

Bologna, 17 febbraio 2017

Le modifiche processuali della l. 41/2016

La l. 41 è intervenuta, con vario grado di profondità e rilevanza anche sulla materia processuale, secondo tre direttrici:

- la prima, relativa **alla limitazione della libertà personale**, effetto direttamente discendente dall'intervento normativo o indirettamente prodotto dall'incremento del trattamento sanzionatorio;
- la seconda, **relativa all'accertamento delle condizioni fisiopsichiche** di chi si è posto alla guida ed ha cagionato la morte di una o più persone con violazione delle norme di cui agli art. 186 cx. 2 lett. b) e c) 187 CdS;
- la terza, che riguarda **disposizioni meramente acceleratorie** della sequenza processuale o che incidono sulla **competenza**.

Arresto obbligatorio in flagranza

Il primo ordine di interventi di natura processuale non è affatto nuovo, ma si inserisce in una linea irresistibile di tendenza che muove dal fatto che istituto dell'arresto in flagranza esercita, specialmente di questi tempi una particolare *allure* per il legislatore che, dal quale viene utilizzato per chiare e contingenti ragioni di politica criminale volta al perseguimento di obiettivi di securizzazione della collettività.

Nell'ultimo decennio si è infatti assistito ad un forte incremento dei casi nei quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e anche in flagranza differita (l. 401-89), con buona pace delle ragioni di coerenza interna del sistema, in una duplice proiezione finalistica: **consentire la possibilità di un intervento cautelare immediato, in un contesto di garanzie più attenuate, sollecitare forme di esercizio dell'azione penale più semplificate (giudizio direttissimo, immediato cautelare).**

Sull'altro fronte, in ideale linea di controtendenza, l'intervento interpretativo delle Sezioni Unite ha ridisegnato, contenendoli, i limiti del concetto di quasi flagranza, come noto escludendo che sia integrato il presupposto materiale della misura

restrittiva laddove le ricerche, sia pure senza interruzione, siano state rese possibili dalla mediazione rappresentata dalla denuncia della persona offesa.

Nel caso di specie, la scelta di inserire alcune delle fattispecie nell'elenco dei reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza scaturisce dunque dalla percezione dell'allarme sociale che sono destinati a suscitare i casi di morte o lesioni sulla strada.

Sembrano così affrontarsi due direttrici di sviluppo non conciliabili o non del tutto conciliabili: da un lato, la dilatazione dei casi di arresto in flagranza, dall'altro il self-restraint esplicito, ed esplicito in ordine all'esegesi del **concetto di flagranza**.

Esplicito perché direttamente discendente dalla lettura che dell'articolo 382 ha fatto la suprema corte; implicito perché è direttamente correlato alla possibilità di accertamento più o meno immediato dei profili di colpa specifica che integrano il giudizio di rimproverabilità a titolo di colpa.

Dunque, l'art. 1 c. 5 della l. 41/2016 stabilisce che all'articolo 380, comma 2, dopo la lettera m-ter) e' aggiunta la seguente: «m-quater) delitto di omicidio colposo stradale previsto dall'articolo 589-bis, secondo e terzo comma, del codice penale».

Come si diceva, la scelta è stata compiuta con buona pace della coerenza di sistema, dal momento che proprio l'art. 380 c. 2 individua ipotesi di arresto in **flagranza per delitti non colposi** .

Dunque, l'arresto sarà obbligatorio in flagranza nei casi di

- a) omicidio colposo da parte di conducente in stato di ebrezza alcolica di cui all'art. 186 c.2 lett c) C.D.S (oltre 1,5 gr/1) o sotto l'effetto di stupefacenti (art. 187 C.D.S.) (art. 589 bis c.2 c.p)
- b) omicidio colposo da parte di conducente di cui all'art 186 bis. c.1, lett b) c) d) (ossia, conducenti che esercitano professionalmente attività di trasporto di persone, i conducenti che esercitano professionalmente attività di trasporto di cose, i conducenti di autoveicoli, anche con rimorchio, di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5 t, i conducenti di autobus e di altri autoveicoli destinati al trasporto di persone, il cui numero di posti a sedere, escluso quello del conducente, è superiore a otto, i conducenti di autoarticolati e di autosnodati), in stato di ebrezza alcolica oltre 0,8 (art. 589 bis c. 3 c.p.).

Arresto facoltativo

Analogamente è stata introdotta la possibilità di disporre l'arresto facoltativo in flagranza per i delitti di lesioni colpose.

all'articolo 381, comma 2, dopo la lettera m-quater) e' aggiunta la seguente: «m-quinquies) delitto di lesioni colpose stradali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, secondo, terzo, quarto e quinto comma, del codice penale».

In realtà, questa disposizione ha una **limitata portata innovativa** dal momento che, anche in sua assenza, sarebbe stato sempre possibile l'arresto facoltativo in flagranza per l'ipotesi di lesioni previste dall'art. 590-bis c. 2 e 3 che sono sanzionate con la reclusione fino **a sette anni**, dal momento che l'art. 381 c. 1 consente tale misura per ogni delitto colposo per il quale sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

La novità consiste semmai nel fatto che la norma consente il ricorso alla misura cautelare anche per le ipotesi previste dal 4 e 5 comma (si tratta di ipotesi di lesioni gravi e gravissime punite con la pena fino a tre e quattro anni) e , inoltre, in virtù del combinato disposto degli artt. 391 c. 5 e 280 c. 2 , per tali reati sarà possibile il ricorso alla misura cautelare della custodia cautelare in carcere.

Allo stesso modo, l'ipotesi dell'art. 589 -bis c. 1, rientrerà tra quelle per le quali è consentito l'arresto facoltativo, essendo sanzionata con una pena massima edittale di sette anni, superiore al massimo di cinque anni.

Analoghe considerazioni per le ipotesi previste dagli art. 589-bis c. 4 e 5 c.p.

