



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Facoltà di Giurisprudenza

Seminario della cattedra di Procedura penale

Prof. A. Gaito

Omicidio di Meredith Kercher

**LA PROVA DEL DNA TRA ESALTAZIONE MEDIATICA E REALTÀ'
APPLICATIVA: PROBLEMI TECNICI ED ONERE PROBATORIO**

Relatori

Andrea Di Lieto
Giovanni Capozio
Luigi Di Mieri
Tommaso De Santis

Anno Accademico 2011/2012

1) L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine.

L'errore è una componente ineludibile di ogni azione umana che in alcuni casi non produce conseguenze, mentre in altri si richiede una prevenzione imperativa (è quello che accade nel processo penale in cui gli sbagli causano tanta sofferenza e, per questo motivo, devono essere evitati o risanati). Gli errori giudiziari (di fatto o di diritto) danno vita a sentenze penali errate o ingiuste, tale che devono essere eliminati tempestivamente soprattutto per evitare di arrecare conseguenze enormi per l'imputato, la vittima e tutta la collettività. Nella fattispecie suesposta il primato è dato alla *testimonianza* (falsa o errata per difetto di percezione), seguita dalla *confessione*, dalla *ricognizione*

errata o dalla prova documentale non fedele. Ciò che stupisce è che il più delle volte gli errori vengono riscontrati nel momento dell'acquisizione delle prove.

Molte sono le vicende di grande impatto mediatico (come per es. l'omicidio di Meredith Kercher) dove si riscontra una nuova dimensione di errore giudiziario: si parla di **errore investigativo di natura tecnico-scientifica**, il quale si rileva nel corso delle indagini svolte sulla "*scena criminis*". La suddetta tipologia non lede solo la decisione, ma incide anche sulle prime fasi dell'accertamento penale, condizionando lo svolgimento delle attività investigative ed indirizzando in malo modo le scelte del pubblico ministero sin dal principio. Se sulla *scena criminis* entrano in campo le **scienze** non possono non essere analizzati gli errori che a queste sono irrimediabilmente connesse: la prova scientifica presenta elevati margini di rischio, visto che ha una naturale tendenza all'errore. Qual' è il ruolo del giudice? Egli è chiamato ad esercitare un controllo eguale a quello che esercita abitualmente analizzando le perizie introdotte dagli esperti nel dibattimento. In America, dal 1980, è stato esaminato un campione di 255 sentenze di appello in cui il condannato ha richiesto l'esame del DNA per dimostrare la sua estraneità ai fatti (c.d. DNA EXONERATION CASES): il risultato è stato che sui casi esaminati, in dodici di essi, la Corte ha confermato l'esistenza di un errore determinante ai fini dell'ingiustizia della decisione. In 6 casi (38%) è stata riscontrata la c.d. "*brady violation*" (mancata presentazione di una prova scientifica), 4 (24%) presentano il c.d. "*improper argument*" (errore di illogicità delle inferenze rispetto ai dati), 2 mettono in evidenza un errore legato alla cattiva gestione delle tracce del reato sulla scena del crimine. In Italia, invece, è difficile avere un campione di sentenze errate per l'inidoneità dei meccanismi processuali utilizzati per correggere gli errori giudiziari.

Detto ciò, si può affermare che vi sono varie tipologie di errori, le quali incidono profondamente sull'evoluzione del processo penale:

- **manuale:** tutti quegli errori commessi durante le fasi di preparazione del campione.
- **strumentale:** quei tipi di errori che prevedono l'uso di polveri dattiloscopiche, luminol e altri reattivi.
- **sistematico:** l'esempio tipico è dato dall'imperfezione della strumentazione.
- **salutario.**
- **interpretativo.**

- **percettivo**: ci si riferisce alle difficoltà che si possono riscontrare nell'individuare e mantenere inalterata una traccia presente su un reperto che è in corso di analisi (la c.d. **ricerca in doppio**).
- **percettivo/diagnostico**: cioè tutte quelle difficoltà che si hanno nel distinguere gli elementi caratteristici del reperto.

Esse si riscontrano, essenzialmente, nelle procedure di sopralluogo e di investigazione tecnico - scientifica . Il **sopralluogo giudiziario** (prima fase) è effettuato sul “campo” dagli agenti della polizia, i quali, pur non avendo competenze specifiche, hanno come obiettivo fondamentale quello di cristallizzare il “*locus commissi delicti*” e di reperire tracce anche se labili (si procede al congelamento della scena del reato, si analizzano tutte le caratteristiche generali del luogo per poi eseguire tutto ciò che è volto alla protezione ed all'assicurazione dello status quo).

La seconda fase di investigazione tecnico - scientifica (cd. CSI), invece, è destinata alla raccolta di quegli elementi ritenuti essenziali per le indagini da parte degli “esperti” (come i RIS o la Polizia scientifica, i quali dopo un'accurata ispezione e descrizione di quanto percepito ricercano tutte le tracce riconducibili alla fattispecie commessa per poi repertarle singolarmente), mentre la terza ed ultima fase è caratterizzata da continue attività di laboratorio nelle quali si esaminano tutte quelle tracce già repertate sulla scena del crimine, in modo tale da poter dedurre una verità assoluta.

Nel caso di specie la scena del crimine è la casa di Via della Pergola, a Perugia, dove la studentessa Meredith Kercher è stata uccisa crudelmente da “**mani amiche**”. E' ben noto, che tre sono stati i soggetti coinvolti e condannati in primo grado e per i quali la Corte di assise di Perugia ha decretato rispettivamente trent'anni di reclusione per R. Guede, venticinque per R. Sollecito e ventisei per A. Knox, basandosi solo sulle prove riscontrate dalla polizia scientifica sulla scena del crimine.

Ci si è chiesti come un coltello in dotazione alla cucina di Sollecito si trovasse nella casa di Via della Pergola, tanta è stata la convinzione che esso fosse l'arma o più precisamente una delle armi del delitto poiché sulla lama presentava il DNA di Meredith e sul manico quello di Amanda Knox, la quale probabilmente lo aveva impugnato. Allo stesso modo si parla di Raffaele Sollecito che, al momento della violenza, culminata poi nel delitto, doveva trovarsi necessariamente nella stanza di Meredith, il quale intento a tentare di strapparle di dosso il reggiseno, lascia il proprio DNA sul gancetto del medesimo. In linea di principio, già in primo grado, i difensori degli imputati ave-

vano cercato di evidenziare sotto duplici profili la mancata correttezza del procedimento eseguito dalla Polizia Scientifica per ciò che concerne la reperizione, le analisi genetiche e l'attendibilità delle conclusioni dalla stessa formulate. Si richiedeva alla Corte, inutilmente, la disposizione di una nuova perizia tecnica (ex art. 220 c.p.p.), avvalendosi dal punto di vista codicistico della disciplina dettata dall'art. 507 c.p.p. secondo la quale, "terminata l'acquisizione delle prove, il giudice solo in caso di necessità può disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova". Ma secondo la Corte una terza valutazione avrebbe complicato le cose.

Il giudice di secondo grado, però, ha ritenuto non adeguate le competenze e le conoscenze personali dei giudici, togati e popolari, concedendo così una perizia *super partes* (d'ufficio), ex art. 224 c.p.p., perché vi erano nuove prove scientifiche da analizzare. Essa è stata svolta da un Collegio Peritale composto da docenti universitari presso la facoltà di medicina legale dell'Università "Sapienza" di Roma, quali la Prof.ssa Vecchiotti, esperta in genetica forense e il Prof. Conti, medico legale, i quali, secondo codesta Suprema Corte, apparivano meritevoli della fiducia totale sul piano professionale ed umano.

