sviluppo è indispensabile in taluni tipi di diagnosi, mentre la competenza psicoterapeutica è certamente necessaria per quanto concerne il trattamento di vittime o di rei; vengono utilizzati in campo forense strumenti diagnostici nati con finalità diverse e non immediatamente trasferibili ed applicabili in quello giudiziario che ha proprie esigenze di finalità. Il rapido evolversi della materia psicologica richiede, a chiunque operi in questo campo un aggiornamento continuo.⁵⁵ A riguardo l'art. 226 1 comma c.p.p. afferma che *“il giudice, accertate le generalità del perito, gli chiede se si trova in una delle condizioni previste dagli artt. 222 e 223 ⁵⁶, lo avverte degli obblighi e delle responsabilità previste dalla legge penale (arti. 373 c.p.) e lo invita a rendere la seguente dichiarazione: « consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo nello svolgimento dell'incarico, mi impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere la verità e a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali»*

La giurisprudenza dichiara che non occorre incaricare un esperto quando il giudice sia in grado, e lo dimostri nella motivazione, di provvedere con le proprie cognizioni. È importante precisare che le conoscenze che si devono trovare nella motivazione debbono essere non esclusive del giudice, ma comuni anche alle parti. Spesso le perizie sono soggettive, contraddittorie e incomplete, talvolta basate su assunti teorici completamente diversi l'uno dall'altro e spesso opposti in cui il lettore si perde confuso. I periti negano persino le basi delle scienze pur di soddisfare un “malato” scopo di giustizia che non è altro che un loro pregiudizio. I giudici, non possono dominare gli strumenti culturali e personali per distinguere chi dice il vero e chi dice il falso. L'unica certezza rimane quella di una obiettività dell'esperto scelto dal giudice, in quanto persona di moralità, obbligato a dire la verità e privo di interessi soggettivi. In questi casi accade che il giudice finisce per abbracciare completamente la tesi dell'esperto senza poter distinguere se è certa o errata. Sappiamo che una teoria scientifica è vera finché una migliore non la

55 DE CATALDO NEUBURGER, *Scienza e processo penale: linee guida*, 2010

56 Art. 222 c.p.p. incapacità e incompatibilità del perito; art. 223 c.p.p. astensione e ricsuzione del perito”

falsifichi. L'ordinamento con l'art. 189 c.p.p. assicura l'opportuna flessibilità del sistema processuale in materia di prova scientifica. Il giudice ha facoltà di ammettere la prova innominata, ma è tenuto a verificare che questa non sia lesiva della libertà morale della persona, ma si prospetti rilevante, utile e idonea ad accertare i fatti. Il giudice non più recettore passivo o consumatore di conoscenze tecniche e leggi scientifiche, ma *peritus peritorum* decodifica linguaggi specifici, interroga la comunità scientifica e rielabora le risposte, interpreta i dati informativi e ne testa l'affidabilità nel processo. Possiamo affermare che il giudice si avvale della scienza e della tecnica per ricostruire per ricostruire fatti rilevanti nel processo e giungere ad una decisione. Il sistema giuridico americano, fondato sul diritto giudiziario, considera tutte le parti in causa nei processi, compresi gli esperti. Questa funzione delle corti è divenuta palese nel caso *Daubert* con cui nel 1993 la Corte Suprema ha deciso che il criterio dell'accettazione da parte della comunità scientifica rappresentava solo uno degli elementi possibili al fine di qualificare una tesi come scientifica. I giudici sono liberi di ammettere a testimoniare come esperto chiunque, pur non avendo certificazioni e riconoscimenti, ma dimostri di sapersi avvalere di metodi scientifici. L'attendibilità della prova non può fondarsi esclusivamente sull'attendibilità del prestigio dell'esperto anche se costituiscono caratteristiche un presupposto indispensabile per ritenere la prova attendibile. Ciò non sottrae il giudice dal controllo critico di questo risultato sia perché anche l'esperto prestigioso può sbagliare sia perché, nel caso di consulenti di parte, può prevalere la volontà di far accettare dai giudici la tesi favorevole alla parte che assistono e spesso non si tiene conto dei parametri di riferimento della validità della prova scientifica: il margine di errore. Il giudice di merito dovrà esercitare un controllo critico già nella fase dell'ammissibilità della prova e ciò consentirà all'esperto di costruire i quesiti appropriati.⁵⁷

L'art. 192 c.p.p. comma 1 afferma “ *Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*”.