Arresto fuori flagranza (in caso di fuga)

Singolarmente, il legislatore tace sull'ipotesi prevista dall'art. 589-ter, ossia nel caso di fuga.

Tale disposizione non figura tra quelle per le quali è previsto l'arresto obbligatorio, né , d'altra parte, tale misura obbligatoria potrebbe ritenersi applicabile in via generale secondo quanto previsto dall'art. 380 c. 1 c.p.p., dal momento che non si tratta di delitto doloso.

L'aggravante della fuga, in astratto sovrapponibile alle condotte previste dall'art. 189 c. 6 e 7 Cds, impone una riflessione sulla sopravvivenza sia delle ipotesi contravvenzionali dolose rispetto al reato di cui all'art. 589-ter c.p., sia della particolare forma di arresto differito prevista dall'art. 189 c. 6 cds..

E' noto che gli artt. 189 c. 6 e 7 cds vengono interpretati come disposizioni poste a tutela di interessi differenziati: il c. 6 è finalizzato a garantire l'identificazione dei

soggetti coinvolti nell'investimento e la ricostruzione delle modalità del sinistro, mentre il c. 7 è finalizzato a garantire che le persone ferite non rimangano prive della necessaria assistenza, sicché le due ipotesi criminose possono materialmente concorrere (Cass. Sez. II 6.2.2015, Franceschi).

Nel quadro normativo previgente, l'art. 189 c. 8-bis (peraltro non toccato dalla riforma) prevedeva una particolare ipotesi di arresto differito, dal momento che stabiliva che « *nei confronti del conducente che, entro le ventiquattro ore successive al fatto di cui al comma 6, si mette a disposizione degli organi di polizia giudiziaria, non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del comma 6*».

Tale disposizione è stata di recente interpretata nel senso di rendere evidente come il legislatore abbia previsto la possibilità di procedere da parte della p.g. all'arresto anche dopo un periodo considerevolmente lungo, così recependo un concetto di quasi flagranza temporalmente "dilatato" ed esteso" (Sez. IV 15.5.2015 Bellinati: la pronuncia è stata resa prima delle Sezioni Unite). Quindi non un arresto fuori dei casi di flagranza.

La domanda è: qual è il regime delle misure precautelari nell'ipotesi di cui all'articolo 589-ter?

La prima risposta il dato normativo suggerisce è che per questa fattispecie, del tutto singolarmente, sia consentito solo l'arresto facoltativo e non quello obbligatorio in flagranza; conclusione come detto imposta dal dato normativo, ma sicuramente incoerente rispetto al fatto che per le ipotesi meno gravi di cui all'articolo 589-bis cp è previsto l'arresto obbligatorio.

Volendo, si potrebbe tentare di riconoscere al legislatore di aver rinunciato a disciplinare una fattispecie per la quale difficilmente potrebbe pervenirsi all'arresto in flagranza, soprattutto alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite in tema di inseguimento mediato dall'informazione di terzi.

Sappiamo infatti che le sezioni unite, con la sentenza Ventrice (24.11.2015) hanno definitivamente preso posizione sulla non riconducibilità al concetto di quasi flagranza dell'inseguimento operato dalla polizia giudiziaria sulla base di informazioni provenienti da terzi.

Quindi, alla luce di tale principio, non sarebbe legittimo l'arresto del pirata della strada a seguito dell'informazione proveniente da un testimone oculare o anche da chi si trovava a bordo del veicolo coinvolto.

La terza ipotesi è quella dell'arresto differito e impone una riflessione sulla possibilità di ritenere tuttora operativo il disposto dell'articolo 189 c. 6 CdS.

Mi pare un'evenienza piuttosto remota, in ragione di un duplice concorrente ordine di fattori.

Il primo è che la linea di tendenza è di escludere il concorso formale tra il reato di omicidio stradale ex art. 589-ter cp e il reato di cui all'art. 189 c. 6 e 7 dovendosi riconoscere nella specie gli estremi del reato complesso ex art. 84 cpp, con la conseguenza che dovrà applicarsi solo l'ipotesi delittuosa, nella cui struttura è ricompresa anche la contravvenzione. Inoltre riesce difficile ipotizzare la riferibilità di dello stesso fatto - o di una componente dello stesso . la fuga - ora a titolo di colpa ora di dolo (posto che l'art. 189 CdS è punito a titolo di dolo generico) alla stessa persona. Non tutti sono della medesima idea, alcuni ritenendo che operi l'assorbimento nell'ipotesi dell'art. 189 c. 6 e non dell'art. 189 c. 7, che è ipotesi diversa (fermarsi e obbligo di prestare assistenza).

Il secondo fattore consiste nel fatto che, anche a voler ammettere che residuino spazi di autonomia applicativa dell'art. 189 c. 8-bis CdS, la previsione di un arresto a flagranza temporalmente dilatata - e non di arresto fuori flagranza - renderebbe l'ipotesi fuori sistema, almeno come interpretato dalle Sezioni unite, mancando in questo caso il pregnante collegamento tra il fatto e il suo autore richiesto dall'aggiornata nozione di quasi flagranza.

Se così è, sembrerebbe necessario concludere che nel caso di cui all'art. 589-ter dovrà trovare applicazione solo la disposizione del codice penale e , di conseguenza, sarà precluso l'arresto differito.

Fermo

Ecco, allora che il sensibile innalzamento delle pene edittali schiude una nuova via , quella del fermo misura destinata a trovare il terreno elettivo di applicazione in tutti i casi nei quali non sia possibile, per ragioni legate al contingente accertamento del fatto di reato, ma soprattutto del reato di cui all'art. 589-ter c.p.

A tale riguardo, peraltro, va osservato che non è sufficiente ad integrare il pericolo di fuga il semplice allontanamento da luogo del reato, (Sez. 2, **Sentenza** n. [48367](#) del 20/10/2011 Cc. (dep. 28/12/2011) Rv. 252048).

In questo caso si è in presenza di una ipotesi piuttosto singolare, dal momento che il reato si manifesta con un elemento, la fuga che viene a coincidere anche con uno degli elementi proprio dell'istituto processuale.