Il primo elemento probatorio che è stato preso in considerazione è stato il coltello rinvenuto sulla scena del crimine (rep. n. 36): al termine di un procedimento di prelevamento di tamponi e di estrazione del DNA è stata confermata, da detto collegio, la presenza del DNA di Amanda Knox sul manico e non attendibile quello della vittima sulla lama, perché è un campione LCN (law copy number), cioè troppo esiguo per essere analizzato e per essere sottoposto alle fasi successive di amplificazione ed elettroforesi. Ha evidenziato, altresì, che negli accertamenti della P.S. risulta carente la fase di quantificazione dell'estratto, perché le indagini citomorfologiche non hanno evidenziato la presenza di materiale cellulare (non vi è traccia alcuna di sangue), anche perché tra l'attaccatura della lama e il manico sono stati rinvenuti dei granuli di amido di segale, un composto vegetale, che avrebbe potuto assorbire qualsiasi traccia di sangue. Da ciò si ha la certezza che il coltello non è stato lavato.

L'altro elemento probatorio che è stato analizzato è il gancetto del reggiseno. Da qui gli esperti non hanno potuto estrarre nessun campione genetico, perché trovato in condizioni disastrose. O per dimenticanza o perché non ritenuto una prova essenziale è stato analizzato solo quaranta giorni dopo il primo sopralluogo e trovato un metro e mezzo distante dalla posizione originaria.. Sono stati evidenziati errori di interpretazione del tracciato e di mancanza di cautele per evitare possibili contaminazioni. In questo caso, è difficile

affermare se il DNA appartiene al Sollecito perché potrebbe essere stato contaminato da un guanto sporco e il tracciato del DNA, ottenuto dalla P. S. era attribuibile a chiunque, perché non completo. Il problema è quello di stabilire l'affidabilità del risultato a causa di mancanza di genuinità del reperto. È probabile che il DNA di Sollecito sia stato trasportato sulla scena del crimine da altri, perché molteplici sono state le persone che sono entrate e uscite dalla casa di Via della Pergola dal primo sopralluogo e varie sono stati anche i fenomeni che hanno messo a dura prova la consistenza del reperto in questione. Questa Corte condivide l'ipotesi di una possibile contaminazione, perché non vi è stato alcun rispetto di tutte quelle cautele necessarie per garantire la genuinità dello stesso (sembra difficile che il DNA di Sollecito sia stato rilasciato solo sul gancetto e non sulle parti di stoffa). È opportuno capire che la contaminazione non si sia verificata presso il laboratorio della Polizia Scientifica, ma prima della repertazione.

2) I limiti all'obbligatorietà dell'azione penale

Per attuare i principi di legalità e di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, il legislatore costituente ha scolpito nella Carta del 1948 il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.¹), attribuendone l'esercizio al pubblico ministero.²

Tuttavia, mediante il combinato disposto degli artt. 50, comma 1, 405, comma 1, 408, comma 1, 411, 415, comma 1 c.p.p. e 125 del-

¹ In dottrina si è scritto che l'art. 112, con la sua formula lapidaria, costituisce una delle disposizioni più laconiche della Costituzione. Cfr. al riguardo M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.pen.*, 1993, p. 2658 ss.

² E' questa la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 88/1991. Il Giudice delle leggi ha affermato che «il principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale».

le disp. att., si desume che il pubblico ministero sia obbligato ad esercitare l'azione penale soltanto quando non ricorrano i presupposti per la richiesta di archiviazione. Come ha sostenuto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 88 del 1991, l'ordinamento impone che «il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo», affermando che al termine delle indagini preliminari «l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non esercizio dell'azione».³

Con questa pronuncia la Corte costituzionale è approdata alla conclusione per cui sia il *principio di non superfluità del processo* a costituire «il criterio discrezionale per stabilire la sussistenza dell'obbligo nell'esercizio dell'azione penale»⁴.

Il sistema processualpenalistico non richiede al pubblico ministero di esercitare l'azione penale ogni volta che abbia conseguito una notizia di reato, ma esclusivamente a seguito di un'attenta valutazione della fondatezza della *notitia criminis*, a cui potrà pervenire soltanto all'esito di un'accurata attività d'indagine preliminare, che sia ispirata al principio di completezza, nel corso della quale miri ad ottenere tutti gli elementi e le fonti di prova che risultino disponibili⁵.

Riprendendo le parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sent. 88/1991, si evince che la scelta, da parte del pubblico ministero, di presentare richiesta di archiviazione, si giustifica nella sola ipotesi in cui, conclusa la fase investigativa, il pm possa affermare che «l'accusa è insostenibile e la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata». La Corte ha poi modo di ricordare che «l'impossibilità di sostenere la prospettazione accusatoria, di coltivarla, cioè, in maniera attendibile, deve essere chiara e non univoca, coerentemente all'univocità dell'infondatezza ("manifesta") che connota la formula

³ Corte cost., sent. n. 88/1991.

⁴ O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 94 e ss..

⁵ Questa posizione è generalmente condivisa dalla dottrina. Cfr. per tutti O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., pp. 95-96.

usata dal legislatore delegante (art. 2 direttiva n. 50 L. 16. 2. 1987, n. 81)»⁶.

In sostanza, e quanto si afferma appare rinforzato dalla compiuta volontà legislativa di abbandonare un sistema processuale a carattere essenzialmente inquisitorio per accedere ad un sistema prevalentemente accusatorio, l'ordinamento vuole evitare che il pubblico ministero eserciti l'azione penale frettolosamente, senza aver previamente condotto delle indagini scrupolose, sì da avviare quella serie di atti che potranno portare all'instaurazione del processo penale. No, non è questo il compito che l'ordinamento affida al titolare della funzione d'accusa.

E' dunque necessario evitare di coinvolgere i singoli all'interno di una vicenda processuale (in particolar modo nella veste di imputato), con le relative conseguenze negative (patrimoniali, personali, sociali e morali) che ne potrebbero derivare, quando ciò parrebbe evitabile già in base ad una valutazione del pubblico ministero.

A fianco dell'interesse dei singoli a non vedersi coinvolti in un processo se la *notitia criminis*, sulla cui base si procede, risulti univocamente infondata, si pone un altro interesse, riconducibile alla collettività, che è quello di non dar luogo a processi inutili e superflui, con conseguente spreco di risorse umane ed economiche, alfine di garantire una corretta ed efficiente amministrazione della giustizia⁷.

3) La presunzione di non colpevolezza dell'imputato e la regola dell'onere probatorio nel processo penale.

L'ordinamento giuridico italiano s'informa al principio di presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino alla pronuncia della condanna definitiva. E' la Costituzione, nel testo del 1948, che statuisce tale regola all'art. 27, comma 2: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna

⁶ Corte cost., sent n. 88/1991.

⁷ Non pare fuor di luogo considerare *giusto* un processo quando il suo svolgimento risulti inevitabile e necessario, dal momento che non sussistano i presupposti per la richiesta di archiviazione.

definitiva”⁸. Negli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, vennero adottati, a livello internazionale, dei testi normativi di natura convenzionale, al cui interno, tra i vari diritti sanciti, veniva consacrata la presunzione d’innocenza dell’imputato.

Il riferimento è alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, approvata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall’Italia con la l. n. 848 del 4 agosto 1955 ed al Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato, nell’ambito della famiglia delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 2200 A (XXI) dell’Assemblea generale dell’Onu il 16 dicembre 1966 e ratificato dal nostro Paese con la l. n. 881 del 25 ottobre 1977.