Il giudice nel processo penale, in quanto consumatore di leggi scientifiche, vive nei casi in cui implicano il ricorso a leggi scientifiche, una condizione di disagio. Un giudice gravato dalla fragilità del *iudex peritus peritorum* per una inaccessibilità al sapere scientifico. Carnelutti scriveva “ *per giudicare il consiglio del perito il giudice dovrebbe sapere quello che non solo non sa, ma che con la chiamata del perito confessa di non*

57 DE CATALDO NEUBURGER, *Scienza e processo penale: linee guida*, Cedam

sapere".⁵⁸ Di fronte a tali problematiche vi è il rischio che il giudice finisca nelle due strade più semplici; la prima consiste nel ricorrere nel suo libero convincimento, quindi al suo intuito che svia dalla scienza, la seconda consiste nell'affidarsi al consulente dell'accusa, organo imparziale che ha come sua unica prerogativa la ricerca della verità. Il rischio oggi è che il pubblico ministero goda di una sorta di presunzione di lealtà e probità che produce effetti paradossali nella dinamica del processo. Egli è pur sempre autorità giudiziaria, quindi laddove sostiene l'accusa ha la possibilità di farlo tanto più fortemente ed efficacemente proprio in quanto è considerato organo di giustizia, orientato eventualmente a chiedere una giusta punizione all'imputato. Il paradosso è che il pubblico ministero svolge una funzione parziale, ottenendo ciononostante il trattamento di un promotore di giustizia. Questo paradosso si riflette sul suo consulente tecnico il quale esprime il frutto delle osservazioni fatte sul campo. I consulenti del pubblico ministero pur essendo consulenti della parte d'accusa, assumono un credito che finisce per farli equiparare, agli occhi dei giudicanti, a veri e propri periti di ufficio. Il consulente è un ausiliare della parte, da questa nominato e a questa legato da un contratto di prestazione d'opera, con cui si impegna a fornire un supporto tecnico-scientifico. Ciò implica che il consulente è tenuto a proporre e sostenere gli argomenti favorevoli alla parte che rappresenta, quindi senza alcun obbligo di far conoscere la verità. La prassi ci offre dati su gli abusi dei consulenti e sulle devastanti conseguenze che questi possono avere in un processo penale. Il consulente-scienziato svolge le sue ricerche inevitabilmente condizionato dal contesto in cui opera, dal ruolo di ausilio tecnico assunto all'interno del processo. Operare nel processo è per lo scienziato uno degli elementi fondamentali di quei valori contestuali che influenzano le sue scelte. Il consulente anche se convinto della tesi della controparte dovrebbe sostenere un iter argomentativo che, sempre nel limite di quel corpo di leggi della scienza, favorisca la propria parte. La consulenza per essere tale non può eludere quelle che sono le sue caratteristiche essenziali. In qualunque consulenza si deve poter dimostrare ogni enunciato asserito e quindi l'argomentazione deve avvalersi di un supporto bibliografico ampio criticamente illustrato. Ciò è possibile solo se l'apporto scientifico del consulente rimane circoscritto al corpo delle conoscenze scientifiche avvalorate in via provvisoria. Nell'art. 377 c.p. si intende per consulente tecnico esclusivamente il consulente che ritroviamo nel processo civile, ma proprio il codice di procedura civile contiene una norma che renderebbe superflua questa specificazione: l'art. 64 c.p.c. già prevedeva che