È vero che le due disposizioni non sembrano coincidenti, dal momento che mentre la disposizione sostanziale usa il tempo presente "si dà alla fuga", quella processuale richiede il fondato pericolo di fuga. La domanda da porsi è però se il pericolo di fuga sia integrato, per semplice automatismo dalla condotta costituente reato ovvero se sia richiesto un *quid pluris*.

Verrebbe da dire che, poiché l'art. 384 c.p.p. richiede che sussista il pericolo di fuga da parte di chi sia gravemente indiziato di un delitto, la fuga processuale debba costituire un elemento ulteriore estraneo alla fattispecie.

Si dovrebbe quindi ritenere che, se, se in base a circostanze univoche, emerga una volontà di sottrazione (es. allontanamento dalla dimora abituale, scomparsa dell'autoveicolo), resterà piuttosto difficile negare che il pericolo di fuga possa dirsi integrato.

Di fatto peraltro, essendo la pena massima edittale superiore nel massimo a sei anni e nel minimo a due, per tutti i reati introdotti **di omicidio stradale sarà consentito il fermo**, mentre per le lesioni colpose sarà consentito nei casi previsti dall'art. 590-bis c. 2 e 3 in caso di **lesioni gravissime, e nell'ipotesi di cui all'art. 590-ter fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 590-bis c. 1 c.p.** (con i due terzi si arriva a 5 anni).

Disposizioni acceleratorie e in materia di competenza

La l. 41 ha introdotto una serie di disposizioni dirette, almeno in teoria, ad accelerare i tempi della definizione del processo.

Si tratta di modifiche che, peraltro, si inseriscono nel solco di riforme già introdotte e che riguardano:

- il divieto di proroghe dei termini di indagine successive alla prima (art. 406 c. 2-bis);
- la previsione per cui la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero deve essere depositata entro trenta giorni dalla chiusura delle indagini preliminari (art. 416 c. 2 bis);
- la previsione per cui tra la data del decreto che dispone il giudizio e la data dell'udienza dibattimentale non deve decorrere un termine superiore a 60 giorni (art. 429 c. 3-bis c.p.p.);
- si noti che entrambe **le disposizioni richiamano l'art. 589-bis e l'art. 590-bis, non l'art. 589-ter**, il che porta a sospettare che il legislatore si sia dimenticato il coordinamento tra l'art. 589-ter e le altre disposizioni di carattere processuale

- prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni - **le lesioni stradali erano sempre procedibili a querela**- a prescindere dalla loro gravità- ed appartenevano tutte alla competenza **del Giudice di Pace** — salvo il caso delle lesioni colpose aggravate, commesse da soggetto in stato d'ebbrezza alcolica ex art. 186 c. 2. lett. c) CDS o da soggetto in stato di alterazione da stupefacenti, ambedue di competenza del giudice monocratico. Ora, invece, le lesioni, quando siano **gravi o gravissime**, sono sempre **procedibili d'ufficio** e la competenza è del Tribunale in composizione monocratica.

Restano di competenza del GDP solo le lesioni colpose lievi da circolazione stradale. Sul punto, varrà il principio secondo cui *«In applicazione del principio "tempus regit actum" che governa la successione nel tempo delle norme processuali, la competenza per materia in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza va determinata sulla base della normativa in vigore al momento in cui il P.M. esercita l'azione penale e la competenza così determinata rimane ferma in forza dell'ulteriore principio della "perpetuatio jurisdictionis", anche in caso di sopravvenuta modifica della normativa, a meno che la nuova legge non introduca una specifica disciplina transitoria. Resta peraltro salva l'applicazione da parte del giudice competente delle disposizioni sanzionatorie più favorevoli al reo»* (cfr ex multis Cass. Sez. I 2.3.2005, confl. com. in proc. Norcini). Quindi, se per un reato di lesioni gravi da circolazione stradale ex articolo 590 cpp commesso prima dell'entrata in vigore della legge 41 il pubblico ministero abbia già esercitato quella data azione penale davanti al giudice di pace il processo sarà correttamente caricato davanti a questi; se invece l'azione penale è esercitata dopo, il processo dovrà radicarsi davanti al Tribunale in composizione monocratica

- la scelta di affidare la cognizione di tali reati al Tribunale in composizione monocratica non appare priva di rilevanti effetti indiretti. In particolare, l'inserimento del **reato di lesioni personali aggravate anche ex art. 590-bis cp, nel novero dei reati a citazione diretta** [art. 550 c. 2 lett. e-bis]) potrebbe comportare la conseguenza che anche per i reati di lesioni gravissime ex art. 590-bis c. 3, puniti con la pena di anni 7 di reclusione, potrà - in forza della previsione generale di cui all'art. 168-bis c.p., **essere disposta la sospensione del processo con messa alla prova, laddove si ritenga che la disposizione ora richiamata opera un rinvio materiale all'elenco dell'art. 550 c. 2 c.p.p.**

- infine, l'aumento del trattamento sanzionatorio determina in alcuni casi l'attribuzione della competenza al Tribunale in composizione collegiale: ad esempio, sarà

competente **il collegio** a decidere sui reati di cui all'art. 589-bis c. 2 e 3 , sanzionati con la pena di 12 anni e in tutti i casi di omicidio aggravato dalla fuga.

La modifica sui prelievi coattivi

Le fattispecie di cui agli articoli 589 bis comma 2, 3 e 4, e lo stesso e' a dirsi per il reato di lesioni personali stradali previste dall'articolo 590 bis commi 2 e 3 e 4 risultano costruite come reati colposi nei quali è sanzionato un profilo di colpa specifica costituente dall'essersi posto alla guida di un veicolo a motore o in stato di ebbrezza alcolica determinata secondo i parametri previsti dall'articolo 186 comma 2 lett. b) e c), ovvero in stato di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze presenti.