L’art. 6, par. 2, C.e.d.u. dispone che: “Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.”⁹ Con formula

⁸ Prima della promulgazione della Costituzione, la sua affermazione non emergeva da alcun testo normativo. Una parte della giurisprudenza ha affermato che l’art. 27 cpv. abbia tramutato in principio normativo un principio sino a quel momento solo ideologico, almeno in Italia. Si veda ad es. Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3025 ss., con nota di V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, “uso di gruppo”, “fatto di lieve entità”, recidiva*; Trib. Trieste, sez. riesame, 28 dicembre 2006, R.M., in *Corr. mer.*, 2007, p. 1174, con nota di C. RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio*. In dottrina alcuni autori hanno sottolineato la chiara volontà della Costituzione di affermare il principio: cfr. V. GAROFOLI, *Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1178; A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 84.

⁹ Sulla rinnovata efficacia delle norme della C.e.d.u. nell’ordinamento interno, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), cfr. l’analisi di A. GAITO, *L’adattamento delle fonti interne al diritto europeo*, in *Procedura penale*, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAI-

pressoché identica, l'art. 14, par. 2 del P.i.d.c.p. sancisce che: "Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente."¹⁰

La presunzione d'innocenza impone all'autorità procedente di trattare il soggetto inquisito come persona estranea ai fatti oggetto d'imputazione che gli sono contestati¹¹. Soltanto quando, all'esito di un procedimento rispettoso degli schemi legislativi, risulterà possibile ascrivere all'imputato la responsabilità per la commissione dei fatti illeciti contestatigli dal pubblico ministero, poiché non apparirà plausibile alcuna ipotesi ricostruttiva tesa a dimostrare l'estraneità dell'imputato ai suddetti fatti, allora sarà possibile dichiarare (almeno in sede pro-

TO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 37 e ss..

¹⁰ E' opportuno menzionare anche l'art. 11.1 della *Dichiarazione universale dei diritti umani*, approvata dall'Assemblea generale dell'Onu il 10 dicembre 1948, che afferma: "Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa."

¹¹ Sul punto è esemplare il ragionamento svolto da O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., p. 111. L'Autore afferma, con riferimento alla presunzione d'innocenza, che «il precetto costituzionale, quale regola di trattamento, impone di guardare all'indagato come a un presunto non colpevole e, cioè, come alla persona meno informata dei fatti oggetto d'imputazione.» E' vero che questa tesi, nell'opera citata, è sostenuta esaminando la posizione della persona sottoposta alle indagini nella fase dell'interrogatorio (artt. 64 e ss. c.p.p.), ma non può negarsi che per il semplice esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, con la relativa acquisizione, della persona sottoposta alle indagini, dello *status* d'imputato, quest'ultimo non possa essere considerato colpevole del reato attribuitogli. Ciò contrasterebbe palesemente con l'art. 27, comma 2, Cost..

cessuale...) la colpevolezza di quel soggetto, per la violazione di una o più norme penali¹².

Pertanto l'ordinamento richiede, per sancire l'effettiva colpevolezza dell'imputato in ordine alla commissione di un fatto di reato, l'esistenza di un accertamento giudiziale definitivo, che non possa più essere messo in discussione, neppure con strumenti legali. E' dunque al giudicato che il sistema affida quel grado di certezza da cui discenderà la responsabilità penale in capo al soggetto sottoposto a processo.

Il principio di presunzione di non colpevolezza si riallaccia al tema dell'onere probatorio nel processo penale. Su chi pesa tale onere? Sulle spalle di chi sostiene l'accusa, dovendosi fornire tutti quegli elementi probatori necessari a confermare l'ipotesi accusatoria stessa, ovvero sulle spalle di chi, in quanto imputato, nel processo è chiamato a difendersi, dovendo smentire ogni punto della contestazione mossa nei suoi confronti, quale unico mezzo a disposizione per auspicare una pronuncia assolutoria? Ovvero è configurabile un onere probatorio a carico dell'organo giudicante, che nel processo non ha il ruolo di parte, bensì quello, fondamentale, di soggetto protagonista?

A questi interrogativi il legislatore ordinario non ha fornito una risposta normativa; neppure col nuovo codice di rito, emanato nel 1988, si è dettata una disciplina specifica dell'onere probatorio. L'analisi della presunzione d'innocenza, intesa come "regola di giudizio", si traduce nell'attribuzione all'organo accusatore dell'onere di provare la responsabilità dell'imputato: è, a nostro avviso, questa, l'unica soluzione

¹² Sul significato della presunzione d'innocenza quale divieto per l'Autorità di trattare l'indagato o l'imputato alla stregua di un condannato prima della sentenza definitiva di condanna, si veda per tutti P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, Torino, 1995, p. 677 e ss.

compatibile con l'attuale sistema normativo, soluzione a cui, peraltro, è approdata da tempo parte della dottrina¹³.

L'affermazione della presunzione di non colpevolezza a livello costituzionale avrebbe rilevanti conseguenze: la regola non solo sarebbe immediatamente prescrittiva laddove il legislatore non avesse disposto nulla, ma sarebbe anche parametro di validità delle disposizioni legislative in materia. Pertanto ogni diversa regola che comportasse lo spostamento sull'imputato dell'onere di provare l'assenza di qualsivoglia elemento utile alla declaratoria di colpevolezza, o la presenza di alcunché necessario per l'assoluzione; o qualsiasi regola che non richiedesse per la condanna il raggiungimento della certezza processuale, o che facesse ricadere il rischio del dubbio sull'imputato, sarebbe *ipso iure* incostituzionale, e pertanto da espungere dall'ordinamento¹⁴.

La dottrina dominante, già sotto il vigore del Codice del 1930, sosteneva che, rispetto alla condanna, fossero assolutamente equivalenti la necessità di provare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e l'esigenza di dimostrare l'insussistenza di quelli negativi¹⁵. Si argomentava che

¹³ Cfr. al riguardo L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, Firenze, 1899, p. 15, il quale afferma che l'innocenza dell'imputato sarebbe oggetto di una "presunzione *iuris*, sino a prova contraria, sino a che non sia dimostrata la verità dell'imputazione." Nello stesso senso A. GAITO, *Onere della prova e processo penale*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 521. E' conforme anche la tesi di C. QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p.1269, secondo cui tale presunzione costituirebbe una presunzione *iuris tantum*, vincibile solo da prova contraria.

¹⁴ A. GAITO, *Onere della prova e processo penale*, *cit.*, cc. 520 e ss.

¹⁵ F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Giuffrè Milano, 1959, p. 141; G. FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, p. 186; G. GUARNERI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1953, II, cc. 323 ss.; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Jovene, Napoli, 1961, p. 130; M. MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 135;

l'imputato potesse essere condannato se avesse commesso colpevolmente il fatto tipico e se mancassero tutti quegli elementi negativi che valessero ad escluderne la punibilità; doveva essere invece assolto se fosse assente anche solo uno degli elementi costitutivi o se fosse presente uno degli elementi "impeditivi".

Con l'arrivo della Costituzione, si può ribadire, riguardo all'articolo 27, comma 2, che presumere innocente un individuo significa ritenere mancanti le condizioni per la sua condanna; dunque, vuol dire considerare insussistenti tutti i fattori costitutivi e sussistenti tutti quelli negativi che, se presenti, imporrebbero l'assoluzione.

Sulla scia di quanto detto, quando il pubblico ministero decide di esercitare l'azione penale auspica, nell'interesse generale della collettività, che rappresenta in quanto soggetto pubblico, la pronuncia di una decisione di condanna nei confronti dell'imputato, affinché colui che abbia commesso un reato venga sanzionato penalmente. Ma per permettere all'organo giudicante di emettere sentenza di condanna, sarà compito (*rectius*: onere) del pubblico ministero, costruire un'ipotesi accusatoria completa, solida, priva di lacune od incertezze, in modo che non resterà spazio per alcun dubbio in favore dell'innocenza dell'inquisito. Con la conseguenza che l'imputato non sarà onerato, per sperare in un esito assolutorio della propria vicenda processuale, a discolarsi, e cioè a provare la propria estraneità ai fatti attribuitigli. Difatti, quando il giudice valuterà che l'impianto accusatorio sia fondato su una prova mancante, ovvero quando la prova che il fatto sussista, che l'imputato l'abbia commesso, che il fatto costituisca reato o che il reato sia stato commesso da persona imputabile, sia insufficiente o contraddittoria, sarà tenuto a pronunciare sentenza di assoluzione (art.530, comma 2, c.p.p.).