58 F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale* in riv. it. Dir. E proc. Pen. 2001, 04, 1232

al consulente tecnico d'ufficio si applicano le disposizioni del codice penale relativi ai periti. L'art. 377 c.p. potrebbe fare riferimento anche al consulente tecnico del processo penale e a confermare ciò, la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia, rende un consulente del pubblico ministero destinatario di una condotta di subordinazione mirante alla manipolazione dell'accertamento tecnico. La stessa sentenza suggerisce che il consulente tecnico possa essere soggetto di reato di falsa testimonianza. Bisogna andare un po' più a fondo e valutare se eventuali condotte del consulente tecnico possano avere rilevanza penalistica anche secondo le nuove norme del codice di procedura penale e se alcune di queste condotte possano essere sussunte nell'art. 372 c.p. dedicato alla falsa testimonianza. L'art. 373 c.p. 1 comma sulla falsa perizia o interpretazione asserisce che *“Il perito o l'interprete che, nominato dall'Autorità giudiziaria, dà parere o interpretazione mendaci, o afferma fatti non conformi al vero, soggiace alle pene stabilite nell'articolo precedente”*. Innanzitutto bisogna rimarcare la distinzione tra perito nominato dal giudice e consulente tecnico nominato dalle parti quindi anche dal p.m.; tale distinzione precluderebbe l'estensione al consulente del pubblico ministero dell' art. 373 c.p. che si riferisce esclusivamente al perito.

Il 22 gennaio 1991 fu presentato alla Camera un disegno di legge intitolato *“ nuove disposizioni in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia”*. I consulenti contribuiscono alla formazione della prova tecnica su un piano paritetico rispetto ai periti, i consulenti possono addirittura sostituire i periti (nei casi di consulenza fuori dai casi di perizia); infine, alla consulenza tecnica svolta nel corso delle indagini preliminari è riconosciuto valore di prova rispetto a talune decisioni e nel caso dell'art. 360 c.p.p.⁵⁹ La sentenza della Corte di Cassazione che ha presunto di poter includere i consulenti tecnici tra i destinatari della condotta di subordinazione ci porta a ricercare quegli elementi che potrebbero militare a favore dell'applicabilità dell'art. 372 c.p. nell'ipotesi di false affermazioni del consulente in dibattimento. In conclusione possiamo sostenere che il consulente deve rispondere in alcuni casi di falsa testimonianza, nei casi in cui il consulente riporta in dibattimento dei fatti non corrispondenti ad elementi di fatto appresi durante l'indagine scientifica da lui compiuta, ovvero dichiara di aver svolto determinati accertamenti in realtà mai compiuti; pensiamo a quelle consulenze basate su studi scientifici privati di una parte essenziale o privati da quelle argomentazioni dalle quali scaturirebbero conclusioni opposte a quelle invece espresse dai consulenti. In questo caso i risultati sono di fatto falsi. Si parla sempre di falsa testimonianza quando

59 Art. 360 c.p.p. accertamenti tecnici non ripetibili

secondo le ipotesi della giurisprudenza americana, il consulente mente sulla propria qualifica creando un curriculum scientifico per il processo ingannando così il giudice sulla autorevolezza delle proprie asserzioni. Stesse conclusioni bisogna trarre nel caso in cui il consulente presuppone dati, ricerche e studi non veritieri. Problematiche sono anche le consulenze fuorvianti perché cariche di inganni semantici, ma incompatibili con i principi cardine della responsabilità penale. In questi casi, nel contesto processuale, la via da seguire è quella di uno stringente controllo del giudice custode del metodo scientifico, sul piano extra- processuale non può che essere auspicato un coinvolgimento più attivo degli ordini professionali di medici e scienziati per il rispetto delle norme deontologiche e per promuovere la partecipazione al processo dei più autorevoli esponenti della comunità scientifica.

6. Limiti tecnico-scientifici della prova del DNA e conseguenze sul piano processuale

L'impiego crescente, nel processo penale, dello strumento dell'identificazione genetica (c.d. *DNA profiling*), quale procedimento volto alla verifica della coincidenza tra il profilo genetico della persona indagata e quello risultante dai campioni estratti dalle tracce repertate sulla scena del delitto ovvero sulla vittima, costituisce un fenomeno agevolmente percepibile attesa la centralità assunta dalla prova scientifica e, in specie, dalla prova del DNA in relazione a recenti vicende giudiziarie che hanno ricevuto nel nostro paese una notevole esaltazione mediatica.