Tale struttura reclama quindi la necessità di accertamenti tecnico scientifici che la prassi vigente come noto affida

- **all'esame dell'alcoltest ovvero dell'aria alveolare ispirata, o agli accertamenti ematologici già previsti dall'articolo 186 comma 5 in caso di sinistro stradale** *(la Corte di Cassazione ha avuto modo di enunciare ripetutamente che i risultati del prelievo ematico, effettuato durante il ricovero presso una struttura ospedaliera pubblica a seguito di incidente stradale, sono utilizzabili nei confronti dell'imputato per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica e restando irrilevante, ai fini dell'utilizzabilità processuale, la mancanza del consenso)*
- **all'accertamento clinico e strumentale dello stato di alterazione psicofisica.** Sappiamo sul punto che ciò che viene sanzionato, tanto come reato autonomo quanto come profilo di colpa specifica non è l'essersi posto alla guida di un veicolo a motore dopo aver assunto sostanze stupefacenti ma di condurre il mezzo in stato di alterazione psicofisica. In questi casi, tradizionalmente, l'accertamento è duplice, consistendo da un lato nella verifica diretta di segni sintomatici dell'alterazione, dall'altro nel prelievo di liquidi biologici, in particolare il sangue o, come di recente ritenuto, anche la mucosa orale. Difatti, *“in tema di omicidio colposo per guida sotto effetto di sostanze stupefacenti è necessario provare che il guidatore intraprenda la condotta di guida in stato di alterazione psico-fisica determinato dall'assunzione di droghe,*

non essendo sufficiente che abbia assunto sostanze stupefacenti prima di porsi alla guida "(così, tra le altre, Cass. 28-4-15, Sardone).

È chiaro che, in linea di principio, fatta salva l'ipotesi, estensibile anche al caso di guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti, di accertamenti di laboratorio a seguito di sinistro stradale, la sottoposizione a tali accertamenti è volontaria e quindi richiede il consenso dell'interessato.

Se pertanto l'interessato presta il proprio consenso a sottoporsi all'alcotest o al prelievo ematico che gli fosse richiesto, l'unico limite in astratto ravvisabile verrà a coincidere con quello di cui all'articolo 5 del codice civile che vieta atti di mutilazione della propria persona .

Il problema si pone invece nei casi di rifiuto che, espone sicuramente il conducente a responsabilità penale (ex articoli 186 comma 7 e 187 comma 8) ma, e questo è un dato di fatto ineludibile, **non consente di ritenere probatoriamente** accertata, per mezzo di un'ammissione implicita di colpevolezza, la sussistenza del fatto di reato per violazione del profilo di colpa specifica.

Di conseguenza, in linea di principio, al conducente che, consapevole di aver assunto sostanze alcoliche, ovvero di condurre sotto l'effetto di stupefacenti, e che non fosse stato egli stesso coinvolto in un incidente stradale, così da non avere necessità di cure mediche, converrebbe di gran lunga opporre un rifiuto all'accertamento, con l'effetto di vedersi imputato il meno grave reato di cui all'articolo 589 bis c. 1, in uno con le contravvenzioni stradali, piuttosto che del reato di cui all'articolo 589 bis o 590-bis commi 2, 3, 4.

È quindi comprensibile che il legislatore abbia deciso di intervenire anche nella materia, che come vedremo, interessa i diritti fondamentali di libertà, relativa agli accertamenti coattivi sulla persona che si sospetta essere autore del reato.

Il quadro che ne deriva tuttavia suggerisce una riflessione che, anche in questo campo, l'intervento sia tutt'altro che risolutivo e che lasci invece aperte più crepe interpretative che imporranno o un intervento normativo chiarificatore o un intervento del giudice delle leggi.

L'alternativa, sarà quella di relegare la legge tra le tante grida di manzoniana memoria.

Il tema che costituisce il principale profilo di criticità interpretativa consiste nello stabilire se l'impianto normativo della l. 41 **autorizzi o meno il prelievo ematico coattivo** , che la tossicologia forense identifica nello strumento dotato di maggior affidabilità, per l'accertamento degli stati soggettivi indicati dagli artt., 186 e 187 cds.

Il punto di partenza è la sentenza **238/1996** con la quale la Corte Costituzionale aveva affrontato la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo 224 c.p.p. nella parte in cui affermava che il *"giudice emette gli opportuni provvedimenti per la comparizione delle persone sottoposte all'esame del perito e adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritale"*.

Il caso concreto in esame riguardava sempre la possibilità di disporre coattivamente il prelievo del sangue a fini investigativi nella cornice generica della norma sopra richiamata.

La prima verifica affrontata dalla Corte riguardava la compatibilità del contenuto precettivo dell'articolo 224 c. 2 c.p.p. con l'articolo 13 c. 3 della Costituzione secondo cui ogni restrizione della libertà personale deve essere attuata nell'ambito della riserva di legge e della riserva di giurisdizione e cioè solo nei casi e nei modi previsti dalla legge e con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

La Corte statuì il principio secondo cui:

"Il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne rende necessaria l'esecuzione coattiva perché la persona da esaminare non acconsente spontaneamente al prelievo. Tale restrizione è tanto più allarmante in quanto non interessa solo la sfera della libertà personale ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona pur senza comprometterne l'integrità fisica o la salute anche psichica né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione.

La Corte richiamava sul punto la precedente sentenza numero 194/1996 e sottolineava che il prelievo ematico sottrae alla sfera corporale della persona una parte che è pressoché insignificante ma non certo nulla.