P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, p. 264; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 224. *Contra* V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1942, p. 435.

4) **Il processo d'appello per l'omicidio di Meredith Kercher: pesa sul pubblico ministero l'onere di provare la genuinità del profilo genetico rinvenuto sui reperti presenti sulla scena del crimine.**

La pronuncia assolutoria emessa dalla Corte di assise di appello di Perugia nei confronti di Amanda Knox e Raffaele Sollecito, imputati per l'omicidio (e per altri reati ad esso strumentali) della studentessa inglese Meredith Kercher, ha trovato, sulla base delle varie risultanze probatorie emerse dall'istruttoria dibattimentale, pieno fondamento nel mancato adempimento dell'onere, da parte dell'accusa, di provare che il procedimento volto all'individuazione del profilo genetico in un reperto si sia svolto nella piena osservanza delle regole dettate dalla Comunità Scientifica.

Mentre il giudice di primo grado aveva pronunciato sentenza di condanna¹⁶ (26 anni di reclusione per la Knox, 25 per Sollecito), attribuendo, nell'ambito degli indizi conseguiti, un posto di sicura preminenza agli accertamenti effettuati dalla Polizia scientifica sul coltello sequestrato in casa di Sollecito (reperto 36) e sul gancetto del reggiseno indossato dalla vittima (reperto 165b)¹⁷, la Corte di assise d'appello ha potuto ribaltare il verdetto grazie ai risultati della perizia (disposta dalla Corte ex art. 224 c.p.p., a seguito della richiesta dei difensori degli imputati) effettuata da un collegio di esperti.

Senza entrare nei contenuti dettagliati della perizia, ciò che qui interessa è la conclusione a cui è giunto il consulente tecnico nominato dal giudice. Mentre la Polizia Scientifica, dopo le indagini di laboratorio, aveva affermato con certezza la presenza di tracce ematiche, riconducibili a Meredith Kercher, sulla lama del coltello (Rep. 36), nonché il rinvenimento di tracce di DNA appartenente a Raffaele Sollecito sul gancetto del reggiseno della vittima (rep. 165b), i periti *super partes* hanno ritenuto¹⁸ l'inattendibilità degli accertamenti tecnici eseguiti, evidenziando, tra i vari motivi, l'impossibilità di escludere «

¹⁶ [Corte d'assise di Perugia, 4 marzo 2010 \(ud. 4-5 dicembre 2009\), Knox e altro.](#)

¹⁷ Cfr. Corte d'assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011 (ud. 3 ottobre 2011), Knox e altro, p. 66.

¹⁸ Cfr. *Idem.*, p. 70 e ss.

che i risultati ottenuti possano derivare da fenomeni di contaminazione ambientale e/o di contaminazione verificatasi in una qualunque fase della refertazione e/o manipolazione di detto reperto»¹⁹.

I difensori degli imputati avevano sostenuto l'impossibilità di fondare una decisione di colpevolezza per la presenza dei profili genetici dei loro assistiti sui reperti *de quibus*, stante l'assenza delle dovute cautele nel procedimento di refertazione ed analisi, che avrebbero potuto generare un fenomeno di contaminazione.

Sul punto però il pubblico ministero, supportato dal prof. Giuseppe Novelli, il consulente tecnico nominato proprio dal pm, aveva sostenuto che la difesa non potesse limitarsi a ritenere che il risultato conseguito derivasse da contaminazione, ma che avesse l'**onere** di provarne l'origine. Dinanzi a simile argomentazione, però, il giudice d'Appello di Perugia ha smentito seccamente.

Si legge a pagina 83 della motivazione della sentenza che: «Tale argomentazione non può, però, essere condivisa in quanto finisce con il trattare sul piano giuridico la eventualità di una contaminazione come una eccezione di natura civilistica.

Non si può, cioè, affermare: io ho provato che il profilo genetico è il tuo; ora tu prova che il DNA non è stato rilasciato sul reperto per contatto diretto ma per contaminazione. No, non si può fare.

Nell'ambito del processo - com'è noto- incombe sul P.M., che sostiene l'accusa in giudizio (la terminologia è utilizzata dall'art. 125 delle norme di attuazione del codice di procedura penale), quello di provare la sussistenza di tutti gli elementi sulla quale essa si basa e dunque, allorché uno degli elementi è integrato da un elemento scientifico, che rappresenta il risultato di un procedimento di analisi, l'onere è anche quello di provare che il risultato è stato ottenuto mediante un procedimento che garantisca la genuinità del reperto dal momento della refertazione a quello dell'analisi.

Soprattutto per quanto riguarda la individuazione del profilo genetico in un reperto è importante che tutto il procedimento si svolga nella piena osservanza delle regole dettate dalla Comunità Scientifica, che non sono certo regole giuridiche (non si tratta di una legge dello Stato, come ha osservato la dott. Stefanoni), ma che rappresentano una garanzia di affidabilità del risultato; e poiché tra queste regole

¹⁹ Cfr. *Idem.*, p. 72-73

rientrano anche quelle cautele necessarie ad evitare possibili contaminazioni, si comprende che anche il rispetto delle stesse non può essere presunto ma deve essere provato da chi su quel risultato basa la propria accusa.

Cosicché, una volta che non vi è prova del rispetto di tali cautele, quelle che garantiscono che il risultato non è frutto di contaminazioni, non è affatto necessario provare anche la origine specifica della contaminazione (n. b.: *neretto degli estensori*).

Ne deriva che, ai nostri fini, il risultato ottenuto dalla Polizia Scientifica non può essere ritenuto attendibile, per essere il prodotto di un procedimento che non ha seguito gli accorgimenti indicati dalla Comunità Scientifica Internazionale, o, comunque, vede notevolmente affievolirsi la sua attendibilità, tanto da rendere necessario trovare riscontri in altri elementi estranei al procedimento scientifico.»²⁰

E' a nostro avviso questo il passaggio chiave della sentenza d'appello che ha condotto all'assoluzione dei due imputati. E costituisce dimostrazione, da parte di un giudice di merito, di quanto detto nelle pagine precedenti: nel processo penale l'onere di provare la sussistenza di tutti gli elementi su cui si fonda l'accusa spetta al pubblico ministero, che pertanto non può riversare sull'imputato alcun tipo di onere probatorio.

E noi aggiungiamo: ad imporlo sono l'art. 27 cpv. Cost. e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

5) La condanna dell'imputato a condizione che si sia superato "ogni ragionevole dubbio" in favore della sua innocenza

Il principio di presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino a che non giunga pronuncia definitiva di condanna ha una duplice valenza²¹: da un lato si pone come

²⁰ Cfr. *Idem*, pp. 83-84.

²¹ La dottrina ha pacificamente accolto la duplice natura che tale presunzione può avere: per tutti si veda G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, p. 474, e P. P. PAULESU, voce *Presunzione*, *cit.*, p. 674.

“regola di trattamento”, che vieta, come si è provato ad illustrare nel par. 2, di trattare l’indagato o l’imputato alla stregua di un condannato sino a che la colpevolezza non sia stata accertata con sentenza definitiva; d’altro lato si presenta come “regola di giudizio”, attribuendo all’accusa l’onere di provare la colpevolezza dell’imputato e comunque imponendo una decisione assolutoria in caso di dubbio sulla colpevolezza²² (anche su quest’aspetto ci si è già soffermati nel par. 2).