Dal punto di vista logico, ancor prima che giuridico, l'accertamento genetico è un procedimento volto a dimostrare la presenza di un soggetto in un determinato luogo ovvero l'avvenuto contatto tra questi e un oggetto o la vittima. Tali circostanze possono dunque essere provate attraverso l'impiego di un test considerato astrattamente, ossia solo se correttamente utilizzato, "infallibile"⁶⁰. Tanto dovrebbe bastare all'operatore del diritto. Sul piano scientifico, come è facilmente immaginabile, la prova del DNA perde questa semplicità concettuale per mostrare molteplici profili problematici che attengono alla stessa validità intrinseca dei risultati delle analisi di laboratorio. La genetica forense è infatti una materia estremamente complessa. Il test del DNA, introdotto nel 1985 da

⁶⁰ Cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Prova dichiarativa e prova scientifica: dalla marginalità della prima ad una nuova prova "regina"?*, in *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. MONTAGNA, Roma, 2012, pp. 216, nt. 10.

Sir Alec J. Jeffreys, è oggi compiuto mediante l'impiego di una tecnica detta *Polymerase Chain Reaction* (PCR)⁶¹ in grado di riprodurre in copia il DNA estratto dalle tracce, rilevanti ai fini delle indagini, per l'effettuazione delle relative analisi⁶².

I limiti tecnico-scientifici all'impiego della prova del DNA sono invero riconducibili solo in parte al test del DNA in quanto tale, poiché non possono essere trascurati i profili che attengono agli errori umani o meccanico-strumentali che ne caratterizzano il procedimento di formazione (si pensi all'impreparazione dell'operatore in sede di sopralluogo, all'inadeguatezza della repertazione e conservazione del materiale biologico ecc.)⁶³. Sono poi individuabili diversi limiti intrinseci all'attendibilità dell'accertamento genetico⁶⁴.

Innanzitutto occorre considerare il danneggiamento chimico-fisico della molecola di DNA derivante sia dalla datazione del reperto biologico che dall'esposizione dello stesso a particolari condizioni ambientali. Alterazioni tipiche sono dovute, ad esempio, all'azione dei radicali liberi dell'ossigeno, normalmente presenti nell'aria, i quali possono modificare il DNA nella sua struttura primaria ovvero dei raggi ultravioletti, i quali sono in grado di produrre modificazioni della molecola fino a distruggerne la struttura, rendendola in alcuni casi del tutto inidonea per l'effettuazione di un'analisi. L'eventualità che in questi casi si possa pervenire a risultati inattendibili è concreta, atteso il legame sussistente tra fedeltà della reazione di PCR e integrità della struttura primaria del DNA. In secondo luogo assume una rilevanza centrale il fenomeno della c.d. contaminazione, la quale può essere endogena ovvero esogena. Nel primo caso si è in presenza di una commistione di componenti biologiche umane, di qualsiasi natura, che porti alla diagnosi di profili misti, cioè all'assegnazione di due o più profili genetici su uno stesso campione. La contaminazione esogena può avvenire sia in forza di una commistione iniziale dei campioni biologici, come nel caso tipico della violenza sessuale in cui dal tampone della persona offesa è possibile rilevare anche il profilo

61 La paternità della quale è del biologo statunitense e premio Nobel Kary Mullis. La reazione a catena della polimerasi ha sostituito l'originaria tecnica del DNA fingerprinting.

62 Si tratta di una sorta di “fotocopiatrice molecolare”. Così V. L. PASCALI, *L'uso del DNA-profiling nel procedimento penale: fatti e misfatti*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1343.

63 V. ampiamente sul punto P. FELICIONI, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. MONTAGNA, Roma, 2012, pp. 167 ss.