Proseguiva osservando che *"Deve quindi operare la garanzia della riserva assoluta di legge che implica l'esigenza di tipizzazione dei casi e dei modi, in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa e ristretta ma tale rinvio alla legge non può tradursi in un ulteriore rinvio da parte della legge stessa alla piena discrezionalità del giudice che l'applica, richiedendosi invece una previsione normativa idonea ad ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale".*

Appariva quindi del tutto dissonante la generica fattispecie di cui all'articolo 224 c. 2 c.p.p. che non indicava né i casi né i modi in cui si può operare il prelievo ematico

coattivo, realizzando così una violazione dell'art. 13 c. 2 della Costituzione. Così terminava la Corte: *"Ne segue che, fino a quando il legislatore non sarà intervenuto ad individuare i tipi di misure restrittive della libertà personale che possono dal giudice essere disposte allo scopo di consentire, anche contro la volontà della persona assoggettata all'esame, l'espletamento della perizia ritenuta necessaria ai fini, processuali nonché a precisare i casi e i modi in cui le stesse possono essere adottate, nessun provvedimento di tal genere potrà essere disposto"*.

Coerentemente con l'assunto veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, del codice di procedura penale nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge.

La Corte quindi rimandava ad un intervento del legislatore inteso per l'appunto a fissare 'casi' e 'modi' di limitazione della libertà personale finalizzate allo svolgimento di prelievi coattivi.

Oltre un decennio dopo interveniva la legge n. 30 giugno 2009, n. 85 (non a caso contenente nel titolo anche l'inciso: **"..Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale"**) **adottata in esecuzione del Trattato di Prum del 2005.**

Questa norma (comma 1) consente al giudice, nell'ambito di una perizia, di disporre con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti, di determinati *"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"* nel caso in cui la persona da sottoporre all'esame del perito, ovviamente, cosciente, non presti il consenso.

Nel comma 1 dell'art. 224 bis c.p.p. si specifica che ciò è possibile:

"quando si procede per un delitto non colposo, consumato o tentato, punito con la pena dell'ergastolo o comunque superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge"

Tale disposizione era doppiata da un'altra prevista per la fase delle indagini preliminari, l'art. 359-bis, la quale prevede che il Pubblico Ministero possa chiedere al gip l'ordinanza con la quale si dispone il prelievo coattivo ovvero, nei casi in cui dal ritardo dovesse discendere grave e irreparabile pregiudizio, intervenire con proprio decreto, suscettibile di essere convalidato dal gip entro le 48 ore successive.

L'architettura disegnata dalla l. 85/2009 risultava però aver soddisfatto solo in apparenza i requisiti indicati dall'art. 13 c. 2 Cost , dal momento che da un lato non aveva fornito indicazioni **chiare sul carattere tassativo o esemplificativo** delle attività coattive pur finalizzate all'accertamento del DNA, dall'altro avevano creato una categoria residuale di interventi descritti, in forma probabilmente non ortodossa in quanto suscettibile di una generica indeterminatezza **come accertamenti medici**.

Su questo impianto normativo è intervenuta in più punti la l. 41, tanto sul tessuto dell'art. 224 bis, che su quello dell'art. 359-bis.

Riguardando la prima norma l'attività peritale, che difficilmente può venire in considerazione degli accertamenti relativi al profilo di colpa specifica il cui svolgimento richiede una immediatezza che non è compatibile nemmeno con i tempi contingentati dell'incidente probatorio, l'attenzione si soffermerà accertamenti in via d'urgenza da parte del pubblico ministero.

L'art. 359- bis è stato interpolato con l'aggiunta del c. 3-bis sensibilmente incidente nel tessuto normativo originario.

Nei primi commenti si è ritenuto, probabilmente non a torto , che con l'introduzione del comma 3 bis il legislatore abbia voluto introdurre **una fattispecie autonoma di prelievo coattivo "stradale"**, che si innesta sull'archetipo del prelievo coattivo definibile generale.

In questo senso deporrebbero

* l'autonomia dei presupposti che legittimano il ricorso al prelievo coattivo (impedire una situazione di grave e irreparabile pregiudizio per l'indagine)

* la ripetizione di alcune disposizioni previste per il modello generale, diversamente superflue se quello introdotto dalla legge fosse soltanto una variante di questo (ad es viene integralmente ripetuta la disciplina della procedura d'urgenza e della convalida del provvedimento).

Il fatto che il legislatore abbia previsto un sottosistema caratterizzato da elementi specialità non sarà senza conseguenze, sia per stabilire se si ci trovi al cospetto di una disciplina derogatoria rispetto a quella dell'art. 359-bis in generale, sia soprattutto in tema di sanzioni processuali contro eventuali difformità dal modello procedurale.

Innanzitutto, la l. 41 estende nei casi di cui agli articoli 589 bis e 590 bis cp., qualora il conducente **rifiuti di sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope**, se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare **grave o**

irreparabile pregiudizio alle indagini', la possibilità di adottare il decreto di cui al comma 2 e gli ulteriori provvedimenti anche oralmente da confermare successivamente per iscritto.

La novella, quindi, non ha soltanto ampliato il catalogo dei reati per i quali sono applicabili le disposizioni degli art. 224-bis e 359-bis, ma è anche intervenuta con una disposizione teleologicamente dissonante, dal momento che, in questi casi, le attività idonee ad incidere sulla libertà personale non sono finalizzate all'acquisizione del DNA. L'ipotesi inquadrata dal legislatore è quella che il conducente nei cui confronti sussista il giustificato sospetto che abbia condotto il veicolo in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti non si sottoponga volontariamente agli accertamenti previste dagli articoli 186 e 187 CdS che debbono ovviamente essere disposti nell'immediatezza.

Questa condotta varrà a costituire autonomo reato ma non consente come detto di ritenere provata la sussistenza della fattispecie aggravata di omicidio stradale.

A seguito di ciò *"gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporlo al necessario prelievo o accertamento e si procede all'esecuzione coattiva delle operazioni se la persona rifiuta di sottoporvisi"*

Seguono le disposizioni sul diritto della persona interessata di farsi assistere da un difensore e sugli oneri del pubblico ministero di richiedere al GIP, entro le 48 ore successive, la tempestiva convalida del proprio decreto ed al GIP di provvedere entro le ulteriori 48 ore .

Conclude una disposizione di chiusura, che si rivelerà interessante.