E’ convinzione diffusa, sia in dottrina che in giurisprudenza, che nel processo civile e nel processo penale vigano due diverse regole di giudizio. Mentre nel processo civile, ove il valore in gioco ha per lo più natura patrimoniale, vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, nel processo penale, ove il valore in gioco è la libertà personale degli imputati, vige la regola più rigorosa della prova “oltre il ragionevole dubbio”²³.

A lungo la disposizione dell’art. 27, comma 2, Cost., ha rappresentato l’unico riferimento normativo sulla condotta che l’organo giudicante era tenuto ad osservare: la condanna poteva pronunciarsi soltanto quando le prove a carico erano tali da consentire di superare la presunzione di innocenza dell’imputato, cosicché anche in presenza di prove a carico ma non del tutto sufficienti o contraddittorie, la pronuncia doveva essere di assoluzione. In questo modo si interpretava l’art. 27 cpv. Cost. coerentemente con lo spirito democratico dell’ordinamento, attribuendogli efficacia diretta, soprattutto se il legislatore ordinario non avesse dettato una disciplina.

²² Pur se risalente nel tempo è sempre valido l’insegnamento di A. STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, in *Commento al codice di procedura penale* (a cura di Mortara e altri), vol. III, Utet, Torino, 1915, p. 192, secondo il quale “la coscienza comune ha suggerito il criterio di giustizia che nel dubbio non si condanni; ciò equivale a presumere l’innocenza”.

²³ Cfr. Corte di assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011 (ud. 3 ottobre 2011), Knox e altro, pp. 140-141.

Prima del termine della XIV Legislatura, il Parlamento ha introdotto una rilevante novità nel testo dell'art. 533 c.p.p.: l'art. 5 della l. n. 46 del 20 febbraio 2006 ha infatti riformulato l'art. 533, comma 1, c.p.p., inserendovi la locuzione "al di là di ogni ragionevole dubbio". A seguito della novella legislativa l'art. 533 statuisce, nel suo primo comma, che "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza."

La modifica dell'art. 533 c.p.p. ha svelato, da un lato, la volontà legislativa di fornire una maggior tutela al soggetto inquisito dall'Autorità giudiziaria, incrementando le garanzie poste in suo favore; dall'altro, ha attuato, in una fonte normativa primaria, un principio sino a quel momento scolpito "solo" a livello costituzionale, obbligando il giudice, che ai sensi dell'art. 101 Cost. è sottoposto soltanto alla legge, ad applicarlo pedissequamente in ogni singolo caso concreto portato alla sua conoscenza.

La Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul novellato art. 533 del Codice con la sentenza Cass., Sez. I, n. 17921 del 03/03/2010 Ud. (dep. 11/05/2010) Rv. 247449, nella cui motivazione si legge : "*La regola di giudizio compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio", impone di pronunciare condanna a condizione che il dato probatorio acquisito lasci 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 benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana*".

E prima di tale decisione, sempre la Suprema Corte aveva affermato, nella sentenza Cass. Sez. IV, n. 48320 del 12/11/2009 Ud. (dep. 17/12/2009) Rv. 245879 che: "*...la regola dell'oltre il ragionevole dubbio ha messo definitivamente in crisi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di più ipotesi ricostruttive del fatto, era consentito al giudice di merito di adottarne una che conduceva alla condanna*

sol perché la riteneva più probabile rispetto alle altre. Ciò non sarà più consentito perché, per pervenire alla condanna, il giudice non solo deve ritenere non probabile l'eventuale diversa ricostruzione del fatto che conduce all'assoluzione dell'imputato ma deve altresì ritenere che il dubbio su questa ipotesi alternativa non sia ragionevole (deve cioè trattarsi di ipotesi non plausibile o comunque priva di qualsiasi conferma)."

Il giudice d'appello di Perugia, per rinforzare la propria scelta assolutoria verso gli imputati Knox e Sollecito, richiama i passi delle due sentenze della Cassazione²⁴ appena citate e sottolinea come l'inserimento del principio della «condanna oltre ogni ragionevole dubbio» nell'impianto codicistico non costituisca, come invece argomentava il pubblico ministero, «soltanto una affermazione di principio pleonastica, con la quale il legislatore avrebbe semplicemente recepito concetti già elaborati dalla giurisprudenza senza richiedere, dunque, per pervenire ad una pronuncia di condanna, un quid pluris rispetto alla normativa precedente.»²⁵ Non accetta, il giudice, l'argomentazione fatta dal pm, secondo cui la modifica dell'art. 533 c.p.p. «sia stata un'operazione - per così dire- di «mera chirurgia estetica»»²⁶.

La Corte di assise di appello di Perugia, ha affermato, in conclusione, che: «La condizione richiesta da tale norma per pervenire ad una pronuncia di condanna non consente, dunque, di formulare una convinzione in termini di probabilità: per emettere una pronuncia di condanna non è cioè sufficiente che la probabilità della ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle della ipotesi difensiva, neanche quando siano notevolmente più numerose, ma è necessario che ogni spiegazione diversa dalla ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ra-

²⁴ Corte di assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011 (ud. 3 ottobre 2011), Knox e altro, p. 140.

²⁵ *Ivi*, pp. 138-139.

²⁶ *Ivi*, p. 139.

*gionevolezza, niente affatto plausibile. In ogni altro caso si impone l'assoluzione dell'imputato.*²⁷

6) La prova mediatica del DNA nel processo penale.

a) Profilo storico

C'è almeno un elemento in comune tra il delitto di via Poma a Roma (7 agosto 1990) e il delitto di Avetrana (26 agosto 2010). O tra il delitto di Cogne, in Val d'Aosta (30 gennaio 2002) e quello di Garlasco, in provincia di Pavia (13 agosto 2007) o di Perugia (2 novembre 2007).

Tutti hanno sollecitato l'esaltazione dei media. In tutti i casi la curiosità mediatica è stata alimentata dal mito della "certezza della prova", attingibile attraverso un test oggettivo ed inoppugnabile per individuare il colpevole: il TEST DEL DNA.

Il ricorso alla biologia molecolare non è certo relativa a questi soli casi e alla sola Italia. Ma è ormai una pratica quotidiana in tutto il mondo.

Il primo istituto di polizia scientifica risale al 1909 anno in cui Rodolphe Archibald Reiss lo fondò a Losanna, in Svizzera.

Ma la scienza accademica, con il suo repertorio di tecnologie avanzate, ha iniziato ad assumere il ruolo di protagonista assoluta nei tribunali soprattutto dopo che Kary Mullis, nel 1983, ha messo a punto la *PCR* (Polymerase Chain Reaction) che consente di amplificare anche piccole quantità di DNA e dunque, di studiare anche vaghe tracce di materiale genetico. Anche quelle presenti sulla scena di un delitto.

Più di recente anche le neuroscienze hanno fatto il loro ingresso nella dimensione propria del diritto, grazie alle nuove tecnologie non invasive di analisi del cervello, come la *FMRI* (Functional Magnetic Resonance Imaging), che consente di "vedere" le parti dell'encefalo che si attivano quando una persona compie un'azione.

Quella della scienza accademica (soprattutto la biologia molecolare e ora, le neuroscienze) sempre più protagonista in tribunale e quindi nelle aule di giustizia nonché nei dipartimenti di polizia è una storia per molti versi trionfale.