64 Cfr. U. RICCI, C. PREVIDERE', P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 437 ss.

genetico dell'aggressore, sia successiva, come nel caso dell'intervento dell'operatore con strumenti biologicamente contaminati oppure senza precauzioni (es. senza indossare dei guanti). In generale, la non idonea repertazione e conservazione dei campioni può determinare fenomeni di contaminazione tali da permettere di rilevare profili genetici appartenenti a persone diverse che possono non essere coinvolte nel fatto di reato. La contaminazione esogena è invece provocata da un non corretto utilizzo degli strumenti di laboratorio, nel senso che il contatto tra i prodotti delle reazioni chimiche prodromiche all'effettuazione dell'analisi genetica e il campione biologico sottoposto ad esame può dar luogo a fenomeni di contaminazione. Infine, si può accennare al problema della quantità minima di materiale genetico necessaria per produrre risultati attendibili. Non sempre i profili genetici acquisiti nel corso degli accertamenti sono tali da permettere un'interpretazione univoca. Al ricorrere di alcune condizioni sperimentali è possibile che si ottengano profili genetici ambigui, come nel caso, già menzionato, delle modificazioni chimico-fisiche della struttura del DNA. Un altro esempio è costituito dalla caratterizzazione di un'esigua quantità di substrato genetico dovuta alla limitazione del campione biologico disponibile. Si pensi alla quantità infinitesima di DNA estraibile da una singola formazione pilifera ovvero da una traccia ematica puntiforme⁶⁵. In presenza di tale scarso quantitativo di DNA si parla, nella letteratura scientifica e nelle aule giudiziarie, di LCN-DNA (*Low Copy Number*). Il DNA LCN può essere definito come quella quantità di DNA che, in differenti repliche dello stesso campione, fornisce variazioni stocastiche (cioè casuali) dei risultati, tali da non consentire una definizione univoca del profilo genetico. In sostanza, è possibile che differenti amplificazioni dello stesso campione producano profili genetici diversi, con la conseguente attribuzione del reperto a soggetti diversi. Ne deriva il rischio concreto di attribuzioni orientate dallo specifico interesse di parte o, comunque, arbitrarie⁶⁶. Dal quadro così sinteticamente delineato emerge la necessità di individuare quali siano gli strumenti che l'ordinamento consegna al giudice al fine di governare una materia tutt'altro che lineare come quella dell'indagine genetica.

In particolare, il riferimento al problema dell'analisi dei campioni repertati da tracce contenenti una scarsa quantità di materiale genetico può essere utile al fine di compiere

65 Alcuni analisti ritengono che si possa sottoporre utilmente ad analisi anche un'area giudicata di particolare interesse investigativo ma che non presenta alcuna traccia visibile: si pensi alla lama perfettamente pulita di un coltello ritenuto compatibile con l'arma del delitto. Cfr. sul punto V. L. PASCALI, *L'uso* cit., p. 1348.

66 V. *infra*.

alcune osservazioni di carattere generale sul tema dell'ingresso nel processo penale di metodologie controverse. Non esiste, infatti, unanimità di vedute in sede scientifica. Il dibattito sull'attendibilità dell'impiego dei protocolli elaborati per il trattamento dei campioni aventi queste caratteristiche è sorto in conseguenza del rilievo mediatico di due vicende giudiziarie caratterizzate dall'adozione di soluzioni antitetiche⁶⁷. Si tratta dei casi *Omagh*⁶⁸ in Irlanda del Nord e *Megnath* negli Stati Uniti. Il fatto che nel primo caso si sia giunti a sostenere l'ammissibilità della prova sulla base di una valutazione di attendibilità del protocollo LCN mentre nell'altro si sia pervenuti alla conclusione opposta da la misura dell'incertezza che caratterizza questo specifico segmento della prova del DNA. Solo la giurisprudenza inglese conosce una compiuta elaborazione dei criteri che dovrebbero guidare il giudice nella valutazione dell'attendibilità dei risultati prodotti dall'analisi di campioni LCN. In sostanza e semplificando, il problema risiede nel fatto che il protocollo analitico standard, se applicato ad un campione di tipo LCN, non è in grado di fornirne la caratterizzazione genetica. Da ciò l'elaborazione di un protocollo, cioè di una metodologia, specifica, la quale tuttavia comporta inevitabilmente il verificarsi del già menzionato effetto stocastico, in forza del quale le diverse reazioni effettuate sulla stessa porzione di DNA possono fornire risultati divergenti in maniera del tutto casuale. Per questa ragione, le raccomandazioni della comunità scientifica internazionale prevedono la necessità di ripetere, anche più di una volta, il test al fine di rilevare una concordanza di risultato. La scomparsa e ricomparsa di determinate caratteristiche genetiche, dovute all'effetto stocastico, possono condurre a rilevare una corrispondenza solo parziale con il profilo del soggetto indagato. Si impone dunque il quesito se tale corrispondenza parziale significhi attribuibilità del campione ad un soggetto diverso dall'indagato ovvero a quest'ultimo "al netto" delle variazioni stocastiche. Tale ultima valutazione soffre evidenti margini di arbitrarietà e i rimedi proposti, come quello dell'utilizzo di un software in grado di ponderare le diverse ipotesi, non godono di un generalizzato consenso. Requisito minimo, necessario ma non sufficiente, di attendibilità, resta comunque la possibilità di ripetizione del test. Nel caso *Regina v. Reed, Reed and Garmson* è stato stabilito che i profili genetici ottenuti attraverso l'impiego del protocollo LCN sono ammissibili esclusivamente se il

67 V. G. GENNARI – A. PICCININI, *Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza*, in *Diritto penale e processo*, 2012, pp. 359 ss.