"Le operazioni comunque devono sempre svolgersi nel rispetto delle condizioni previste dai commi 4 e 5 dell'articolo 224 bis ".

Dunque, il presupposto che giustifica l'intervento anche orale del pubblico ministero è il fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare **grave o irreparabile pregiudizio alle indagini.**

Si tratta di presupposto non solo letteralmente, ma anche funzionalmente chiaramente riferibile ai soli casi di omicidio e lesioni stradali che sono per l'appunto caratterizzate dalla necessità, indefettibile sotto il profilo probatorio, di intervenire nell'immediatezza.

Ciò costituisce il primo profilo di specificità dell'intervento normativo.

Il secondo profilo riguarda la possibilità di intervento provvisorio, **anche in forma orale**, del pubblico ministero che tuttavia deve avere il contenuto del decreto di cui al

comma 2; fattispecie costruita attraverso un doppio rinvio, dal momento che il comma 2 richiama gli elementi contenuti nell'ordinanza emessa dal giudice nell'ipotesi di perizia e l'articolo 224 bis comma 2, vale di una serie di dati informativi previsti a pena di nullità, ossia le generalità della persona, indicazione reato, l'indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento e delle ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti, l'avviso della facoltà di farsi assistere dal difensore, l'avviso della possibilità di ricorrere all'accompagnamento coattivo ex art. 132 cpp.

A seguito del provvedimento orale e scritto del pubblico ministero gli ufficiali -e non gli agenti di polizia giudiziaria- procederanno all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero per sottoporlo al *necessario prelievo o accertamento*.

Il legislatore gira piuttosto abilmente attorno all'ostacolo **e non specifica in che cosa consista il prelievo o l'accertamento, limitandosi a apporvi un termine di relazione per così dire 'muto', dal momento che non si spinge a specificare a cosa sia necessario l'accertamento.**

Un primo orientamento interpretativo legge l'elencazione prevista dall'art. 224-bis **come tassativa** e, non essendo stato introdotto alcun *caso e modo* nuovo di interventi limitativi della sfera della libertà personale, esclude che l'l. 41 sia intervenuta con effetto innovativo anche in **relazione al prelievo ematico**.

In questo senso il Procuratore della Repubblica di Bologna.

Si tratta della interpretazione probabilmente **più ortodossa e coerente** col disposto dell'art. 13 c. 3 Cost., e che impone però di intravedere i nell'intervento del legislatore i segni del fallimento dal momento che, in questo modo, la normativa sostanziale sarebbe condotta verso la sostanziale disapplicazione.

Tale interpretazione sembra essere confortata anche dai lavori preparatori, che evidenziano come nella Seduta della Camera del 28 ottobre 2015 siano stati respinti diversi emendamenti che tendevano a inserire nell'elenco previsto dall'articolo 224 bis c.p. l'espressione *“o il prelievo di sangue, urina e fluido orale ai fini della determinazione tossicologico-forense”*.

Si tratta però di una interpretazione che mette il legislatore davanti al suo gravissimo errore, ma che, di fatto, finisce per smantellare buona parte dell'architettura della legge, proprio là dove la stessa aveva voluto inviare un messaggio particolarmente impattante.

Chi non ha rinunciato a scandagliare tutte le eventuali alternative ermeneutiche è stata ed è la prassi giudiziaria, attraverso l'intervento di diverse Procure della Repubblica che hanno elaborato delle prassi orientate a ritenere compresi in una di queste due locuzioni **anche i prelievi ematici**, che costituiscono in effetti l'aspetto centrale della questione; difatti poiché secondo la scienza tossicologica anche il prelievo salivare potrebbe fondare l'accertamento della presenza di sostanze psicotrope, quantomeno sotto questo aspetto **tali prelievi potrebbero rientrare nell'elenco previsto dall'articolo 224 bis**.

In un caso, la Procura Generale presso la Corte d'Appello di Roma si è spinta oltre ed ha anche provveduto a stipulare, il 7.10.2016 con la Regione Lazio un Protocollo operativo nel quale vengono definite le procedure standardizzate per l'esecuzione del prelievo ematico e individuati centri di pronto soccorso attrezzati ad effettuare gli accertamenti.

Detto ciò, la **praticabilità del prelievo ematico coattivo nel caso di omicidio o lesioni colpose stradali** dipende, salvo intervento normativo, essenzialmente dallo stabilire se la norma soddisfa i criteri diagnostici di compatibilità con l'art. 13 c. 2 che consistono nella specificazione del contenuto della riserva di legge, **lo stabilire i casi e i modi** :

Una prima ipotesi potrebbe consistere nel leggere l'elencazione contenuta all'articolo 224 bis **come non tassativa ma esemplificativa**, interpretazione che troverebbe secondo i suoi sostenitori un riscontro letterale nell'aggettivo *quali*, che avrebbe per l'appunto la funzione di esemplificare i casi di prelievo costituzionalmente compatibile. Si tratta di un'esegesi debole, in ogni caso recessiva rispetto al principio il quale vuole che a fronte di interpretazioni dubbie, quando vengono in gioco interessi costituzionalmente rilevanti, deve privilegiarsi una interpretazione costituzionalmente conforme e quindi, in questo caso, l'interpretazione restrittiva.

Resta un secondo profilo, che in questi anni ha vissuto in una specie di cono d'ombra, cioè dire la definizione esatta di **accertamenti medici** che si deve ritenere rappresentino pur sempre uno dei 'modi' limitativi della libertà personale, trattandosi di disposizione successiva alla pronuncia della Corte.

A cosa ha inteso alludere il legislatore utilizzando, il termine accertamenti medici?

Tale termine può avere una duplice eccezione, che può disvelare o meno una coerenza finalistica con la norma che li ha introdotti.

Un'interpretazione letterale porta a ritenere che in essa vadano ricompresi tutti gli accertamenti compiuti sul corpo dell'imputato o di un terzo mediante l'impiego della medicina, a prescindere dalla loro finalizzazione alla ricerca dell'impronta genetica; per una seconda interpretazione, invece, assumerebbero rilievo solo quegli accertamenti medici finalizzati alla determinazione dell'impronta genetica, diversi da quelli espressamente indicati.