Infatti si deve a Sir Alec Jeffreys, genetista inglese, che scoprì una tecnica la quale oggi è su tutte le pagine dei giornali, oltre che del cinema e della

²⁷ *Ibidem.*

televisione : “*l'impronta digitale genetica*”. La sua invenzione è stata lanciata alle 9:05 di lunedì 10 settembre 1984 in un laboratorio di Leicester e gli è valso in seguito il prestigioso titolo di baronetto.

Ma in che consiste e funziona davvero?

Se si pensa che l'uomo condivide il più del 98% del suo dna con quello di uno scimpanzé sembra difficile che analizzandolo si possano scoprire molte differenze; se poi invece si confrontano i dna di due esseri umani allora la somiglianza sale al 99%.

La scoperta è subito diventata parte delle scienze forensi, quelle che sulla base di prove raccolte nei luoghi di delitti, tentano di risalire in modo certo ad un colpevole.

Il primo quesito da ciò è quale sia il rapporto tra scienza e diritto.

I giuristi per poter prendere una decisione, hanno bisogno della certezza assoluta, mentre per lo scienziato una cosa è certa finché non nasce una tecnologia o si fa una scoperta nuova che la può confutare.

Meno di un anno dopo la geniale scoperta dell'impronta digitale arriva la pubblicazione sulla prestigiosa rivista *Nature* e la conseguente accettazione da parte della comunità scientifica. L'articolo capita tra le mani di un avvocato inglese che contatta Jeffreys per usare la tecnica in tribunale per la prima volta. Si trattava del caso di un ragazzo del Ghana, che si pensava clandestino mentre la madre affermava essere suo figlio. Primo successo e grande esposizione mediatica su *The Guardian*, che dichiara come il test genetico abbia risolto una disputa sull'immigrazione.

Dall'altra parte dell'oceano nel 1984 Kirk Bloodsworth viene incarcerato per stupro e omicidio di minore: si dichiara innocente ma nulla può provarlo, tranne questa nuova tecnica. Verrà liberato grazie alla prova del dna dopo oltre 9 anni passati ingiustamente in carcere.

Nelle cronache italiane la prova del DNA è sempre più presente: si pensi che il boss della mafia, Bernardo Provenzano è stato catturato nel 2006 proprio grazie a un'analisi del suo dna proveniente da un vetrino che conteneva una sua biopsia conservato in un ospedale francese dove si era fatto operare sotto falsa identità.

Si pensi ancora a come questa tecnica abbia permesso di riconoscere le vittime delle Torri Gemelle e di altre tragedie come lo tsunami delle Filippine o stragi aeree.

b) Prassi e giurisprudenza.

Con riferimento alla questione dell'ammissibilità, nel processo penale, di misure, come l'esame del DNA, idonee ad incidere sulla libertà personale dell'imputato o di terzi, la Corte Costituzionale, con sentenza n.238 del 9 luglio 1996 aveva avuto modo di dichiarare l'illegittimità dell'art.224c.p.p. nella parte in cui, senza una previa specificazione per legge dei casi e dei modi, consentiva, per l'appunto, l'esame del DNA.

Il legislatore ordinario è intervenuto nel 2009 introducendo nel codice di procedura l'art.224-bis che stabilisce i casi e i modi per disporre l'esame del DNA o altri accertamenti medici idonei ad incidere sulla libertà personale dell'imputato o di terzi.

In effetti deve:

- 1) trattarsi di delitto non colposo con pena prevista dell'ergastolo o, nel massimo, della reclusione superiore a 3 anni.
- 2) Deve sussistere il consenso della persona sottoposta ad esame.
- 3) In difetto di consenso può disporsi l'esecuzione coattiva solo se l'esame del DNA risulti assolutamente indispensabile
- 4) Deve utilizzarsi la tecnica meno invasiva.

È fatto divieto di disporre esami che mettono in pericolo la vita, l'integrità fisica e la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità.

L'ordinanza che dispone e fissa il giorno dell'esame deve essere notificata almeno 3 giorni prima alla persona che vi si sottopone, all'imputato e al suo difensore nonché alla persona offesa.

L'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato.

ART.224 BIS: PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE PER LE PERIZIE CHE RICHIEDONO IL COMPIMENTO DI ATTI IDONEI AD INCIDERE SULLA LIBERTA' PERSONALE.

1) Quando si procede per delitto non colposo, 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, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere 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, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata

l'esecuzione coattiva, se risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.

2) Oltre a quanto disposto dall'art.224 c.p.p., l'ordinanza di cui al primo comma contiene, a pena di nullità:

a) le generalità della persona da sottoporre all'esame e quanto altro valga ad identificarla.

b) l'indicazione del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto.

c) l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.

d) l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia.

e) l'avviso che, in caso di mancata comparazione non dovuta a legittimo impedimento, potrà essere ordinato l'accompagnamento coattivo ai sensi del sesto comma.

f) l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora stabiliti per il compimento dell'atto e delle modalità di compimento.

3) L'ordinanza (primo comma) è notificata all'interessato, all'imputato e al suo difensore nonché alla persona offesa almeno 3 giorni prima di quello stabilito per le operazioni peritali.

4) Non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica e la salute della persona o del nascituro, ovvero che secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità.

5) Le operazioni peritali sono comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi è sottoposto. In ogni caso, a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive.

6) Qualora la persona invitata a presentarsi per fini, di cui al primo comma, non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice può disporre che sia accompagnata, anche coattivamente, nel luogo, nel giorno e nell'ora stabiliti. Se, pur comparando, rifiuta di prestare il proprio consenso agli accertamenti, il giudice dispone che siano eseguiti coattivamente. L'uso di mezzi di coercizione fisica è consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento. Si applicano le disposizioni dell'art.132 secondo comma.

7) L'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato.

(ARTICOLO INSERITO DALL' ART. 24 DELLA LEGGE 30 GIUGNO 2009 N.85)

Tuttavia la legge 30 giugno 2009 n. 85 istituisce la banca dati del DNA ad uso forense.

La legge è stata resa necessaria per un adeguamento alle indicazioni provenienti dalle Istituzioni europee e in virtù di Accordi internazionali che esigono da un lato, una collaborazione internazionale tra le forze di polizia, con possibilità di scambio diretto di informazioni, dall'altro la istituzione della banca dati del DNA ad uso forense, vale a dire la possibilità di disporre di un "database" che possa essere messo in comune con tutti gli operatori degli Stati membri.

La cooperazione ed in particolare lo scambio di dati tra le diverse autorità dei vari Stati membri è fondamentale nella lotta contro le forme di criminalità organizzata soprattutto a carattere transnazionale, questo non può che avvenire all' interno di un sistema di garanzie per la protezione dei dati trattati.

Una considerazione a sé stante riguarda l' impossibilità per la difesa di accedere alla "banca dati nazionale del DNA" che è istituita presso il Ministero dell' Interno, con il compito di raccogliere i profili del DNA dei soggetti detenuti, quelli relativi a reperti biologici acquisiti nel corso dei procedimenti penali, quelli di persone scomparse et similia (**art.7 della legge n.85 del 2009**).

Il riconoscimento legislativo della prova scientifica del Dna, alla quale non è attribuito il valore di prova legale non significa però che questa tecnica d' indagine fondata sulla ricerca della compatibilità genetica, si possa rinunciare alle cautele richieste per le varie tecniche di natura scientifica utilizzate nel processo.

Ogni scienza ha un tasso di errore che deve essere ricercato, perché la scienza può essere limitata, incompleta, nel senso che non sempre è in grado di spiegare tutti gli aspetti di ogni fenomeno.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova che connota il nostro processo rende possibile un sempre più adeguato controllo critico dei risultati della prova.

c) Analisi del DNA nel caso Meredith.