68 V. anche A. DI MASCI – S. MARASCIO, *La psicologia investigativa e la criminalistica sulla scena del reato*, in <http://www.onap-profiling.org/archives/1165>

quantitativo oggetto di analisi è superiore a quello individuato dalla soglia stocastica⁶⁹. In questo caso la scientificità della prova così ottenuta non può mettersi in discussione. Ne consegue la necessità di quantificare sempre il DNA da analizzare. Inoltre, trattandosi la soglia stocastica di una fascia compresa tra due valori, nel caso in cui il quantitativo da analizzare si collochi all'interno di essa il superamento o meno della soglia stocastica deve essere accertato nel caso concreto da esperti della materia. Nel successivo caso *Regina v. Broughton* viene precisato che se al di sopra della soglia stocastica l'affidabilità della prova del DNA non può essere messa in discussione, ciò non implica che al di sotto di essa sia sempre esclusa la possibilità di ottenere un profilo riproducibile se ciò è consentito nel caso concreto. In *Regina v. C* viene invece affrontato il tema dell'analisi di un profilo misto in cui quello minore è palesemente al di sotto della soglia quantitativa di attendibilità. La Corte afferma che la quantità rilevante al fine di escludere la verifica dell'effetto stocastico deve essere riferita all'intero campione e, comunque, deve sempre prevalere una logica caso per caso. Quello che interessa mettere in evidenza, nell'economia del presente lavoro, è la necessità di prendere atto che si tratta di un argomento controverso rispetto al quale è evidente l'opportunità di escludere soluzioni arbitrarie in sede processuale.

In tutti i casi in cui una certa metodologia di analisi non gode di un generalizzato consenso in seno alla comunità degli esperti, si pone al giudice il problema della sua reale scientificità. Egli, se ha il potere/dovere di effettuare una scelta, nell'esercizio della sua discrezionalità, fra le diverse tesi prospettate dal perito e dai consulenti delle parti in ordine alla valenza conoscitiva di una certa applicazione scientifica, deve essere assistito da un corredo di criteri legali o extralegali idonei a fondare un termine di confronto concreto da adottare in sede motivazionale. Sotto questo profilo, nel nostro ordinamento non esiste una norma generale in tema di valutazione della prova scientifica. Sul punto è intervenuta tuttavia un'importante pronuncia della Corte di Cassazione⁷⁰, la quale ha tentato di delineare un quadro di indici in forza dei quali il giudice dovrebbe poter statuire circa la scientificità o meno di un particolare metodo. Si tratta, nello specifico, dei criteri di valutazione enunciati nella celebre sentenza *Daubert*

69 Il valore della quale è comunque controverso in seno alla comunità scientifica. Al di sopra di essa gli effetti stocastici sono improbabili.

70 Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini ed altri. La vicenda, sotto il profilo sostanziale, riguardava il controverso tema della morte da mesotelioma pleurico generato dall'esposizione all'amianto. Per un commento v. S. ZIRULIA, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*, 2011, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

della Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1993, che vengono ripresi ed ampliati⁷¹. L'attendibilità di un metodo scientifico deve essere, in particolare, sorretta dai caratteri della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore e della generale accettazione. Il giudice, secondo la Cassazione, deve anche tener conto dell'identità e dell'autorità dell'esperto, della sua indipendenza e delle finalità per le quali si muove⁷².

Il tema dell'analisi delle tracce contenenti una scarsa quantità di materiale biologico ha trovato ingresso anche nella nostra esperienza giuridica nazionale. Ci si riferisce, in particolare, ad una vicenda che ha ricevuto, conformemente ad una tendenza che si fa strada in maniera crescente nel nostro paese, un'elevata attenzione mediatica in conseguenza, tra le altre cose, proprio della centralità che in essa ha assunto il tema della prova del DNA: l'omicidio di Meredith Kercher.