E' ovvio che tale ultima interpretazione renderebbe da subito inapplicabile questa locuzione ai reati previsti dal CdS, in chiara dissonanza rispetto alla stessa *voluntas legis*.

Ma d'altra parte, non è chi non veda come il ricorso ad una locuzione del tutto priva di attitudine selettiva comprometta il rapporto di compatibilità con l'art. 13 c. 2 Cost. che tutto vuole tranne che le invasioni di campo sulla sfera della libertà personale siano descritte in termini generici.

Sotto questo profilo questa interpretazione potrebbe saldarsi alla norma di chiusura contenuta nell'articolo 224 bis comma 4, peraltro espressamente richiamata dallo stesso articolo 359 c. 3 bis e cioè al fatto che in ogni caso non possono essere disposte operazioni che contrastino con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita all'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro ovvero che secondo la scienza medica possono provocare sofferenze di non lieve entità.

Sembrerebbe potersi ritenere che questa **norma di chiusura**, a salvaguardia dell'integrità psico-fisica, possa applicarsi agli accertamenti medici, dal momento che per il prelievo coattivo del materiale biologico elencato appare sufficiente la mera disponibilità, per il tempo strettamente necessario, dell'interessato, quindi: detto altrimenti, il prelievo di capelli di peli o di mucosa del cavo orale sembra già di per sé costituire tipizzazione del criterio del minor sacrificio necessario per cui non vi sarebbe stata la necessità di una previsione residuale di garanzia.

Al contrario, la previsione degli accertamenti medici richiederebbe il necessario collegamento - proprio per la sua natura residuale e aspecifica - con determinate modalità operative che preservino chi vi è sottoposto dal pericolo di compromissioni alla propria integrità psicofisica.

Ora, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di disposizioni del CdS, aveva a più riprese sancito che il prelievo ematico si pone entro i **"limiti imposti dal rispetto della persona umana"**, dal momento che esso - ormai di ordinaria amministrazione nella pratica medica - **non lede la dignità o la**

psiche della persona, così come di norma non ne mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità e la salute (v. sentenza n. 54 del 1986, 194/1996).

E' vero, si potrebbe dire, che nella sentenza 238 la Corte perviene a soluzioni diverse, ammettendo però che il prelievo ematico, *interessa e travalica la sfera della libertà personale, seppur in minima misura; invade la sfera corporale della persona - pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione - e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla.*

Quindi, stando a questa descrizione la compromissione della libertà personale avviene sì, ma in misura del tutto compatibile con la norma di chiusura dell'art. 359 c.3-bis ultima parte

Quindi l'interprete si troverebbe di fronte a due classi di '**casi**' e '**modi**' che si declinano in termini tra loro non interferenti: i casi generali previsti dall'art. 224-bis (i delitti non colposi puniti con l'ergastolo o la reclusione superiore a 3 anni, per il cui accertamento il prelievo di materiale biologico è definito secondo 'modi tipizzati'; e i casi specifici (art. 589-bis, ter, 590), nei quali i modi sono definiti in virtù del combinato disposto degli artt. 224-bis c. 1 ("accertamenti medici"), 359-bis c. 3-bis ("necessario prelievo o accertamento"), che dovrà svolgersi secondo quanto previsto dall'art. 224-bis c. 4 e 5 cpp.

Dunque, allo stato della legislazione vigente, la sola via praticabile per ritenere possibile il prelievo ematico coattivo passerebbe attraverso questo incedere argomentativo:

(a) appare chiaro che il legislatore ha introdotto una forma di prelievo coattivo nei casi di reati di omicidio e lesioni stradali speciale, rispetto all'istituto ordinario, quindi la ratio legis è indubbiamente nel senso di favorirlo - tanto da condizionarne la praticabilità al ricorrere di un presupposto strettamente coerente con finalità di accertamento immediato ("*grave o irreparabile pregiudizio alle indagini*");

(b) qui l'aspetto teleologico è di fondamentale ausilio interpretativo, dal momento che declina il presupposto in termini affatto diversi da quelli del procedimento ordinario;

(c) del resto, sempre sul piano sistematico, parrebbe del tutto irragionevole far dipendere la punibilità per i più gravi reati di cui all'art. 589-bis c. 2, 3, 4 da scelte terapeutiche, come avviene nelle ipotesi in cui lo stesso autore del fatto riporti lesioni tali da imporre il ricovero, nel qual caso l'accertamento ematico, che prescinde dal consenso, è pienamente utilizzabile (su questo punto c'è da chiedersi se qualcuno non

preferirà forzare la mano e sollecitare accertamenti ospedalieri anche al di fuori del necessario); si produrrebbe quindi la irragionevole situazione nella quale chi riporti lesioni che implicano il ricovero ospedaliero o comunque la sottoposizione ad accertamenti sanitari potrebbe vedersi riconosciuta la responsabilità a differenza di chi, non avendo riportato lesioni, pensi bene di sottrarsi al prelievo forzoso;

(d) si dovrebbe ritenere, all'interno di uno scenario fortemente proiettato ad agevolare l'accertamento di fatti puniti fino a 18 anni di reclusione, che il prelievo ematico coattivo rientri nella nozione di 'accertamento medico' e che non sia in contrasto con la clausola generale di salvaguardia prevista dall'art. 224-bis c. 4, espressamente richiamata dall'art. 359-bis c.3-bis ultima parte, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, comportando una minima lesione della libertà personale;

(e) detto questo, resterebbe poi sul campo la definizione delle modalità esecutive, essendo dato di comune esperienza che per molti cittadini il prelievo ematico non è, comunque, un'esperienza emotivamente neutra e può richiedere comunque un non irrilevante grado di coercizione; debbono essere garantite modalità di conservazione delle matrici e la possibilità della ripetizione dell'esame;