La sentenza di assoluzione di Amanda Knox e Raffaele Sollecito per l'omicidio di Meredith Kercher si è giocata soprattutto sulle prove scientifiche. Quelle che per i pm erano evidenze schiaccianti di colpevolezza, tanto da far valere la condanna in primo grado nel 2009 per entrambi gli imputati, 26 anni a lei, 25 a lui, sono state giudicate prove inattendibili per la Corte di assise d'appello.

Il verdetto è stato completamente ribaltato per una diversa e opposta valutazione dei test del DNA. Cosicché la "prova delle prove" anziché rappresentare un inconfutabile elemento del dibattimento giudiziario, diventa oggetto di asprissime battaglie sia legali quanto mediatiche.

Tuttavia in molti casi, l'esame, se non supportato da un quadro probatorio, aggiunge alle indagini più dubbi che verità. E nel diritto penale si è innocenti finché non si dimostri la colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio".

Nel processo di Perugia, le controversie si sono coagulate intorno a 2 prove: il DNA della Knox sul coltello ritenuto l'arma del delitto, il DNA di Sollecito sul gancetto del reggiseno indossato da Meredith quando venne uccisa nel suo appartamento nel 2007.

Sono state queste prove ad inchiodare i due ragazzi. E queste stesse a scagionarli, dopo quasi 4 anni trascorsi in carcere. A determinare la svolta nella sentenza d'appello è stata la perizia firmata da Stefano Conti e Carla Vecchiotti dell'istituto di medicina legale dell'università La Sapienza di Roma, che scredita il lavoro svolto dalla polizia scientifica.

Non c'è stato un nuovo accertamento genetico. A convincere i giudici a ribaltare la sentenza è bastata l'obiezione che in via della Pergola, secondo quanto riferito dai periti "non sono state eseguite le procedure internazionali di sopralluogo e i protocolli di raccolta e campionamento" e "non si può escludere" che i risultati delle analisi possono derivare da contaminazione.

TEST DEL DNA SUL COLTELLO

Per quanto riguarda il coltello, che venne sequestrato in casa di Sollecito, la scientifica trovò il DNA di Amanda e quello di Meredith sulla lama. Per la perizia, la quantità di DNA attribuito alla vittima è troppo bassa per fornire un dato certo e per di più non sono state seguite le raccomandazioni della Comunità scientifica internazionale sul trattamento dei campioni con un "un basso numero di copie".

TEST DEL DNA SUL GANCETTO DEL REGGISENO

Sul gancio del reggiseno, la prova regina contro Sollecito, la Scientifica aveva isolato una traccia della vittima e di Raffaele. Anche questa prova è stata smontata, non solo per varie negligenze delle indagini (il gancetto fu recuperato nella stanza del delitto 46 giorni dopo il primo rinvenimento). I periti hanno parlato di una non corretta interpretazione degli elettroferogrammi. Le sequenze del DNA indicano tracce, oltre che di Sollecito di altri individui di sesso maschile, ciò rende una prova dubbiosa anche il fatto che il gancetto è stato a contatto con polvere ambientale composta in larga misura da cellule, peli, capelli di origine umana. Siccome non viviamo in un ambiente sterile è facile trovare più profili mischiati sullo stesso reperto complicando la faccenda.

Le prove genetiche hanno avuto il merito di contribuire ad incastrare molti colpevoli e a scagionare altrettanti innocenti ingiustamente incriminati.

Il 3 ottobre 2011 è stato dato il verdetto: Knox e Sollecito sono innocenti dei reati e liberi. L'omicidio sembra sia stato commesso da più di una persona, ma fino ad ora solo una persona è stata trovata colpevole ed imprigionata a 16 anni di carcere: Rudy Guede.

7) La prova del DNA. “Deformazione” mediatica e soluzioni normative.

Partiamo dall'analisi di quello che si potrebbe definire come una sorta di “bipolarismo” processuale. Esistono due tipi ben distinti di processo: il **PROCESSO GIURISDIZIONALE**, tipicamente inteso, ed il c.d. **PROCESSO MEDIATICO**. Il processo giurisdizionale (nel nostro caso il processo penale) presuppone una serie di fasi, un iter che porta all'emanazione di una sentenza, frutto di una logica sequenza tale da escludere l'esistenza del c.d. **RAGIONEVOLE DUBBIO** (art. 533 c.p.p) ed in linea con il dettato dell'art. 111 Cost. (**GIUSTO PROCESSO**). Oltre che sulle caratteristiche spazio-temporali che ne identificano la forma, è bene soffermarsi, al fine di un utile

confronto con il processo mediatico, anche su alcuni elementi chiave dell'essenza processuale: 1. La decisione si fonda sulla selezione dei dati; 2. Esistono criteri di valutazione supportati da perizia; 3. La conoscenza è funzionale all'esercizio del potere punitivo; 4. Si basa su una logica di tipo ACCUSATORIO, nella quale il giudice ha un ruolo neutrale e l'onere della prova grava sull'accusatore.

Il PROCESSO MEDIATICO si pone agli antipodi e in assoluto contrasto con il garantismo giurisdizionale appena esaminato: 1. La "decisione" non si fonda su alcun tipo di selezione dei dati; 2. Gli unici "criteri" di valutazione sono l'intuizione e l'emotività che non sono supportati da alcuna perizia tecnico scientifica; 3. La conoscenza serve a indurre un convincimento collettivo sulle responsabilità; 4. Si basa su una logica di tipo INQUISITORIO, nella quale la figura dell'accusatore e quella di giudice si fondono in un unico soggetto (inquisitore). Tale impostazione del processo mediatico lascia trasparire la sua essenza tutt'altro che garantista.

Le significative differenze tra i due sistemi rimangono inalterate e costanti all'interno di un usuale contesto di esaltazione mediatica, ma cosa accade se l'elemento su cui fondare il proprio giudizio diviene una controversia scientifica la cui complessità porta alla destabilizzazione dell'organo giudicante?

All'interno della sentenza vi è un chiaro riferimento alla "controversia scientifica particolarmente complessa" (pag. 68):

"La corte d'Assise di secondo grado non ha ritenuto che le conoscenze personali dei giudici, togati e popolari, fossero tali da consentire di risolvere le controversie in base a criteri scientifici, senza l'ausilio di periti di propria fiducia, da essi nominati e che potessero svolgere l'incarico affidato nel pieno contraddittorio delle parti"

E' chiaro dunque che la Corte, con tale motivazione, prende consapevolezza dei propri limiti e del fatto che, nel rispetto dei criteri del giusto processo, sia necessaria un'ulteriore perizia volta a fare luce sull'effettiva attendibilità dei risultati dei test genetici effettuati nel primo grado di giudizio. Al contrario, nel processo mediatico, il pubblico non riceve nessun tipo di supporto peritale da parte dei media che, nell'esercizio delle loro funzioni, tendono a focalizzare l'attenzione maggiormente sul pettegolezzo piuttosto che sul ruolo informativo e chiarificatore che sono chiamati a svolgere.

Ci troviamo di fronte a quella che potremmo definire come “deformazione” mediatica del processo penale. Una forma particolare di esaltazione mediatica che trova la sua ragion d’essere nell’esigenza non soddisfatta di chiarire disquisizioni altamente tecniche come quella della prova del DNA all’interno del processo penale.

Ciò determina la ricerca di una soluzione normativa nell’ambito della PUBBLICITA’ DEL PROCESSO PENALE. Si tratta di capire se e come, l’eventuale svolgimento del processo, o parte di questo, a porte chiuse ex. art. 472 c.p.p possa contribuire a riequilibrare il rapporto tra il diritto di cronaca e gli altri diritti fondamentali intaccati dal possibile abuso del primo (tutela della vittima, giusto processo, diritto alla riservatezza).