Non appare opportuno ricostruire la vicenda processuale in tutti i suoi aspetti⁷³, poiché in questa sede interessa mettere in evidenza esclusivamente l'atteggiamento che i giudici, nei due gradi di giudizio, hanno assunto di fronte al problema dell'attendibilità degli accertamenti genetici compiuti⁷⁴. Il giudice di primo grado ha considerato valide le indagini genetiche compiute dalla polizia scientifica attraverso un approccio unilaterale che non ha tenuto in adeguata considerazione le obiezioni sollevate dalla difesa circa la correttezza delle stesse. Si trattava, in particolare, dei campioni biologici reperiti dal coltello rinvenuto nella casa di Raffaele Sollecito, compatibile con l'arma del delitto, e dal gancetto del reggiseno della vittima. La perizia disposta dalla Corte d'Assise d'Appello⁷⁵ ha successivamente evidenziato come i campioni analizzati fossero, a tacere degli argomenti legati al profilo della contaminazione, di tipo LCN e,

71 Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993). Sul punto v. P. TONINI, La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1342 ss.

72 In ciò sarebbe l'ampliamento dei criteri tradizionali. Peraltro, sempre in tema di caratteristiche soggettive dell'esperto, può ritenersi che la massima garanzia di imparzialità dell'apporto conoscitivo dell'esperto si realizzi, in caso di nomina di un collegio peritale, attraverso una composizione mista quanto ad appartenenza ad una determinata scuola di pensiero.

73 Sulla quale v. M. MONTAGNA (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012.

74 Cfr. sul punto C. CONTI – E. SAVIO, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, in *Diritto penale e processo*, 2012, pp. 575 ss.

75 Cfr. S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche senza indagini tradizionali portano fuori strada l'accertamento giurisdizionale*, in *Guida al diritto*, 2012, pp. 35 ss.

in assenza tanto di una quantificazione quanto di una ripetizione del test da parte del consulente tecnico dell'accusa, come suggerito dalle raccomandazioni internazionali, non potessero essere considerati attendibili. La strada seguita dai giudici d'appello è stata pertanto quella di disporre una “perizia sul metodo” stante l'impossibilità, nel caso concreto, di ripetere gli accertamenti compiuti dalla polizia scientifica durante le indagini. Essi hanno correttamente fatto ricorso ad uno strumento codicistico che permette, nel caso in cui il problema della validità delle metodologie impiegate sia stato ignorato nelle precedenti fasi processuali, di effettuare le opportune verifiche al fine di garantire un recupero di quel contraddittorio sulla scienza così centrale nell'esperienza moderna. Questo approccio risulta, dunque, coerente con le più recenti acquisizioni della giurisprudenza di legittimità. Un tema molto importante, di carattere generale, è pertanto costituito dall'ingresso nel processo penale delle nuove metodologie scientifiche, non assistite da un pacifico consenso circa la loro intrinseca idonea dimostrativa, come nel caso dei protocolli impiegati per l'analisi dei campioni di tipo LCN. In questi casi il giudice è chiamato ad effettuare una scelta in ordine a quale sia, fra le tesi proposte dalle parti, quella preferibile, attraverso un giudizio che deve essere adeguatamente motivato non, ovviamente, sulla base di conoscenze scientifiche che il giudice non possiede, ma in forza di un'analisi razionale degli elementi portati in giudizio dagli esperti. Questi ultimi devono consentire al giudice di compiere tale valutazione illustrando gli studi che accompagnano tali metodologie al fine di integrare quei requisiti di scientificità oggi recepiti dalla Corte di Cassazione. Sotto questo profilo, l'atteggiamento tenuto dalla Corte d'Assise di Perugia nel caso Meredith è sicuramente censurabile. In generale, il procedimento probatorio dovrebbe essere integralmente informato al principio del contraddittorio, quale strumento fondamentale in grado di far emergere le contraddizioni esistenti in relazione ad un determinata questione scientifica⁷⁶. Nella fase dell'assunzione, l'esame e il controesame dell'esperto dovrebbero riuscire ad evidenziare con chiarezza le competenze specifiche ed i metodi utilizzati, prima ancora che i risultati ottenuti. Sotto questo profilo, assume una rilevanza centrale la condotta dell'esperto, il quale dovrebbe agevolare il tentativo di falsificazione del giudice attraverso la prospettazione di ipotesi ricostruttive alternative. Peraltro, a tale scrutinio il giudice dovrebbe essere chiamato tanto nella fase di valutazione del mezzo di prova quanto nella fase di ammissione dello stesso, in ogni caso e dunque anche quando la metodologia scientifica controversa è veicolata da un