(f) innanzitutto, l'accompagnamento presso il più vicino presidio ospedaliero (nel protocollo tra le procure del distretto di Roma e la Regione Lazio sono stati individuati ospedali di primo livello) e la successiva nomina del sanitario come ausiliare di polizia giudiziaria ex art. 348 c 4 cpp; a questo proposito, dovrebbe essere chiaro che nell'aggettivazione dell'espressione prelievo ematico coattivo non dovrebbe essere ricompresa la vis esercitabile per vincere l'indiziato recalcitrante (con ogni conseguenza sul piano sanzionatorio: art.337 cp) dal momento che questa possibilità è già prevista in via generale dall'art.224 c. 6 cpp;

quindi la richiesta di sottoposizione a prelievo, con il contestuale avviso della facoltà di nominare un difensore che avrà facoltà di partecipare, senza che ciò possa comportare pregiudizio nel compimento delle operazioni; sottoposta alla stessa condizione è la nomina di un c.t.p.; dovrà essere assicurata la verbalizzazione delle operazioni, l'eventuale presenza di testimoni all'esecuzione delle operazioni di prelievo e la definizione della catena di custodia del reperto; ancora più complesso è l'accertamento dello stato di alterazione da assunzione di sostanze stupefacenti, dal momento che – come noto – non si tratta soltanto di ricercare gli eventuali metaboliti delle sostanze, ma anche di compiere un'accertamento clinico.

Diversamente, ci si troverebbe a fare i conti con una normativa praticamente inapplicabile, dal momento che l'accertamento del profilo di colpa specifica, o viene rimesso alla libera scelta dell'interessato oppure sarà ritenuto precluso dalla incompletezza del quadro normativo.

Ma c'è un'ultima questione direttamente collegata alla specificità della disciplina dell'accertamento coattivo stradale.

Difatti, il c. 3-bis dell'art 359-bis **pare sfornito di autonoma sanzione, quindi la soluzione va cercata altrove e va diversificata in ragione del vizio**. Lo si intuisce letteralmente dal suo inserimento proprio dopo il c. 3, che per l'appunto enuncia le conseguenze previste in caso di violazione delle disposizioni previste per l'accertamento in via generale, prevedendo la nullità delle operazioni e l'inutilizzabilità delle informazioni così acquisite.

Ad esempio: cosa succede se viene eseguito un prelievo ematico senza consenso? se il Pubblico Ministero trasmette al gip il proprio decreto oltre le 48 ore o se il gip lo convalida oltre il termine a lui assegnato?; se il decreto del Pubblico Ministero non contiene tutte le indicazioni previste dall'art. 224-bis c. 2 espressamente richiamato? se le modalità di conservazione delle matrici ematiche e salivari sono tali da non consentirne la ripetizione?

Il solo profilo suscettibile di espressa sanzione è quello che si trae dal richiamo all'art. 365 c. 1 e 2 c.p.p., previsto dallo stesso art. 359-bis cpp.

Qui, a differenza che nel caso dell'alcoltest, nel quale l'organo procedente si limita ad avvertire l'interessato di farsi assistere da un difensore, il contenuto dell'obbligo informativo è più articolato e, in forza del rinvio all'art, 365 c. 1, impone a) di chiedere se sia assistito da difensore di fiducia o , in caso negativo, la nomina di uno d'ufficio; b) di dare a questi avviso dell'accertamento e della facoltà di assistervi, senza che ciò possa comportare ritardo nelle operazioni.

La conseguenza dell'omissione di uno di questi passaggi è , come noto, la nullità a regime intermedio che resta sanata se non eccipita nei termini di cui all'art. 182, ovvero immediatamente dopo .

Quanto al resto , la prima reazione sarebbe quella di osservare che, trattandosi di contesti meno garantiti rispetto alla sede processuale, l'effettività delle garanzie dovrebbe essere inversamente proporzionale.

Eppure, è un dato di fatto non eludibile che la norma, da qualunque parte la si guardi, è sfornita di sanzione; il c. 3 si riferisce soltanto alle violazioni previste dai commi 1 e 2.

In linea puramente tendenziale si dovrà ritenere che siano inutilizzabili sia i prelievi ematici coattivi, se ovviamente si dovesse aderire all'orientamento restrittivo, nonché quelle forme di accertamento che implicino una sofferenza non di lieve entità :qui anche a non voler ritenere che si tratterebbe pur sempre di prove incostituzionali perché assunte in violazione dell'art. 13 c. 2, soccorre il richiamo all'art. 224-bis c. 4 e 5 richiamato dal comma 3 dell'art. 359-bis che è applicabile, per quanto si è cercato di dire sopra, ai prelievi ematici coattivi.

Quanto ai restanti profili di violazione, non sembra dubbio che il mancato rispetto dei termini non abbia conseguenze invalidanti, non essendo espressamente previste e non apparendo applicabili le categorie generali della nullità **parrebbero invece effettivamente sforniti di sanzione**, che non è espressamente prevista e che non può essere ricondotta né alla categoria delle nullità generali ex art. 178, né a quella della inutilizzabilità, che sappiamo essere inapplicabile, salvo in cui sia previsto espressamente, nel caso in cui la violazione abbia ad oggetto le modalità di acquisizione di una prova.

Considerazioni in parte diverse si potrebbero formulare in presenza di un decreto del Pubblico Ministero difforme dal paradigma dell' ex art. 224 -bis c. 2 perché qui è espressamente contemplata la nullità.

Un ultimo profilo, che mi limito ad accennare riguarda il problema della irripetibilità degli esami, che determinerebbe l'inutilizzabilità dei risultati dei prelievi ematici: qui però la prassi regionale ha da tempo stabilito regole puntuali per la conservazione dei reperti acquisiti dai laboratori analisi nei casi di cui all'art. 186 c. 5 CdS , per cui si tratterebbe soltanto di replicare tali linee guida alle ipotesi di prelievo ematico.

Alberto Zioldi