Innanzitutto bisogna tener presente il contenuto dell’art. 6 C.e.d.u. nella parte in cui recita:

*“La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo **nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa e, nella misura giudicata strettamente necessaria dal Tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia...**”*

Le tutele cui la norma fa riferimento vanno a controbilanciare l’altrettanto garantita necessità di pubblicità del processo. Si tratta in tal senso di capire se, dato il tecnicismo della materia, l’esame del DNA in ambito processuale possa in qualche modo determinare l’emergere di interessi tutelati dalla norma. In tal caso l’erronea o “deformata” trattazione da parte dei media porterebbe ad una violazione degli stessi. Ad esempio dall’erronea valutazione sull’attendibilità di un determinato esame del DNA possono emergere, se pur in maniera indiretta, dei particolari sulle abitudini circa la vita privata della vittima, tali da infangare la memoria della stessa. Caso questo che può essere fatto rientrare nella eccezione ex. art 6 Cedu circa la protezione degli interessi delle parti in causa.

Nel nostro ordinamento la pubblicità del processo penale è disciplinata dagli artt. 471 c.p.p, 147 disp. att e 472 c.p.p.

L'art. 471 c.p.p disciplina la c.d. ESTERNA IMMEDIATA, ossia la necessità di svolgere pubblicamente l'udienza. L'art. 147 disp. att., invece, si occupa della c.d. ESTERNA MEDIATA (riprese audiovisive dei dibattimenti) ed è proprio quello che funge da metro di giudizio circa la rilevanza sociale di un determinato processo. Il secondo comma dello stesso articolo recita infatti:

*“L'autorizzazione può essere data anche senza il consenso delle parti quando sussiste un **interesse sociale particolarmente rilevante** alla conoscenza del dibattimento”*

Nell'articolo vi è un chiaro riferimento all'interesse sociale particolarmente rilevante. Garuti (AA.VV. - *Procedura penale* - Giappichelli, 2010) evidenzia la mancanza della definizione di interesse sociale e la conseguente prevalenza (voluta?) del diritto di cronaca sul diritto alla riservatezza causata proprio da tale lacuna. In tal modo può essere fatto rientrare all'interno dell'ampio concetto di interesse sociale un numero indefinito di circostanze. Inoltre si pone un problema di carattere temporale di notevole rilevanza: è necessario che *la condizione riconducibile all'interesse sociale preesista all'accesso dei mezzi audiovisivi e non rappresenti una conseguenza dovuta all'attenzione dei media sul processo.*

Dunque i diversi modi di interpretare la “falla” terminologica circa l'interesse socialmente rilevante possono portare ad altrettante conseguenze circa l'andamento del processo stesso.

L'equilibrio tra gli interessi in gioco potrebbe essere riportato sfruttando la “soluzione” normativa offerta dal già citato art.472 c.p.p..

(CASI IN CUI SI PROCEDE A PORTE CHIUSE). Nonostante il supporto offerto da tale norma, però, il costume di enfatizzare la eco del processo penale risulta preponderante. Quali possono essere i motivi che portano (anche quando sussistano i presupposti per evitarlo) ad optare per la pubblicità?

1. Il primo potrebbe essere il rischio di fuga di notizie distorte, ossia la necessità di evitare che la stampa riesca a racimolare informazioni filtrate in maniera indiretta e distorta da parte degli addetti ai lavori. In tal modo le notizie arriverebbero al pubblico già “masticate” da diverse bocche. I giornalisti sarebbero costretti ad attingere a fonti diverse dall'aula penale, con risultati poco attendibili e pregiudizievoli sia per l'accusato che per la vittima. Tale rischio è vero e deve essere evitato,

ma il fatto di procedere a porte aperte non appare affatto come soluzione, bensì come forma di “rassegnazione” del sistema giurisdizionale di fronte alla pressione mediatica, l’ammissione dell’esistenza di un potere incontrollato e incontrollabile che detta dall’esterno tempi e modi della giustizia.

2. Il secondo è rappresentato da quello che i giudici sovranazionali hanno definito come *“pericolo di una giustizia sottratta al controllo del pubblico”*. In tal senso sarebbe giusto allora evidenziare anche il danno provocato dal processo mediatico sottratto invece al controllo di organi preposti. Da imputato mi sentirei maggiormente protetto da un processo a porte chiuse sottratto al controllo (mediato) del pubblico che da una gogna pubblica sottratta ad ogni tipo di controllo e priva di garanzie. E’ bene però sottolineare che il danno maggiore deriverebbe proprio dalla scelta totalitaria volta ad un’unica tutela. Il fine dovrebbe essere rappresentato dall’equilibrio degli interessi costituzionali, pariteticamente degni della stessa tutela.

A mio avviso l’intenzione di limitare la portata mediatica del processo penale non rappresenta affatto l’assunzione di una posizione negazionista rispetto alla funzione di controllo della pubblicità. Piuttosto si vuole sottolineare come, con l’aumento delle cautele necessarie, si avrebbe un rafforzamento delle garanzie processuali. Tali cautele potrebbero risiedere nella possibilità di svolgere il processo, o parte di questo, a porte chiuse anche quando *la complessità tecnico scientifica della materia possa condurre ad errori di valutazione e di analisi da parte dell’opinione pubblica circa la colpevolezza degli imputati*.

Una “cautela” questa che permetterebbe di rafforzare simultaneamente almeno tre tipi di garanzie: 1. Rafforzamento dell’invisibile “sfera protettiva” intorno all’imputato, nel rispetto dell’art. 27 Cost., comma II; 2. Abbassamento del rischio legato alla possibile influenza indiretta dell’opinione pubblica sui giudici, togati e popolari, di fronte alla “particolare complessità della controversia scientifica”; 3. Maggiore tutela della vittima.

In ogni caso le scelte e gli indirizzi del legislatore rappresenterebbero un’ulteriore rafforzamento dell’ossatura processuale, senza lasciare spazio a funamboliche interpretazioni circa la portata degli interessi sociali in gioco.

Bibliografia

- M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.pen.*, 1993, p. 2658 ss
- F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 141
- D. CURTOTTI NAPPI - L. SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato*, in www.archiviopenale.it, fasc. n. 3, settembre-dicembre 2011
- A. DE NICOLA, *La spettacolarizzazione del processo penale*, in [Http://WWW.ANGELODENICOLA.IT/ARTICOLI/ALTRI_ARTICOLI/2004_PROCE_SSO_E_STAMPA.HTM](http://www.angelodenicola.it/articoli/altri_articoli/2004_PROCE_SSO_E_STAMPA.HTM)
- G. FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, p. 186
- A. GAITO, *Onere della prova e processo penale*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 521
- A. GAITO, *L'adattamento delle fonti interne al diritto europeo*, in *Procedura penale*, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 37 e ss.
- V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1178
- G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in *Procedura penale*, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 537 e ss.
- A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 84.
- G. GUARNERI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1953, II, cc. 323 ss
- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Jovene, Napoli, 1961, p. 130
- L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, Firenze, 1899, p. 15

V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3025 ss.

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1942, p. 435.

M. MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 135

O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 94 e ss.

M. MONTAGNA, *La pubblicità dell'udienza quale diritto fondamentale dell'individuo nel procedimento di prevenzione tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=120:la-pubblicita-delludienza-quale-diritto-fondamentale-dellindividuo-nel-procedimento-di-prevenzione-tra-corte-europea-dei-diritti-delluomo-e-corte-costituzionale&catid=117:garanzie-dellimputato&Itemid=166

P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, Torino, 1995, pp. 677 e ss.

C. QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p.1269

C. RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 1174

P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, p. 264

D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 224

A. STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, in *Commento al codice di procedura penale* (a cura di Mortara e altri), vol. III, Utet, Torino, 1915, p. 192