76 P. FELICIONI, *La prova* cit., pp. 196 ss.

mezzo di prova tipico potendo sostenersi, in via interpretativa, una lettura dell'art. 189 c.p.p., previa estensione analogica dei criteri generali di ammissione contemplati dalla norma alle prove tipiche, orientata ai criteri Daubert⁷⁷.

Concludendo, se in linea di principio può essere condivisa l'affermazione secondo la quale “*L'aula di giustizia non è il miglior posto per lo sviluppo di un dibattito serio su LCN*”⁷⁸, ciò non implica che il giudice possa ignorarne l'esistenza quando è chiamato a confrontarsi con la genetica forense per la risoluzione del caso concreto. A patto, però, che egli sia dotato degli strumenti processuali necessari per l'apprezzamento del problema nella sua interezza e che le valutazioni conseguente siano contenute entro stringenti criteri di razionalità e verificabilità.

BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

BRUSCO C., *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2004, pp.1413-1414.

BRUSCO C., *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, Dossier La prova scientifica nel processo penale.

CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2003,10,1193, pp.10-11.

CANZIO G., *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, 2011.

CAPRIOLI F., *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il delitto di Cogne*, in *Cass. pen.*, 2009.

CENTONZE F., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale* in *Rivista Italiana, Dir. E Proc. Pen.* 2001, 04, 1232.

COMODI M., *Acquisizione e conservazione della prova scientifica. Problematiche connesse alla valutazione della prova scientifica in ambito processuale*, 9 Novembre 2012 <www.giustizia.palermo.it/formazione_magistrati.aspx?file...999> (Visitato il 6 Marzo, 2013) pp. 12-16.

CONTI C., *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, p. 33.

CONTI C.– SAVIO E., *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, in *Diritto penale e processo*, 2012, pp. 575 ss.

DE CATALDO NEUBURGER L., *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, 2007.

DE CATALDO NEUBURGER L., *Prova dichiarativa e prova scientifica: dalla marginalità della prima ad una nuova prova "regina"?*, in *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. MONTAGNA, Roma, 2012, pp. 199 ss.

DE CATALDO NEUBURGER L., *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, 2010.

DI MASCI A.– MARASCIO S., *La psicologia investigativa e la criminalistica sulla scena del reato*, in <http://www.onap-profiling.org/archives/1165>

FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, 2009

FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale . Il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, 2008.

FELICIONI P., *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa, in L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. Montagna, Roma, 2012, pp. 167 ss.

FIONDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto e il processo penale*, 2005.

GENNARI G. – PICCININI A., *Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza..*, in *Diritto penale e processo*, 2012, pp. 359 ss.

LORUSSO S., *Investigazioni scientifiche senza indagini tradizionali portano fuori strada l'accertamento giurisdizionale*, in *Guida al diritto*, 2012, pp. 35 ss.

MONTAGNA M.(a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012.

PACILEO V., *Brevi note sulla prova scientifica nel processo penale*, 2012
<http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=30969&catid=213&Itemid=475&contentid=0>
(Visitato il 18 Marzo, 2013).

PASCALI V. L., *L'uso del DNA-profiling nel procedimento penale: fatti e misfatti*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1339 ss.

RICCI U., PREVIDERE' C., FATTORINI P., CORRADI F., *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006.

SCAFFARDI L., *Legal Protection and Ethical Management of Genetic Databases: Challenges of the European Process of Harmonization*, in Jean Monnet Working Paper, New York University school of Law, 2008.

STELLA F., *Giustizia e modernità, la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Bompiani, Milano, 2003, pp.371-372.

TAGLIARO F. - D'ALONA E. - SMITH F. P., *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Freye standard: note sugli orientamenti negli usa successivi al caso Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, in Riv .It ,Med. Leg., 2000.

TONINI P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1341 ss.



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA