

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E PROCESSO PENALE**

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G2 – Diritto processuale penale

Settore Scientifico disciplinare: IUS 16 – Diritto processuale penale

**L'ACCERTAMENTO DEI REATI DI GUIDA IN STATO DI EBBREZZA
E ALTERAZIONE DA DROGHE**

Presentata da: Dott.ssa Roberta Del Monaco

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore

Chiar.mo Prof. Alberto Camon

Esame finale anno 2012

INDICE

<i>Introduzione</i>	IV
---------------------	----

CAPITOLO I

IL SISTEMA TEDESCO

1) Premessa	1
2) Cenni alla disciplina sostanziale	3
3) «Nemo tenetur se detegere»: a) ambito di tutela	10
4) (<i>Segue</i>): b) diritto a non autoaccusarsi ed accertamenti stradali	15
5) Avvio dell'indagine: l'acquisizione del sospetto iniziale	22
6) <i>Das Atemalkoholtest</i> : l'etilometro	25
7) Strumenti per il rilevamento delle sostanze stupefacenti	33
8) <i>Die Blutprobe</i> : cenni alla disciplina del prelievo di sangue	36
9) Il prelievo ematico svolto nell'ambito del ricovero ospedaliero	40
10) Note di sintesi ed alcuni spunti: il sistema d'oltralpe visto dall'Italia	44

CAPITOLO II

I PRINCIPI FONDAMENTALI. UNA PANORAMICA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

1) Prefazione	47
2) Genesi di una fattispecie	48
3) Cenni alla disciplina dei controlli	54
4) Interazioni con la libertà personale	56
5) Il rifiuto di sottostare agli accertamenti nel prisma del diritto a non autoaccusarsi	59

6) La giurisprudenza della Corte di Strasburgo	68
7) (<i>Segue</i>): obbligo di sottoporsi all' <i>alcoltest</i> e <i>privilege against self-incrimination</i> nella giurisprudenza della Corte europea	73
8) Una soluzione costituzionalmente obbligata per non rinunciare al diritto a non autoincolparsi	75

CAPITOLO III

CAPTAZIONE DELL'INDIZIO, ACQUISIZIONE DEL DATO PROBATORIO, GARANZIE DIFENSIVE

1) Preludio agli accertamenti	80
2) Il c.d. <i>test</i> etilometrico	83
3) Esami tossicologici per la ricerca di droghe	86
4) Tra ispezioni amministrative ed indagine penale: la difficoltà di tracciare una linea di confine	89
5) Un tentativo di inquadramento sistematico degli atti di indagine	95
6) Garanzie difensive: <i>a</i>) avviso della facoltà di farsi assistere da un avvocato	101
7) (<i>Segue</i>): <i>b</i>) inosservanza della disciplina sul deposito dei verbali: quale sanzione?	106
8) (<i>Segue</i>): <i>c</i>) effetti della declaratoria di nullità per violazione dell'art. 366 c.p.p.	111
9) Il prelievo di sangue in ambito ospedaliero: normativa, prassi deviante, correttivi giurisprudenziali	117
10) (<i>Segue</i>): una casistica che disorienta	124
11) Brevi note sulla natura del certificato medico	129

CAPITOLO IV

VALUTAZIONE DELLE PROVE

1) <i>Alcoltest</i> : quale valore probatorio?	131
2) Osservanza dei protocolli e conseguenze sulla valutazione della prova tecnica	137
3) Sempre necessaria la prova etilometrica o basta l'accertamento sintomatico?	140
4) (<i>Segue</i>): <i>a</i>) orientamenti della giurisprudenza prima della modifica del 2007	141
5) (<i>Segue</i>): <i>b</i>) valutazione del dato sintomatico e fattispecie tripartita	147

6) Considerazioni critiche: un tentativo di razionalizzazione	152
7) La verifica dell'alterazione da droghe	155
8) (<i>Segue</i>): la prova dell' <i>assunzione</i> di sostanze stupefacenti	157
9) (<i>Segue</i>): l'accertamento dell' <i>alterazione</i> psicofisica tra dato sintomatico e visita medica	160
<i>Bibliografia</i>	164

INTRODUZIONE

«Nessuna droga, nemmeno l'alcol, sono le cause dei mali fondamentali della società. Se stiamo cercando la fonte dei nostri problemi, non dobbiamo testare le persone per le droghe, dobbiamo testarle per la stupidità, l'ignoranza, l'avidità e l'amore del potere».

Patrick Jake O'Rourke

La piaga sociale degli incidenti stradali causati dall'uso di alcol e droghe è questione nota. Risuona periodicamente l'allarme dei *mass-media*; gli fanno eco frenetici "giri di vite" operati dalla legislazione emergenziale ⁽¹⁾, il cui esito non appare, però, soddisfacente. Dati pubblicati dalla Commissione Europea ed elaborazioni dell'Istituto Superiore di Sanità, infatti, rivelano che la percentuale dei sinistri mortali avvenuti in Italia nel 2010 e riconducibili ad una guida insicura causata da alcol o droghe raggiunge all'incirca il 30% del totale. La stima sale al 50%, con riguardo ai sinistri non mortali comunque connessi all'uso di alcol ⁽²⁾.

L'esigenza di arginare il problema e di ridurre la mortalità su strada ha da tempo spinto i legislatori di tutt'Europa a munirsi di una fattispecie penale (o amministrativa) che sanzioni il conducente *prima* che la sua guida insicura possa arrecare danni all'incolumità degli altri.

Nell'ordinamento italiano, la via percorsa per combattere il fenomeno è duplice. La prima afferisce alla disciplina sostanziale e trova la sua *ratio* nella funzione general preventiva del diritto penale; appare chiara la finalità deterrente del continuo inasprimento delle sanzioni, che per lungo tempo ha costituito quasi un "appuntamento estivo" col legislatore. La seconda è

⁽¹⁾ A partire dalla stagione estiva del 2007, gli artt. 186 e 187 del d.lgs. n. 295 del 1992 (c.d. codice della strada) hanno subito interpolazioni con cadenza annuale. Scopo di tali provvedimenti è sempre lo stesso: placare l'onda emotiva dell'emergenza-sicurezza legata all'incremento degli episodi di incidenti stradali durante l'esodo vacanziero ed alle c.d. "stragi del sabato sera". Per una più puntuale ricostruzione delle modifiche normative apportate dal legislatore italiano alla disciplina dei reati in discorso, si veda il capitolo III, § 2.

⁽²⁾ Le informazioni riportate provengono dalla nota riassuntiva dell'incontro *Alcohol Prevention Day* (tenutosi a Roma il 7 aprile 2011), redatta da E. Scafato, S. Ghirini, L. Galluzzo, S. Martire, R. Russo, N. Parisi, A. Rossi, R. Scipione, L. Di Pasquale per il Centro di Documentazione Alcol dell'Osservatorio Nazionale Alcol-CNESPS, e consultabile sul seguente sito internet: <http://www.epicentro.iss.it/alcol>.

costituita dalla creazione di una disciplina *ad hoc* per l'accertamento dell'alterazione da alcol e droghe. Si tratta di verifiche che si svolgono nell'immediatezza del fatto: sono necessari tempi celeri perché risultino efficaci.

L'urgenza e l'irripetibilità dell'atto rischiano di comprimere una serie di garanzie poste a corollario dell'accertamento penale: assai angusti gli spazi di manovra di una difesa che non è messa nelle condizioni di assistere all'atto né può, il più delle volte, ottenerne la ripetizione per saggiarne la bontà. Simili compromessi debbono suscitare allarme e condurre a ripensare i contorni della disciplina: se, infatti, appare indubbia la necessità di punire le condotte in discorso, ciò non può avvenire a scapito delle esigenze euristiche proprie del processo penale.

È vasta la serie di problematiche legate alla verifica giudiziale dello stato di ebbrezza o alterazione da stupefacenti che da tempo assillano la giurisprudenza. Basta una rapida scorsa alle principali pronunce in materia per notare la frequenza con cui certe questioni vengono portate alla cognizione della Suprema Corte, nonché per capacitarsi della Babele ermeneutica indotta dalla stratificazione normativa sul punto.

Pur nella consapevolezza della rapida deperibilità di un lavoro che si occupi di una materia tanto mutevole, è parso comunque opportuno offrire uno sguardo d'insieme sugli strumenti per acclarare l'inidoneità alla guida.

Prima fra tutte, s'impone una questione di natura ontologica, che fa appena capolino nella giurisprudenza interna. Riguarda i rapporti tra gli artt. 186 e 187 del codice della strada ed alcuni principi fondamentali di rango costituzionale: la libertà personale ed il diritto di difesa. Ad avviso della Corte costituzionale (sent. n. 194 del 1996), le disposizioni citate non stridono con l'art. 13 Cost. Ma quand'anche un atto incoercibile rispetti il diritto inviolabile alla libertà personale, obbligare il conducente a compiere azioni e movimenti da cui possa derivare un'autoincriminazione evoca il principio *nemo tenetur se detegere*. Il problema è affrontato con serietà nella letteratura tedesca, che ritiene il diritto a non autoaccusarsi esteso anche alle collaborazioni meramente fattuali. L'approdo interpretativo è condiviso dal legislatore, che non prevede

alcuna sanzione in capo al conducente che rifiuti di cooperare, ma si assicura la prova attraverso il prelievo di sangue. Si tratta, all'evidenza, di una soluzione così dissimile da quella italiana, da meritare una riflessione da parte dell'interprete, nel tentativo, forse impossibile, di operare un delicato bilanciamento degli interessi in campo.

Il taglio delle problematiche più frequentemente affrontate nelle aule giudiziarie è di carattere più squisitamente processuale. Ad una prima occhiata possono apparire disomogenee. Tuttavia, se le si osserva più da presso, ci si accorge di come esse siano intessute in un'unica trama: afferiscono tutte al tema della "verifica" dell'inidoneità alla guida.

Per quanto riguarda il momento acquisitivo della prova emerge innanzitutto la questione sulla natura della verifica compiuta "su strada" dagli operatori di polizia. A cavallo tra ispezione amministrativa ed atto di indagine penale, l'accertamento in parola ha suscitato non pochi dubbi sull'applicabilità delle disposizioni processuali. Dalla scelta di inscrivere o meno la prova dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe tra gli atti di indagine del processo penale derivano, infatti, molteplici conseguenze: a quale istituto processuale ricondurli, di quali garanzie difensive goda il guidatore durante e dopo l'espletamento dell'atto di indagine, quali sanzioni processuali insorgano in caso di violazione delle predette garanzie, su quali atti queste ultime ricadano.

Parallelamente, appare necessario affrontare il tema dei prelievi di sangue effettuati sul conducente sospettato di ebbrezza o alterazione da stupefacenti che abbisogni di cure mediche in seguito ad un sinistro stradale. Del tutto peculiare, infatti, è la disciplina di siffatta eventualità e l'applicazione pratica che la giurisprudenza ne ha fatto. L'interprete è chiamato ad una complessa operazione: gettar luce sull'intricata materia attraverso una lettura sistematica delle disposizioni del codice della strada e delle norme del rito penale.

Come debba valutarsi l'esito probatorio ottenuto (in special modo quello fornito dal c.d. etilometro) è, poi, un argomento particolarmente delicato. Regole scientifiche indicano al giudicante la via, ma il rischio di incappare nel paradosso dello *iudex peritus peritorum* è alto. La prova dell'ebbrezza e

dell'alterazione da stupefacenti è, infatti, estremamente complessa e controversa finanche nella letteratura tossicologica. Arduo il compito di valutarne la sufficienza per l'accertamento del fatto, soprattutto quando, come nel nostro caso, le norme pretendano che il quadro probatorio tenga alla prova di resistenza del "ragionevole dubbio". Il compito dell'interprete sembra doversi limitare qui ad indicare al giudice dove si annidano le insidie di una scienza incerta, spesso accolta invece nelle aule di tribunale come verità incontrovertibile.

Già da questi brevi cenni, appare evidente quanto il frammentario panorama normativo e giurisprudenziale attorno a cui gravitano le problematiche che qui si affrontano abbisogni di un intervento razionalizzatore. Obiettivo del presente lavoro, dunque, sarà quello di illuminare alcune tematiche, nel tentativo di indicare via via soluzioni ermeneutiche che appaiano più rispettose dei principi coinvolti.

CAPITOLO I

IL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 1) Premessa. - 2) Cenni alla disciplina sostanziale. - 3) «Nemo tenetur se detegere»: a) ambito di tutela. - 4) (*Segue*): b) diritto a non autoaccusarsi ed accertamenti stradali. - 5) Avvio dell'indagine: l'acquisizione del "sospetto iniziale". - 6) *Das Atemalkoholtest*: l'etilometro. - 7) Strumenti per il rilevamento di sostanze stupefacenti - 8) *Die Blutprobe*: cenni alla disciplina del prelievo di sangue. - 9) Il prelievo ematico svolto nell'ambito del ricovero ospedaliero. - 10) Note di sintesi ed alcuni spunti: il sistema d'oltralpe visto dall'Italia.

1) Premessa

Lo studio della disciplina tedesca in tema di accertamenti della guida in stato di ebbrezza o di alterazione da droghe offre molteplici spunti alla riflessione sullo stato dell'arte in Italia. La visione multidisciplinare con cui queste tematiche vengono affrontate da decenni nella letteratura e nella giurisprudenza teutoniche, infatti, ha favorito lo sviluppo e l'analisi di molte questioni, alcune delle quali interessano anche il dibattito italiano.

Il quadro normativo può per certi aspetti apparire lontano dalla disciplina interna di riferimento, ma anche le più marcate diversità che si andranno ad evidenziare nel corso della trattazione costituiscono uno strumento di confronto prezioso. Esse, infatti, costringono l'interprete a sforzarsi di comprendere una realtà giuridica con aspetti di grande differenza, causando un parziale e momentaneo straniamento dalla normativa italiana. Ciò porta ad osservare la disciplina interna con sguardo nuovo, non più influenzato dal continuo affanno nel rincorrere gli estenuanti interventi di modifica cui ci ha abituato la legislazione emergenziale.

Le differenze più rilevanti si danno sul piano della disciplina sostanziale, cui è necessario accennare per comprendere il quadro complessivo entro cui ci si muove.

È da evidenziare innanzitutto che il diritto germanico conosce due diverse modalità di punire il conducente ebbro o drogato: la prima strada passa per la fattispecie penale, l'altra segue le vie della sanzione amministrativa. Una disamina delle modalità di accertamento del reato che – pur non aspirando alla completezza comparatistica – si sforzi di apparire consapevole e ragionata non può prescindere da un esame di ambo le disposizioni. Ne consegue la necessità di svolgere un'analisi degli strumenti di verifica del fatto previsti per ciascuna. Oltre a stare tra loro in rapporto sussidiario, infatti, le due tipologie di illecito in discorso sono legate dalla medesima disciplina procedimentale: ad entrambe si applicano le regole della *Strafprozeßordnung* ⁽¹⁾ ed, in particolare, le disposizioni vigenti in materia di indagini preliminari (*Ermittlungsverfahren*).

Questo prevede il § 46 della *Ordnungswidrigkeitengesetz* ⁽²⁾: le norme del codice di procedura penale regolano anche le attività conoscitive della pubblica amministrazione ⁽³⁾ che intenda accertare un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*). Si configura così un'apprezzabile estensione delle garanzie, che appare tuttavia necessaria se si pensa ai rapporti osmotici tra la verifica dell'illecito amministrativo e quella del reato: il giudice chiamato a decidere del ricorso avverso la sanzione amministrativa può modificare la qualificazione giuridica del fatto, trasformandolo da una *Ordnungswidrigkeit* ad uno *Strafttat*, ossia un illecito penale. È il § 81 *OWiG* a prevedere questo potere dell'organo giudicante:

⁽¹⁾ D'ora in poi *StPO*. Si tratta del codice di procedura penale tedesco.

⁽²⁾ D'ora in poi *OWiG*. Si tratta del codice degli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeiten*), disciplinati, in via principale, all'interno appunto dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz* (*OWiG*) del 24 maggio 1968. Essi, tuttavia, trovano regolamentazione anche al di fuori del *OWiG*; il § 24a dello *Straßenverkehrsgesetz*, di cui si dirà poco oltre, ne è un esempio.

⁽³⁾ Per approfondimenti sul regime probatorio in tema di accertamenti della pubblica amministrazione nel processo penale germanico, diffusamente, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 49 s.

il procedimento originato dall'opposizione alla sanzione amministrativa comminata dall'autorità prosegue dinanzi al medesimo giudice, che resta competente anche per il relativo processo penale, ai sensi del § 67 *OWiG*. Ne deriva una modifica dello *status* del giudicando: opportunamente informato della nuova qualificazione giuridica del fatto, egli passa dalla condizione di *Betroffene* (interessato) a quella di *Angeklagte* (imputato). Gli si accorda la facoltà di richiedere la sospensione dell'udienza per preparare la difesa sulla nuova qualificazione giuridica.

Dal seme dell'impugnazione amministrativa può dunque germogliare un processo penale e, in questa sede, tutto il materiale probatorio acquisito nel corso delle attività compiute dalla pubblica amministrazione per appurare l'infrazione amministrativa sarà pienamente utilizzabile dal giudice per il suo convincimento ⁽⁴⁾.

2) Cenni alla disciplina sostanziale

Il § 316 dello *Strafgesetzbuch* ⁽⁵⁾ prevede la pena della reclusione fino ad un anno, ovvero una pena pecuniaria ⁽⁶⁾, per il conducente che si ponga alla guida

⁽⁴⁾ Così vuole il terzo comma del § 81 *OWiG*, secondo il quale, salve alcune eccezioni, le prove precedentemente assunte alla presenza dell'interessato restano utilizzabili nel processo penale.

⁽⁵⁾ D'ora in poi *StGB*.

Il § 316 *StGB* costituisce, in realtà, una fattispecie residuale, volta a punire la guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione da stupefacenti quando non siano applicabili i §§ 315a o 315c *StGB*. Il primo di questi sanziona con la reclusione sino a cinque anni, ovvero con pena pecuniaria, chiunque conduca un veicolo ferroviario, una funivia, una nave o un aeroplano (letteralmente, un mezzo che sia in grado di volare) nonostante l'alterazione psicofisica derivata dall'assunzione di bevande alcoliche o sostanze droganti, giungendo a mettere in pericolo la vita o l'incolumità di persone o cose di particolare valore. Nella seconda fattispecie restano invariate le pene e gran parte della condotta (si descrive anche qui un guidatore alterato da alcol o droghe, che metta in pericolo la vita o l'incolumità di persone o cose di particolare valore). Ciò che muta è la tipologia di vettore: viene qui in rilievo il solo veicolo coinvolto nella circolazione stradale.

⁽⁶⁾ La commisurazione della pena pecuniaria è del tutto peculiare nell'ordinamento tedesco. Utilizza il c.d. «sistema a tassi giornalieri» (*Tagessatzsystem*) previsto dal § 40 *StGB* il quale, oltre alla gravità del fatto e della colpevolezza dell'imputato, tiene conto anche le sue capacità finanziarie. Per approfondimenti sul punto, si veda G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, p. 489 s.

di un veicolo sotto l'influsso di bevande alcoliche o di altre sostanze inebrianti che non gli consentano di condurre il mezzo in sicurezza ⁽⁷⁾.

Così formulata, la prescrizione in discorso appare alquanto diversa dalla corrispondente nostrana: la prima è una fattispecie di pericolo concreto, la seconda di pericolo astratto ⁽⁸⁾. Per tale motivo, s'impone al giudice tedesco una duplice operazione. Da un lato, egli è chiamato ad accertare lo stato di alterazione da alcolici o stupefacenti in cui si trovasse il soggetto fermato alla guida del veicolo. Dall'altro, occorrerà verificare se da tale stato derivasse una effettiva incapacità di condurre in maniera sicura il mezzo nel traffico stradale ⁽⁹⁾.

Proprio la natura di reato di pericolo concreto comporta che, a differenza della fattispecie italiana, quella tedesca non preveda soglie minime di alcol nel sangue. È il giudice a dover determinare, caso per caso, se il quantitativo di sostanze rinvenute nell'organismo del soggetto sia idoneo a far ritenere compromessa la capacità di guidare in sicurezza. Appare tuttavia evidente che una simile verifica debba essere modulata sulla base delle conoscenze medico-legali cui il giudice inevitabilmente attinge. È così accaduto che la giurisprudenza abbia fatto proprie alcune considerazioni scientifiche, secondo cui al superamento di determinati quantitativi di concentrazione alcolemica, nessun essere umano sarebbe in grado di guidare in maniera sicura; al di sotto di dette soglie, invece, l'influsso

⁽⁷⁾ Si riporta la traduzione del testo normativo: «1) Colui che guidi un veicolo, nonostante l'incapacità di condurlo in sicurezza a causa dell'assunzione di bevande alcoliche o altre sostanze inebrianti, è punito con la reclusione fino ad un anno o con una sanzione pecuniaria, sempre che il fatto non rientri nei reati di cui ai §§ 315a o 315c. 2) Il fatto di cui al comma 1 è punito anche se commesso con colpa».

Per un primo approccio al reato in parola, si vedano F. HERZOG, sub § 316 StBG, in *Strafgesetzbuch NomosKommentar*, a cura di U. Kundhäuser-U. Neumann-H.U. Paeffgen, Nomos, Baden-Baden, 2010, p. 2576 s.; H. KUDLICH, sub § 316 StGB, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di B. von Heintschel-Heinegg, Beck, München, 2010, p. 2281 s.; E. HORN, G. WOLTERS, sub § 316 StGB, in *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, München, 2006, p. 8 s.

⁽⁸⁾ In questo senso, *ex multis*, M. ZINCANI, *I reati in materia di circolazione stradale*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, Vol. I., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Utet, Torino, 2006, p. 835 s.

⁽⁹⁾ Al riguardo, la giurisprudenza ha elaborato una distinzione tra *absolute* e *relative Fahrunsicherheit*. Non sempre è richiesta la prova dell'incapacità di guidare in sicurezza. Sul punto, si veda oltre, in questo stesso paragrafo.

dell'alcol sulle capacità psicofisiche del soggetto varia da individuo a individuo e dipende da molteplici fattori, quali il sesso, la corporatura fisica, l'assuefazione agli alcolici ⁽¹⁰⁾.

Tali sono le motivazioni che giustificano la creazione di una vera e propria presunzione giurisprudenziale di "incapacità alla guida", la quale ricorre ogniqualvolta sia accertata una concentrazione alcolemica pari o superiore ad 1,1 g/l ⁽¹¹⁾. Si parla, in questi casi, di *absolute Fahrunsicherheit* (insicurezza alla guida di carattere assoluto), contrapposta ad una *relative Fahrunsicherheit* (incapacità di tipo relativo). La presunzione in discorso, pur non costituendo una vera e propria *presumptio iuris et de iure*, appare estremamente difficile da vincere. Ed infatti, non

⁽¹⁰⁾ Si vedano, *ex multis*, P. KÖNIG, sub § 316 StGB, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, a cura di L. Ebermayer e H. Jagusch, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 503; H.J. KUNERT-F. LÖHRER, *Neuropsychologische Aspekte bei der Beurteilung der Fahreignung*, in *Blutalkohol*, 2005, p. 343; più approfonditamente, H. JANISZEWSKI, *Verkehrsstrafrecht*, Beck, München, 2004, p. 153 s.

⁽¹¹⁾ La soglia-limite è stata fissata da una pronuncia del *Bundesgerichtshof* del 28 giugno 1990, pubblicata in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 37 (1990), p. 89 s. (nello stesso senso, tra le altre, *Bayerisches Oberstes Landesgericht* del 20 luglio 1990, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1990, p. 400 s.).

Con questa pronuncia, la Corte di cassazione tedesca ha modificato un suo precedente orientamento, secondo il quale il guidatore doveva essere considerato assolutamente incapace di guidare quando la quantità di alcol nel sangue fosse uguale o superiore ad 1,3 g/l (così, *Bundesgerichtshof*, 9 dicembre 1966, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 21 (1966), p. 157). Tale misurazione era il risultato di una somma tra il valore di 1,1 g/l ed uno di 0,2 g/l, fissato come "margine di errore" (*Sicherheitszuschlag*) e derivava dalle raccomandazioni espresse dall'Ufficio federale della Sanità (*Bundesgesundheitsamt*) nel 1966.

L'attuale valore di 1,1 g/l, invece, si ottiene sommando il limite di 1,0 g/l e di un valore aggiuntivo, quale "margine di errore" di 0,1 g/l. La soglia è stata ridotta in ragione delle sperimentazioni della dottrina medico-legale, che hanno rivelato come in realtà l'inabilità alla guida debba ritenersi certa già ad un valore di 1,0 g/l, oltre che dei progressi compiuti nel campo dell'analisi della percentuale di alcol nel sangue attraverso il metodo BAK (*Blutalkoholkonzentration*, ossia concentrazione di alcol nel sangue). Si veda *BGA-Gutachten* 1989, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1990, p. 104.

Occorre rilevare, infine, che il valore di 1,1 g/l attualmente vigente è da riferirsi alla sola guida di automobili o motocicli. Soglie diverse oltre le quali poter ritenere provata la c.d. *absolute Fahrtüchtigkeit* (o *Fahrunsicherheit* che dir si voglia) sono necessarie quando il conducente sia sorpreso alla guida di altri mezzi di locomozione. Tra tutti, ricordiamo la bicicletta: per questa è richiesto un livello di alcol nel sangue di almeno 1,6 g/l (si vedano, tra le altre, *Oberlandesgericht* di Celle, 10 marzo 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 2169; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 10 marzo 1993, in *Blutalkohol*, 1993, p. 254; *Oberlandesgericht* di Karlsruhe, 28 luglio 1997, in *NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht*, 1997, p. 357 s.).

mancano pronunce nell'ambito delle quali la stessa Corte di cassazione ha limitato fortemente l'ammissibilità della prova contraria ⁽¹²⁾.

Un'ulteriore presunzione è quella che riguarda la verifica della *relative Fahrunsicherheit*. Quando gli accertamenti rivelino una concentrazione ematica di alcol superiore a 0,3 g/l ed inferiore ad 1,1 g/l ⁽¹³⁾, si suppone che il soggetto versi in una situazione di insicurezza alla guida relativa. Per l'attribuzione del fatto di reato, però, è necessario fornire la prova della concreta pericolosità del guidatore nell'ambito della circolazione stradale: indizi che rivelino concretamente la perdita di lucidità e riflessi sono stati definiti "necessari ed irrinunciabili" ⁽¹⁴⁾.

Anche qualora gli elementi indiziari appaiano insufficienti per inquadrare il fatto nell'alveo del § 316 StGB, residua comunque la possibilità di ricondurlo all'illecito amministrativo che sanziona chi guidi un veicolo nonostante l'assunzione di bevande alcoliche tale da provocare una concentrazione alcolemica pari o superiore a 0,5 g/l di sangue ovvero pari o superiore a 0,25ml/l di aria espirata.

⁽¹²⁾ Alcune pronunce del *Bundesgerichtshof* hanno escluso che strumenti volti ad accertare la guida impeccabile dell'imputato potessero esser portati a sostegno della difesa. Si vedano, al riguardo, *Bundesgerichtshof*, 11 aprile 1957, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 10 (1957), p. 266 s., nonché *Bundesgerichtshof*, 5 novembre 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 5 (1952), p. 168 s.

In questo senso, nella letteratura, K. GEPPERT, *Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) und Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)*, in *Jura*, 2001, p. 561; H. JANKER, *Der langsame Abschied von der Blutprobe – Aktuelle Fragen zum Führen von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss nach § 24a Abs. 1 StVG sowie § 316 StGB*, in *Deutsches Autorecht*, 2002, p. 49.

⁽¹³⁾ Qualora la rilevazione sia inferiore a 0,3 g/l, solo circostanze straordinarie che mostrino con evidenza l'ebbrezza del conducente possono vincere la presunzione *iusuris tantum* ed indurre il giudice a ritenere provata una *relative Fahrunsicherheit* (così *Oberlandesgericht* di Saarbrücken, in *NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht*, 2000, p. 12; in dottrina, P. HENTSCHEL, sub § 316 StGB, in *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2003, p. 1503; H.J. KUNERT-F. LÖHRER, *op. loc. cit.*).

⁽¹⁴⁾ In questo senso, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 24 maggio 1989, in *Deutsches Autorecht*, 1989, p. 427 s.; *Oberlandesgericht* di Zweibrücken, 12 novembre 1990, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 80 (1991), 347; *Oberlandesgericht* di Düsseldorf, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1993, p. 276.

Costituiscono esempi di indizi validi a supportare una condanna ai sensi del § 316 StGB la condotta del guidatore che proceda con improvvisi e immotivati scarti laterali sulla carreggiata (così *Bundesgerichtshof*, 21 febbraio 1974, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 47 (1974), p. 20) oppure con una guida c.d. a zig zag (*Oberlandesgericht* di Hamm, 25 febbraio 1975, *Verkehrsrecht-Sammlung* 49 (1975), p. 270).

Dell'illecito amministrativo si dirà tra un attimo. Per il momento, occorre soffermarsi ancora sul § 316 *StGB* il quale, oltre all'ebbrezza alla guida, punisce anche l'alterazione dovuta a sostanze stupefacenti o psicotrope. In questo ambito è apparso impossibile riprendere la distinzione tra *absolute* e *relative Fahrüchtigkeit*. Ciò è legato al fatto che, mentre per l'ebbrezza la scienza medico-legale ha da tempo raggiunto conoscenze ritenute tanto affidabili da istituire un "valore soglia" oltre il quale la prova contraria è quasi sempre impossibile, lo stesso non può dirsi in tema di stupefacenti ⁽¹⁵⁾. Ne deriva la necessità che la prova dell'alterazione da droghe alla guida passi sempre dalla valutazione della *relative Fahrunsicherheit*: il risultato positivo dell'analisi del sangue non basta, occorrono riscontri concreti e fattuali di un'alterazione psicofisica che conduca a condotte pericolose per la sicurezza della circolazione ⁽¹⁶⁾. Quando questi difettino, occorrerà ripiegare sull'infrazione amministrativa.

Già si è fatto più volte riferimento all'illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*), previsto al § 24a dello *Straßenverkehrsgesetz* ⁽¹⁷⁾. Occorre ora completare il quadro.

⁽¹⁵⁾ Così, *ex pluribus*, B. BIALAS, *Die Rechtsprechung zur Feststellung der Fahrüchtigkeit infolge des Konsum vom Drogen*, in *Blutalkohol*, 1997, p. 129 s.; S. HARBORT, *Rauschmitteleinnahme und Fahrsicherheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1996, p. 80 s.; G. KAUERT, *Toxikologisch-medizinische Aspekte des Medikamenteneinflusses auf die Fahrüchtigkeit*, in *Deutsches Autorecht*, 1996, p. 451; H. SCHÖCH, *Medikamente im Straßenverkehr*, *ivi*, 1996, p. 455 s.

⁽¹⁶⁾ Così *Bundesgerichtshof*, 25 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, p. 419 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 novembre 1998, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 44, (1965) p. 219 s., secondo le quali valgono allo scopo elementi come la particolare sconsideratezza e l'imprudenza alla guida, l'andatura barcollante del soggetto, etc.

⁽¹⁷⁾ Si tratta di quello che può essere tradotto come "codice della strada", d'ora in poi *StVG*. Il § 24a è stato introdotto dalla legge del 20 luglio 1973, pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 25 luglio 1973, n. 65, p. 870 e modificato, tra l'altro, con legge del 27 aprile 1998, pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 30 aprile 1998, n. 24, p. 795, che ha ridotto da 0,8 a 0,5 g/l il limite di tolleranza per l'alcol alla guida.

Si segnala che, di recente, il legislatore ha modificato il § 24a comma 4 *StVG*, elevando la sanzione da mille a tremila euro (cfr. § 23 legge del 22 dicembre 2008, pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 29 dicembre 2008, n. 64, p. 2965).

Per agevolare la lettura, si riporta di seguito la traduzione di alcuni commi del § 24a *StVG* che serviranno per meglio comprendere il prosieguo della trattazione.

Il comma 1 recita: «Commette una infrazione amministrativa chi guidi un veicolo nel traffico stradale avendo una concentrazione di 0,25 mg/l o più di alcol nell'aria espirata ovvero di

La disposizione contempla due fattispecie distinte: il primo comma punisce la condotta di chi guidi un veicolo pur avendo una quantità pari o superiore a 0,25 ml/l di alcol nell'aria espirata, ovvero 0,5 g/l di alcol nel sangue ⁽¹⁸⁾; il secondo comma, invece, sanziona *tout court* il conducente che si ponga alla guida sotto l'effetto di determinate sostanze stupefacenti o psicotrope ⁽¹⁹⁾. La mancanza di indicazione di una soglia minima, prevista invece per l'ebbrezza alcolica, ha evocato dubbi di legittimità costituzionale della disciplina, al pari di quanto si è verificato in Italia ⁽²⁰⁾. Dubbi che, proprio come il giudice delle leggi italiano,

0,5 g/l o più di alcol nel sangue ovvero una quantità di alcol nel corpo che raggiunga queste medesime concentrazioni».

Il secondo comma, invece, prevede la fattispecie di guida sotto l'influsso di stupefacenti: «Commette una infrazione amministrativa chi guidi un veicolo nel traffico stradale sotto l'effetto di una delle sostanze inebrianti nominate in allegato a questa prescrizione. Una certa influenza sussiste, se viene accertata la presenza nel sangue di una delle sostanze nominate in questo allegato. Il primo periodo non si applica, se la sostanza proviene dalla assunzione di un medicinale prescritto per una concreta malattia».

Al quinto comma, poi, si dispone che: «Il Ministero federale dei Trasporti, dell'Edilizia e dello Sviluppo Urbano è autorizzato a modificare o ad integrare, con regolamento, in accordo con il Ministero federale della Sanità e della Sicurezza Sociale ed il Ministero federale della Giustizia la lista di sostanze stupefacenti e delle sostanze in appendice allegate a questa prescrizione, se ciò è necessario per la conoscenza scientifica in termini di sicurezza stradale».

⁽¹⁸⁾ È appena il caso di notare che il legislatore tedesco, a differenza di quello italiano, ha indicato entrambe le concentrazioni alcolemiche, quella nell'aria e quella nel sangue, che pertanto possono essere contestate alternativamente. La scelta normativa trova ragione nelle difficoltà evidenziate da vari studiosi di tossicologia nel procedere alla conversione del dato ottenuto mediante analisi etilometrica, detto AAK (*Atemalkoholkonzentration*, ovvero BrAC, che sta per *Breath Alcohol Concentration*), in percentuale di alcol nel sangue, detta BAK (*Blutalkoholkonzentration*, ovvero BAC, che sta per *Blood Alcohol Concentration*). In estrema sintesi, la conversione dal dato AAK/BrAC alla percentuale BAK/BAC varia in dipendenza da molteplici fattori personali che impediscono di individuare un fattore di conversione valido per tutti gli individui.

Per delucidazioni sui principi fisici che stanno alla base della possibilità di convertire i valori AAK/BrAC in valori BAK/BAC, si rinvia al cap. IV, § 1.

⁽¹⁹⁾ La tabella degli stupefacenti, modificata da ultimo con decreto del 6 giugno 2007, pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 14 giugno 2007, n. 26, p. 1045, contiene una elencazione di alcune droghe, tra cui cannabis, eroina, morfina, cocaina, anfetamine (quali MDA, MDE, MDMA), metanfetamine.

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte cost., 12 luglio 2001, ord. n. 306, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2478 s., nonché Corte cost., 27 luglio 2004, n. 277, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, s.m., p. 79 s., con nota di G. MANCA, *La precisa formulazione dell'art. 187 del codice della strada*.

anche il *Bundesverfassungsgericht* ha risolto con un rigetto della questione ⁽²¹⁾: secondo il guardiano della *Grundnorm*, la differenza trattamentale data dalla mancata indicazione di un “limite soglia” delle droghe nel sangue rientrerebbe nell’alveo della discrezionalità legislativa e parrebbe del tutto ragionevole, proprio perché imposta dall’insufficienza delle attuali conoscenze della medicina legale. Diversamente dal caso dell’ebbrezza alcolica, infatti, la ricerca scientifica non è ancora riuscita ad individuare soglie di concentrazione per tutte le sostanze stupefacenti nel sangue, la cui presenza sia indice di una assoluta incapacità di guidare. Ciò non toglie che il giudice possa intervenire nel tentativo di colmare la lacuna normativa, ove, volta per volta, la tossicologia forense gli fornisca strumenti necessari per raggiungere una ragionevole certezza circa l’effettiva alterazione dell’individuo dalla sostanza.

Appare ragionevole, pertanto, quella scelta della giurisprudenza di integrare il secondo comma del § 24a *StVG* e, sulla scorta degli approdi raggiunti dalla ricerca scientifica, individuare limiti di concentrazione minima di droghe ⁽²²⁾ nel sangue ⁽²³⁾, al superamento dei quali si presume – beninteso, solo in campo amministrativo – una alterazione dello stato psicofisico del conducente.

⁽²¹⁾ Le sentenze cui ci si riferisce sono *Bundesverfassungsgericht*, 21 dicembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 349 s. e, prima ancora, *Bundesverfassungsgericht*, 20 giugno 2002, *ivi*, 2002, p. 2378 s.

La differenza trattamentale del conducente ebbro rispetto al guidatore che abbia assunto stupefacenti è stata peraltro oggetto di aspre critiche in dottrina. Si vedano, tra gli altri, V. STIEBIG, *Commento a Bundesverfassungsgericht del 21 dicembre 2004*, in *Juristische Rundschau*, 2005, p. 335 s.; K.R. MAATZ, *Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum*, in *Blutalkohol*, 2006, p. 460.

⁽²²⁾ Il plurale è d’obbligo: a diverse tipologie di sostanze stupefacenti o psicotrope corrispondono diverse soglie di concentrazione nel sangue idonee ad alterare la percezione della realtà fenomenica da parte del consumatore.

⁽²³⁾ Con riguardo all’accertamento di un certo quantitativo di THC nel sangue (si tratta del principio attivo della cannabis), si è individuata la concentrazione minima di 1,1 ng/ml (si vedano, tra le altre, *Oberverwaltungsgericht* di Lüneburg, 11 luglio 2003, in *NVwZ-Rechtsprechungs-Report*, 2003, p. 899 s; *Verwaltungsgerichtshof* di Mannheim, 10 maggio 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 107 (2004), p. 234 s.; *Oberverwaltungsgericht* di Koblenz, in *Deutsches Autorecht*, 2004, p. 413); il limite fissato per le anfetamine e l’ecstasy è, invece, di 25 ng/ml (in questo senso, *Oberlandesgericht* di München, 13 marzo 2006, in *Neue Juristisch Wochenschrift*, 2006, p. 1606 s.).

Critico rispetto alla decisione del giudice delle leggi di avallare l’orientamento giurisprudenziale testé citato, W. EISENMENGER, *Drogen im Straßenverkehr – Neue Entwicklungen*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 24.

3) «Nemo tenetur se detegere»: a) ambito di tutela

Per comprendere la disciplina degli accertamenti della guida in stato di ebbrezza e di alterazione da stupefacenti vigente nell'ordinamento germanico, è necessario porre un'ulteriore premessa. Attiene alla natura della libertà contro le autoincriminazioni ed alla peculiare estensione riconosciutale nell'ordinamento che si esamina.

Il *nemo tenetur se detegere* ⁽²⁴⁾ è riconosciuto in tutti gli Stati d'Europa, ma conosce mutamenti di significato a seconda dell'ordinamento che si esamina ⁽²⁵⁾. L'ampia tutela attribuita al diritto in parola nel sistema teutonico impone una riflessione alla luce dei contenuti solitamente attribuitigli nel nostro ordinamento e ciò con specifico riguardo alla possibilità di ricercare soluzioni alternative rispetto a quelle adottate dal legislatore italiano.

Il *nemo tenetur se ipsum prodere* non è esplicitamente menzionato nella Carta costituzionale tedesca ⁽²⁶⁾; si ricava in via interpretativa dall'art. 2 della *Grundgesetz*, ma le sue radici affondano in una antica tradizione che ne ha riconosciuto l'operatività fin da epoche risalenti ⁽²⁷⁾. Al pari del nostro ordinamento,

⁽²⁴⁾ Per una ricostruzione delle origini del principio, si rinvia a V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 5 s.

⁽²⁵⁾ In tal senso, S. GLESS, *Der Nemo tenetur-Grundsatz – ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht*, in H. Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, *200 Jahre Code d'instruction criminelle – La Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Baden-Baden, 2010, p. 80.

⁽²⁶⁾ Neppure tutte le Carte costituzionali degli Stati (*Land*) prevedono il principio della libertà dalle autoincriminazioni. Soltanto la Costituzione dello Stato di Brandeburgo ha introdotto il *nemo-tenetur-Prinzip*: dal 20 agosto 1992, è contenuto nell'art. 52 comma 5 (pubblicato in *Gesetz- und Verordnungsblatt I*, 1992, p. 306) il principio per cui «nessuno può essere costretto a testimoniare contro se stesso o contro persone a lui vicine stabilite dalla legge».

⁽²⁷⁾ Negli anni Cinquanta W. NIESE, *Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 63 (1951), p. 219 definiva il principio in parola come una «verità lapalissiana» (*Bisenteisheit*). Anche la giurisprudenza lo riconosce come radicato storicamente nell'ordinamento (cfr., tra le altre, *Bundesverfassungsgericht*, 7 luglio 1995, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 555; *Bundesgerichtshof*, 27 febbraio 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1463).

Sulle radici storiche del *nemo tenetur*, si vedano anche W. REIB, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1987, p. 145 s.; M. NOTHELFER, *Die Freiheit*

però, il diritto al silenzio (*Aussageverweigerungsrecht*) ha trovato codificazione normativa espressa solo verso la metà degli anni Sessanta: con la modifica dei §§ 136 e 163 *StPO* il legislatore ha dettato un catalogo di avvertimenti da rivolgere all'imputato o alla persona indagata prima dell'interrogatorio⁽²⁸⁾.

Il riconoscimento accordato all'autodifesa passiva⁽²⁹⁾ non si limita tuttavia al solo diritto di tacere nel procedimento penale. Varca i confini della materia, e copre anche le prove non dichiarative.

Sotto il primo aspetto, si riconosce il diritto di non collaborare con l'autorità amministrativa che compia atti ancora estranei al procedimento penale in senso stretto. È opinione ormai pacifica che il diritto in discorso debba riconoscersi non solo all'imputato (*Angeklagte*) ed all'indagato (*Beschuldigte*), bensì anche a colui che, interessato (*Betroffene*) da accertamenti di natura amministrativa, possa rischiare di essere sottoposto a procedimento penale⁽³⁰⁾.

A queste conclusioni si era già pervenuti attraverso argomentazioni ancorate al dato costituzionale: se è vero che il diritto a non autoaccusarsi si ricava dai principi fondamentali di dignità umana (*Menschenwürdegarantie*, art. 1 comma 1 *Grundgesetz*) e di libero sviluppo della personalità (*Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts*, art. 2 comma 1 *Grundgesetz*) e che tali principi riguardano

von *Selbstbeziehungszwang*, Decker, Heidelberg, 1989, p. 3 s.; R. SCHLAURI, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich, 2003, p. 39 s.; 49 s.

⁽²⁸⁾ Ci si riferisce alla legge del 19 dicembre 1964, detta *StPÄG* (*Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetz*), pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 31 dicembre 1964, n. 63, p. 1067 s.

⁽²⁹⁾ L'espressione *nemo tenetur se detegere* racchiude diverse connotazioni del diritto di difesa che possono essere tra loro più o meno agevolmente distinte. Secondo la tradizionale suddivisione partorita dagli ordinamenti di *common law*, il principio in parola individua l'autodifesa passiva, contrapposta all'autodifesa attiva, e contiene, da un lato, la facoltà di non autoincriminarsi (*privilege against self incrimination*), dall'altro, quella di restare in silenzio o di rifiutare addirittura di essere interrogato (*right not to be questioned* o *right to silence*). Sul punto, cfr. E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 412; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 48; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 2 s., ma anche A.A.S. ZUCKERMAN, *Trial by Unfair Means. The Report of the Working Group on the Right of Silence*, in *Criminal Law Review*, 1989, p. 855 s.

⁽³⁰⁾ In questo senso, R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 79, nt. 86.

l'insieme dei rapporti fra cittadino e Stato, ne discende necessariamente che la sua estensione non potrà limitarsi al solo processo penale, ma esplicherà la sua funzione di tutela anche in sede amministrativa ⁽³¹⁾. Queste tesi sono state pienamente accolte dalla Corte costituzionale tedesca in una storica sentenza ⁽³²⁾. Mediante argomentazioni del tutto simili ad una analoga pronuncia del nostro Giudice delle leggi ⁽³³⁾, il *Bundesverfassungsgericht* ha esteso l'applicabilità del diritto a non autoaccusarsi anche alle dichiarazioni rese dal fallito nell'ambito della procedura concorsuale.

A ciò si aggiunge il riconoscimento all'indagato ⁽³⁴⁾ del diritto di sottrarsi ad una collaborazione attiva (*aktive Mitwirkung*) anche con riguardo a prove che non abbiano un contenuto dichiarativo.

Come anticipato, la *Strafprozessordnung* – al pari del nostro codice di procedura penale – codifica espressamente il diritto al silenzio ⁽³⁵⁾ e ne garantisce

⁽³¹⁾ Diffusamente sul problema, N. BOSCH, *Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 277 s.; M. NOTHHELFER, *op. cit.*, p. 77 s.; K. ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 139 s.; R. SCHLAURI, *op. cit.*, p. 78 s.; R. TORKA, *Nachtatverhalten und Nemo tenetur*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 128; H.A. WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 92 s.

Secondo un'opinione rimasta minoritaria, nell'ambito di accertamenti volti a verificare la sussistenza di un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) si imporrebbe una deroga all'applicabilità del *nemo tenetur*, poiché questi illeciti non implicherebbero un vero rimprovero sociale. L'affermazione si appunta sull'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale la libertà dalle autoincriminazioni ha rilevanza solo in ambito penale. Sul punto, H. SCHÖCH, *Verdachtlose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion*, in *Deutsches Autoreacht*, 1996, p. 44 e 49; E. HÖFLE, *Atemanalyse zur Feststellung der Alkoholfahrt*, in *Deutscher Verkehrsgerichtstag*, 1992, p. 314 e 329.

⁽³²⁾ Ci si riferisce alla sentenza emessa dal *Bundesverfassungsgericht*, 13 gennaio 1981 (in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, p. 1431 s.). Il lignaggio costituzionale del principio di difesa dalle autoincriminazioni, in realtà, era già stato riconosciuto sempre dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza del 8 ottobre 1974, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, p. 103.

⁽³³⁾ Con la sentenza 14 marzo 1984, n. 69 (pubblicata in *Giur. cost.*, 1984, p. 425 s.), la Consulta ha emesso una sentenza interpretativa di rigetto ed ha respinto come infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 49 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in riferimento agli artt. 3 e 24 comma 2 Cost., nella parte in cui non prevede che il curatore, nel procedere all'interrogatorio del fallito, debba rivolgergli gli avvertimenti previsti per l'interrogatorio nel processo penale (artt. 78 u.p., 304 commi 2 e 3, 304-bis, -ter e -quater c.p.p. abr.).

⁽³⁴⁾ In questa espressione si intenderà ricompresa anche la figura dell'interessato da un procedimento amministrativo, al quale, secondo l'interpretazione appena citata, si estendono le garanzie di difesa contro le autoincriminazioni.

l'effettività prevedendo che l'interrogatorio dell'indagato sia preceduto dagli avvertimenti circa le accuse che si muovono a suo carico, la facoltà di rispondere alle domande ovvero di tacere, nonché il diritto di consultare un difensore di fiducia prima dell'inizio dell'interrogatorio stesso⁽³⁶⁾. Non è data una disciplina altrettanto esplicita nell'ambito delle prove non dichiarative, eppure si ritiene che il *nemo tenetur* sia estendibile anche a questo campo⁽³⁷⁾. L'autoincriminazione, infatti, può nascere tanto da un'affermazione compromettente, quanto da un *facere* muto imposto all'indagato ai fini dell'acquisizione della prova⁽³⁸⁾. Agli occhi del

⁽³⁵⁾ Nell'ambito della prova dichiarativa principe, la formula *nemo tenetur se ipsum accusare* non attiene al solo diritto al silenzio. All'imputato, infatti, è riconosciuto un vero e proprio diritto a non essere influenzato nelle sue determinazioni e, in particolare, a non subire condizionamenti in sede di interrogatorio (così, tra l'altro, *Bundesgerichtshof*, 16 febbraio 1954, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 5 (1954), pp. 332 e 334; *Bundesgerichtshof*, 14 giugno 1960, *ivi* 14 (1960), p. 364).

⁽³⁶⁾ La disciplina della presenza del difensore all'interrogatorio dell'accusato si discosta sensibilmente da quella italiana ed anzi, assume caratteristiche quasi speculari rispetto a quest'ultima.

Al difensore è consentito assistere all'atto quando sia il giudice (§ 168c *StPO*) ovvero il pubblico ministero a compierlo (§ 163a comma 3 e § 168c comma 1 *StPO*), ma non è prevista in maniera espressa la sua presenza in sede di interrogatorio compiuto dalla polizia giudiziaria. Questa si ricava, tuttavia, dal combinato disposto tra i §§ 163a comma 4 e 135 comma 1 *StPO* (così H.O. SIEG, *Zur Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, p. 1009) e, nella prassi, viene di fatto assicurata quando l'imputato si mostri disposto a rendere dichiarazioni solo alla presenza del difensore.

Per un approfondimento sulla partecipazione del difensore all'interrogatorio di polizia, H.J. SCHREPFER, *Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, 2001, p. 39 s.; S. WERNER, *Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Wien, 2008, p. 139 s.

⁽³⁷⁾ L'estensione del diritto a non autoaccusarsi alle prove non dichiarative incontra da tempo un riconoscimento pressoché corale. Si vedano, *ex multis*, N. BOSCH, *op. loc. cit.*; K. PETERS, *Strafprozeß*, Müller Juristische Verlag, Heidelberg, 1985, p. 325; K. ROGALL, sub § 133 *StPO*, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, vol. II, Heymann, Köln, 2010, p. 1174 s.; ID., *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, cit., p. 54 s.; R. SCHLAURI, *op. cit.*, p. 111 s.; H.A. WOLFF, *op. loc. cit.*

Auspicano un ridimensionamento del privilegio M. PAWLIK, *Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten – Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136 StPO*, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1998, p. 378 s. e H.H. LESCH, *Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 111 (1999), p. 624 s.

⁽³⁸⁾ Per cogliere i confini della tutela riconosciuta al diritto in parola, il *nemo tenetur* può essere anche inteso come “diritto alla passività”. Posta una *summa divisio* tra gli accertamenti che il soggetto subisce e quelli in cui è parte attiva, solo nei secondi egli godrebbe del *privilege*. Viceversa,

giurista tedesco, anche questi casi appaiono meritevoli di tutela, una tutela che si ricava da un'interpretazione ampia del brocardo *nemo tenetur se detegere*. Ne deriva che il *right to silence* sarà solo una delle possibili estrinsecazioni del diritto a non collaborare, perché il privilegio contro le autoincriminazioni non si limita a garantire le informazioni che appartengono all'interno psichico dell'accusato, ma è più in generale un presidio a tutela dell'imputato contro tutti gli obblighi di collaborazione *contra se*.

Il principio ha conosciuto significativi momenti di espansione anche negli indirizzi della giurisprudenza, giunta ad estenderne la sfera di azione persino a comportamenti attivi involontari, indotti attraverso l'utilizzo di mezzi coercitivi ⁽³⁹⁾,

l'imposizione di un obbligo di *pati* è ammessa, nei limiti posti dalla Carta costituzionale. Sulla distinzione tra attività e passività, si vedano G. HAAS, *Der Beschuldigte als Augenscheinsobjekt*, in *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1997, p. 369 s.; H. FRISTER, *Der Lügendetektor – Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft* 106 (1994), p. 317; K. ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, cit., p. 33 s.

Un diverso orientamento afferma l'incompatibilità della tesi appena riassunta con quel generale rifiuto di considerare l'imputato quale "oggetto del procedimento penale". È, questa, un'affermazione che si ritrova nella giurisprudenza come in letteratura (si vedano *Bundesverfassungsgericht*, 7 luglio 1995, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 555 s. e, prima ancora, G. GRÜNWARD, *Menschenrecht im Strafprozeß*, in *Strafverteidiger*, 1987, p. 453; T. DINGELDEY, *Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafverfahren*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1984, p. 409; P. RIEB, *Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozeß*, *ivi*, 1980, p. 239) e secondo cui i diritti fondamentali dell'imputato imporrebbero di considerarlo sempre come soggetto attivo nel processo, mai riducibile alla stregua di un "oggetto".

La dicotomia individuata da questo secondo filone interpretativo è molto simile a quella descritta in precedenza, solo terminologicamente difforme. Fa leva sulla tipologia di attività esercitata sull'accusato: allorché l'imputato sia spinto ad atteggiamenti autoaccusatori da un obbligo (*vis compulsiva*), verrà in rilievo il suo diritto a non autoincriminarsi; diversamente, il principio non potrà essere invocato quando sul soggetto si eserciti una vera e propria coercizione, ossia una *vis absoluta* (in questo senso si esprime G. GRÜNWARD, *Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung*, in *Juristenzeitung*, 1981, p. 428 s., ripreso da E. WEBLAU, *Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 11.10.1996*, in *Strafverteidiger*, 1997, p. 343; ID., *Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft* 110 (1998), p. 28, nt. 73).

Per una ricostruzione del problema, si veda anche U. EISENHARDT, *Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten*, Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007, p. 163 s.).

⁽³⁹⁾ La questione prende le mosse da quella prassi di polizia di somministrare farmaci per indurre il vomito o lassativi al soggetto indiziato di narcotraffico, al fine di favorire l'espulsione degli ovuli di plastica contenenti la sostanza trasportata nel proprio organismo e rintracciati mediante indagine ecografica o radiografica. Secondo un orientamento risalente agli anni Novanta, l'acquisizione del materiale probatorio attraverso il ricorso ai c.d. *Vomitivmitteln* violerebbe il *nemo tenetur*. La prova così ottenuta sarebbe inutilizzabile. La tesi è stata sostenuta

ovvero a giudicare inutilizzabili accertamenti che sfruttassero la collaborazione inconsapevole dell'imputato, ottenuta con mezzi occulti o fraudolenti ⁽⁴⁰⁾.

4) (Segue): b) diritto a non autoaccusarsi ed accertamenti stradali

Tipico caso in cui la collaborazione fattuale della persona sospettata appare inesigibile è proprio quello della prova della guida in stato di ebbrezza o di alterazione da sostanze stupefacenti. "Soffiare" nello strumento che rileva la presenza di alcol nel sangue, infatti, costituisce un chiaro esempio di collaborazione

dall'*Oberlandesgericht* di Frankfurt, 11 ottobre 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 1648 (con commento critico di E. WEBLAU, *Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 11.10.1996*, cit., p. 341 s. e di J. DALLMEYER, *ivi*, 1997, p. 606), ma è rimasta una pronuncia isolata e molto discussa. Sul punto si sono pronunciati il *Bundesverfassungsgericht*, 15 settembre 1999, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, p. 96, oltre all'*Oberlandesgericht* di Bremen, 19 gennaio 2000, in *NSiZ-Rechtsprechungs Report*, 2000, p. 270 s. ed all'*Oberlandesgericht* di Karlsruhe, 7 maggio 2004, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2005, p. 399 s. Secondo questi giudici, l'accertamento in questione segue le regole del § 81a *StPO* (norma che disciplina il prelievo di sangue; v. oltre, § 8) ed incide sulla libertà personale, non sul diritto a non autoincolparsi. Quest'ultimo, infatti, dev'essere limitato alla sfera delle prove alle quali l'imputato sia chiamato a fornire una sua collaborazione attiva governabile dalla propria volontà.

Per una ricostruzione del problema, J. BENFER, *Einsatz brechreizzeugender Mittel bei Drogendealern?*, in *Juristische Rundschau*, 1998, p. 53 s.; G. GRÜNER, *Die zwangsweise Vergabe von Brechmitteln – OLG Frankfurt a.M.*, in *Juristische Schulung*, 1999, p. 122 s.; A. HACKETHAL, *Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 64 s.; H.C. SCHAEFER, *Effektivität und Rechtsstaatlichkeit des Strafverfolgung – Versucheiner Grenzziehung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2437 s.; K. ROGALL, *Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, p. 66 s.; T. VERREL, *Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatz*, *ivi*, 1997, p. 419.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Bundesgerichtshof*, 24 febbraio 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 1808, che ha negato valore probatorio ad una confessione resa dall'imputato trattenuto presso il Commissariato durante una telefonata intercorsa con un amico intimo. La conversazione telefonica, indotta dalla stessa polizia, era stata sottoposta ad intercettazione ed utilizzata in seguito nel processo. La Suprema Corte ha ravvisato in questa modalità di captazione della confessione un aggiramento del *nemo tenetur* (del medesimo avviso, C. ROXIN, *Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 465 s.).

Il contrasto giurisprudenziale della sentenza citata con un'altra, di segno opposto, della stessa Corte di cassazione, è stato risolto dalle Sezioni Unite nel senso dell'inapplicabilità del principio contro le autoincriminazioni anche a questi casi. Si veda *Bundesgerichtshof*, 13 maggio 1996, in *Strafverteidiger*, 1996, p. 465. Per una ricostruzione generale del problema, F.M. CONDE, *Dal divieto di incriminazione al diritto processuale penale del nemico*, in *Arch. pen.*, 2009, p. 14 s.

attraverso un *facere* ⁽⁴¹⁾. Lo stesso vale anche per gli *screening* tossicologici che necessitano una cooperazione, come ad esempio urinare ⁽⁴²⁾.

La possibilità che l'accertamento sia impedito dal rifiuto opposto all'atto costituisce un evidente ostacolo alle verifiche "a campione" sui conducenti. Come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, in tali casi l'unico strumento che residua alla polizia per accertare l'eventuale ebbrezza o alterazione da droghe è costituito dall'analisi del sangue. Ma questo un mezzo di prova non è sempre esperibile: per disporre un prelievo ematico *ex* § 81a *StPO* è necessario che gli agenti siano venuti in contatto con un c.d. "sospetto iniziale" (*Anfangsverdacht*), coincidente con la nostra acquisizione della *notitia criminis* e solitamente individuato nella percezione sintomatica dell'alterazione psicofisica del conducente. Di tali dati, il giudice dovrà dare conto nel provvedimento giudiziale di convalida dell'atto, motivando sul requisito indicato dal § 152 comma 2 *StPO* ⁽⁴³⁾.

Secondo le conoscenze tossicologiche attuali, la percezione dell'ebbrezza attraverso gli indici sintomatici è possibile soltanto quando la concentrazione

⁽⁴¹⁾ L'ambito degli accertamenti della guida in stato di ebbrezza costituisce una esemplificazione privilegiata per comprendere la differenza tra collaborazione attiva coperta dal principio *nemo tenetur se ipsum prodere* (l'*alcoltest*) ed accertamenti corporali coercibili (il prelievo ematico, che l'imputato ha l'obbligo di tollerare). Così, tra gli altri, O.K.-E. KRAFT, *Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung*, Kovač, Hamburg, 2002, p. 177 s.; W.D. BRODAG, *Strafverfahrensrecht für Schulung und Praxis*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2008, p. 117.

In giurisprudenza, con riferimento alla ormai dismessa prova del c.d. "palloncino" e ad altri test finalizzati ad accertare l'alterazione da alcolici del conducente, cfr. *Bundesgerichtshof*, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 1939, p. 185, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 16 gennaio 1963, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, p. 772 s.; *Bundesgerichtshof*, 2 luglio 1965, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 29 (1965), p. 203.

⁽⁴²⁾ Si vedano, tra gli altri, H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis* in H. Buschbell, *Müncher Anwalts Handbuch – Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2009, nr. m. 29; H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, in *Blutalkohol*, 1997, p. 175 s.

⁽⁴³⁾ La prescrizione citata impone all'autorità giudiziaria che sia venuta a conoscenza di fatti di reato sufficientemente circostanziati di avviare l'indagine al fine di esercitare l'azione penale. Il legame tra il presupposto dettato dal § 152 comma 2 *StPO* ed il § 81a *StPO*, che disciplina il prelievo di sangue, è stato individuato dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza del 2 agosto 1996, pubblicata in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, p. 607. La scelta ermeneutica è apparsa l'unica costituzionalmente orientata, tenuto conto dell'assenza d'indicazioni specifiche nel § 81a *StPO* che individuino i presupposti per procedere al prelievo di sangue.

alcolemica nel sangue si aggiri almeno intorno allo 0,8 g/l ⁽⁴⁴⁾, quindi ben oltre la soglia minima prevista dal § 24a *StVG*. Con riguardo alla possibilità di ravvisare indizi dell'alterazione dovuta all'abuso di droghe, i problemi aumentano: la loro variabilità, legata all'ingente numero di droghe esistenti, oltre alla difficoltà di percepirli per un occhio inesperto, crea non pochi problemi nell'individuazione del momento acquisitivo della notizia di reato.

A ciò si aggiunga che lo spessore della qualità indiziaria necessario per richiedere ed ottenere un provvedimento che autorizzi un prelievo ematico non consente di accontentarsi di una generica percezione dell'ebbrezza o alterazione del soggetto riportata attraverso formule stereotipate, quali "alito vinoso", "andatura barcollante", "occhi lucidi": si pretende una descrizione delle circostanze concrete ⁽⁴⁵⁾.

Ne deriva che, attraverso il rifiuto a collaborare all'*Atemalkoholtest*, il conducente ebbro o alterato da droghe ha buone probabilità di sfuggire all'esame del sangue e, di conseguenza, alla pena ⁽⁴⁶⁾.

Questa situazione ha indotto parte della dottrina a ritenere che l'impasse potesse essere superata soltanto limitando il diritto del guidatore di rifiutare il proprio apporto all'atto. L'imposizione di un generale obbligo di prestarsi ai controlli avrebbe eliminato un grave ostacolo nella battaglia contro i pericoli legati

⁽⁴⁴⁾ Studi epidemiologici degli anni Cinquanta e Sessanta hanno rilevato un brusco calo di attenzione e sicurezza nella guida di quei conducenti che avessero raggiunto o superato gli 0,8 g/l di alcol nel sangue. Soltanto da tale soglia in poi sarebbe possibile percepire i primi sintomi dell'ebbrezza alcolica e registrare un notevole incremento delle probabilità di causare sinistri stradali. Si veda C.H.W. LUCAS-W. KALLOW-J.D. MCCOLL-B.A. GRAFFITH-H.W. SMITH, *Proceedings Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Garden City Press Cooperative, Toronto, 1953, p. 139. In italiano, L. ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico-legali*, Cedam, Padova, 1963, p. 275 s.

⁽⁴⁵⁾ In questo senso si è espresso il *Bundesverfassungsgericht*, 12 febbraio 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 1345 s. Di questa sentenza si tratterà più diffusamente *infra*, al § 8.

⁽⁴⁶⁾ Così H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 169.

all'uso di alcol e droghe da parte di chi guidi⁽⁴⁷⁾. Mentre il dibattito ferveva nella letteratura, la prassi escogitava rimedi, forse criticabili ma, al contempo, sorprendentemente legittimi. Profittando del vuoto legislativo in materia, la polizia otteneva la collaborazione "spontanea" del conducente evitando di renderlo edotto della facoltà di non cooperare all'atto⁽⁴⁸⁾. A fronte di un diritto pressoché unanimemente riconosciuto di non collaborazione agli accertamenti, infatti, l'autorità inquirente non era gravata di alcun dovere di avvisare il guidatore circa detto privilegio⁽⁴⁹⁾. Inoltre, la mancanza di un espresso obbligo di avvertimento comportava che la prova insidiosamente estorta restava immune dalla sanzione dell'inutilizzabilità⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Nel tentativo di colmare il vuoto legislativo, il *Bundesrat* (Consiglio federale tedesco) si è espresso con una risoluzione del 21 aprile 1989 volta ad introdurre accertamenti preventivi obbligatori anche in assenza di sospetti sul conducente (la risoluzione è pubblicata in *Bundesrat Drucksache* 70/89, p. 3). Sul punto, si vedano anche la proposta normativa del *SPD* (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) del 25 luglio 1991 (in *Bundestages Drucksache* 12/985, p. 3 s.) e le richieste di un intervento del legislatore in conclusione del *Arbeitsgruppe des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages im Januar 1992* (in *30. Deutsches Verkehrsgerichtstag*, 1992, p. 14).

Per approfondimenti sull'acceso dibattito sorto in dottrina, si rinvia a K. GEPPERT, *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, in *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlin, New York, 1992, p. 655 s.; ID., *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschlüssen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstags*, in *Blutalkohol*, 1992, p. 289 s.; H. SCHÖCH, *Verdachtslose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion*, cit., p. 44 s.; ID., *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 169 s.; T. VERREL, *Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatz*, cit., p. 417 s.

⁽⁴⁸⁾ K. GEPPERT, *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, cit., p. 660.

⁽⁴⁹⁾ In questo modo, non soltanto il *quisque de populo*, ma persino giuristi, ignari dell'insussistenza di un obbligo di collaborazione, potevano essere indotti a ritenere obbligatoria la propria cooperazione all'atto. Sul punto, H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 171 e, con toni fortemente critici sulla mancanza di un obbligo di avvertimento, cfr. K. GEPPERT, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 3 novembre 1965, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 415. Sulle medesime posizioni, L. SENGE, sub § 81a StPO, in *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Beck, München, 2008, p. 385.

Sembra opportuna una breve digressione sull'istituto dell'inutilizzabilità nel sistema tedesco. Il codice di procedura penale conosce l'istituto dei divieti probatori (*Beweisverbote*) dai quali deriva l'inutilizzabilità della prova (*Unverwertbarkeit*). In estrema sintesi, questi si distinguono in autonomi e non autonomi: i primi sono immediata conseguenza della violazione dei

Unica soluzione invocabile per risolvere tali incongruenze del sistema appariva quella di operare una radicale modifica legislativa che consentisse alla polizia di effettuare controlli obbligatori “a campione” sulle condizioni psicofisiche dei guidatori.

Il riconoscimento di tale facoltà, peraltro, avrebbe consentito di sciogliere anche un'altra contraddizione del sistema. Acuto il rilievo per cui l'interessato non sarebbe affatto privo di condizionamenti nella scelta tra la collaborazione o il rifiuto: la minaccia implicita di sottoporlo ad un atto invasivo forzoso – quale è il prelievo di sangue – in risposta al suo rifiuto di soffiare nel “boccaglio”, è già idonea ad influire sulla sua libertà di autodeterminarsi e si risolve in un forte condizionamento ⁽⁵¹⁾.

rari divieti di utilizzabilità espressamente previsti dalla legge e potrebbero essere considerati alla stregua di “inutilizzabilità speciali”; più frequenti appaiono i secondi, che derivano dalla violazione di disposizioni dettate in tema di assunzione della prova. Non è necessario che la legge vieti esplicitamente di acquisire la prova attraverso determinate modalità; questa sorta di “inutilizzabilità generale” inficia il dato probatorio ogniqualvolta non siano state rispettate le procedure dettate per l'assunzione della prova. Esempio di scuola sono i commi 1 e 2 del § 136a *StPO*, che elencano gli avvertimenti preliminari all'interrogatorio dell'imputato. L'inottemperanza all'obbligo di avvisare l'imputato inficia l'utilizzabilità dell'interrogatorio.

D'altro canto, non da ogni inosservanza di prescrizioni sulle modalità di acquisizione della prova deriva una inutilizzabilità non autonoma. Ciò accade soltanto nel caso in cui falliscano meccanismi di recupero della prova che si avvalgono di criteri logico-ipotesici, quali la c.d. “ponderazione generalizzata”, che consente al giudice di affermare che il medesimo dato probatorio si sarebbe comunque ottenuto anche operando nel rispetto della legge. Per approfondimenti sul tema e per completi riferimenti bibliografici, cfr. W.D. BRODAG, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 112 s.; C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009, p. 153 s. Per una traduzione italiana, E. SCHLÜCHTER, *Compendio di procedura penale tedesca*, trad. di S. Giuliani, Cedam-Eu Wi, Frankfurt, 1998, p. 214 s.

⁽⁵¹⁾ Denunciano l'idoneità della *vis absoluta* a trasformarsi in una *vis compulsiva* W. REIB, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, cit., p. 174 e 176; H.U. PAEFFGEN, *Vorüberlegung zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Heymann, Köln, 1986, p. 70. Più di recente, si veda anche T. VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, cit. p. 77.

La minaccia di esercitare una forza fisica coattiva cui il soggetto non possa opporsi (*vis absoluta*) costituisce essa stessa, infatti, una *vis compulsiva*, in grado di incidere sulle determinazioni del soggetto. Questi, consapevole dell'alternativa tra collaborare attivamente alla propria autoincriminazione e subire un atto invasivo della sfera corporale e costretto a scegliere tra la tutela del proprio diritto di difesa e quella della propria integrità fisica, potrebbe ragionevolmente optare per la prima scelta.

La proposta di introdurre un obbligo di collaborare all'atto ⁽⁵²⁾ non è mai stata recepita dal legislatore. Ostacoli insuperabili le hanno sbarrato la via. In primo luogo, nessuna soluzione è apparsa compatibile con il dato costituzionale: secondo un'autorevole voce dottrinale, la prova ottenuta obbligando l'interessato ad *agere contra se* non si sarebbe mai potuta utilizzare in un procedimento di natura penale ovvero amministrativa ⁽⁵³⁾. Per non incorrere nella violazione del *nemo tenetur*, l'unica via percorribile sarebbe stata tutt'al più la creazione di una norma che imponesse l'utilizzo di sensori passivi (*passiver Alkoholsensor*). Sono, questi, strumenti in grado di rilevare l'alcol nel fiato anche solo avvicinandoli al naso ed alla bocca del soggetto. Utilizzati come *pre-test*, essi avrebbero agevolato la ricerca degli indizi di reato, anche al fine di acquisire elementi utili a supporto di una richiesta *ex § 81a StPO* ⁽⁵⁴⁾.

A queste obiezioni si sommarono le critiche di chi ipotizzò che una sanzione per la mancata cooperazione all'atto avrebbe potuto costituire un premio per gli scaltri. Il conducente "smaliziato", svolta una rapida valutazione di *pro e contro*

⁽⁵²⁾ Si proponeva l'introduzione di una *Ordnungswidrigkeit* che sanzionasse il conducente in caso di rifiuto a collaborare con l'autorità. In questo senso, W. KULLIK, *Kontrollbefugnisse der Polizei im Straßenverkehr. Sind pauschale Kontrollen zulässig?*, in *Blutalkohol*, 1988, p. 371; U. HEIFER-F. PLUISCH, *Herabsetzung der Promille-Grenze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, p. 425; H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 171.

È il caso di notare, però, che la proposta di creare una fattispecie che sanzionasse il rifiuto di collaborare era stata formulata passando attraverso la preventiva negazione che il diritto contro le autoincriminazioni potesse estendersi anche alle prove "non verbali". Si vedano, in particolare, H. SCHÖCH, *Verdachtlose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion*, cit., p. 49; E. HÖFLE, *Atemanalyse zur Feststellung der Alkoholfahrt*, cit., p. 329.

⁽⁵³⁾ Cfr. K. GEPPERT, *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen?*, cit., p. 293, nonché ID., *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, cit., p. 677. L'autore escludeva con decisione la compatibilità di una tale soluzione con l'estensione attribuita dalla maggior parte della dottrina e giurisprudenza al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

⁽⁵⁴⁾ In questo senso sempre K. GEPPERT, *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen?*, ult. cit., nonché ID., *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, ult. cit. A distanza di quasi un ventennio da quelle proposte, si ha ragione di dubitare dell'attendibilità di cui avrebbero goduto simili strumenti. Questi mezzi di rilevazione, infatti, appaiono raramente citati nella stessa letteratura medico-legale. L'unica menzione che si è rinvenuta tra le pubblicazioni italiane esaminate è di T. MACCHIA, *Il rilevamento analitico di droga ed alcool nella circolazione stradale: osservazioni e commenti*, in AA.VV., *Droga ed alcool nella circolazione stradale, Atti Convegno Automobile Club Lucca 11-13 giugno 1992*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 195.

implicati da una non-collaborazione, si sarebbe probabilmente risolto per il rifiuto dell'accertamento. Così facendo, la sanzione amministrativa sarebbe stata probabilmente l'unica applicabile. Per il soggetto che non avesse mostrato evidenti sintomi di ebbrezza, il diniego al *test* del respiro avrebbe comportato il totale difetto di quegli indizi di reato basilari per procedere al prelievo di sangue ⁽⁵⁵⁾, prova considerata essenziale per sostenere l'accusa nel processo penale.

Abbandonata dunque l'idea di punire il guidatore recalcitrante, si è proseguito sulla via maestra precedentemente eletta, tentando di eliminare le lacune del sistema. Sembra questo l'obiettivo perseguito da una serie di circolari ministeriali emanate dagli Stati federali tedeschi ⁽⁵⁶⁾ dalla fine degli anni Novanta, con le quali è stato introdotto l'obbligo di avvertire l'interessato sottoposto al controllo stradale della facoltà di rifiutare la propria collaborazione all'atto ⁽⁵⁷⁾. L'avviso vale tanto per l'*alcoltest* quanto per gli accertamenti rapidi, detti *Vortest* ⁽⁵⁸⁾, dei quali vengono spiegati funzionamento e scopo; riguarda, inoltre, le

⁽⁵⁵⁾ Così lo stesso H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 171.

⁽⁵⁶⁾ Diversamente dalle norme del codice di procedura penale, che sono dettate dal legislatore federale, quelle che riguardano il diritto di polizia sono di competenza dei singoli Stati della Federazione, *ex art. 70 s. Grundgesetz*. Tale autonomia normativa può comportare alcune differenze di disciplina tra un *Land* e l'altro.

⁽⁵⁷⁾ Le linee guida introdotte con le circolari in discorso sono molto simili tra loro, anche se introdotte in periodi diversi. Si segnala, tuttavia, che non è stato possibile rinvenire le predette circolari per tutti e sedici i *Land* della Federazione tedesca, pertanto non si può affermare con certezza che esse siano state adottate ovunque.

Si vedano, per il Baden-Württemberg, la circolare del 29 luglio 1998, pubblicata in *Gemeinsames Amtsblatt* 1998, n. 12, p. 471 s. (modificata in data 26 aprile 2005; 26 giugno 2007 e 25 settembre 2009. L'ultima versione è pubblicata in *Die Justiz*, 2009, p. 309); per lo Schleswig-Holstein, la circolare del 3 novembre 1999, pubblicata in *Amtsblatt Schleswig-Holstein*, 1999, n. 41 p. 636 s.; per il Niedersachsen, la circolare del 18 ottobre 1999, pubblicata in *Niedersächsisches Ministerialblatt*, 1999, n. 38 p. 755 s.; per il Nordrhein-Westfalen, la circolare del 15 agosto 2000, pubblicata in *Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen*, 2000, p. 934 s.; per l'Hessen, la circolare del 10 gennaio 2000, pubblicata in *Staatsanzeiger*, 2000, p. 455 s., modificata il 12 gennaio 2006 e pubblicata in *Staatsanzeiger*, 2006, p. 282 s.; per il Sachsen-Anhalt, la circolare del 10 agosto 2000, in *Sächsisches Amtsblatt*, 2000, n. 32, p. 645 s.

⁽⁵⁸⁾ Si fa qui riferimento all'analisi dell'aria espirata o di materiale biologico come l'urina, eseguite con strumentazione considerata non attendibile ai fini probatori, ma utile soltanto per eseguire controlli "a campione" sui conducenti. Si veda, in tema di prove rapide del respiro, il § 6; sugli *screening* rapidi antidroga, il § 7.

conseguenze penali ed amministrative a cui il soggetto si espone nel sottoporsi a questi rilievi ⁽⁵⁹⁾).

L'introduzione degli avvertimenti sembra una congrua risposta all'avvertita esigenza di un'effettiva tutela del *nemo tenetur*. Permane il dubbio circa la possibilità o meno di considerare liberamente autodeterminata la scelta di sottoporsi agli accertamenti etilometrici, quando l'alternativa sia quella di subire un prelievo di sangue. La soluzione, tuttavia, appare formalmente equilibrata e presa nel rispetto del principio di proporzionalità.

5) Avvio dell'indagine: l'acquisizione del "sospetto iniziale"

Già molto si è anticipato con riguardo alle modalità di controllo dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe. Occorre ora calarsi nella materia attraverso un'analisi delle disposizioni processuali coinvolte e delle applicazioni che si riscontrano nella prassi.

Controlli "a campione" sui guidatori, volti a verificarne l'idoneità alla guida, sono consentiti dal § 36 comma 5 *StVO* ⁽⁶⁰⁾ e consistono in prove svolte mediante strumenti portatili, detti *Vortest*. Gli atti in discorso si collocano giuridicamente in uno spazio a cavaliere tra l'"ispezione" preventiva e l'acquisizione di elementi di prova nell'indagine penale ⁽⁶¹⁾. La verifica sul conducente fermato nel traffico

⁽⁵⁹⁾ Cfr. il § 2.1.1 delle linee guida dettate dalle circolari comuni degli Stati federali citate in nt. 57.

⁽⁶⁰⁾ Secondo l'interpretazione più accreditata, il § 36 comma 5 *StVO* consente alla polizia di operare controlli "a campione" anche in assenza di sospetti di reato o infrazioni amministrative. Di questo avviso, già prima della modifica normativa avvenuta con legge 19 marzo 1992 (pubblicata in *Verkehrsblatt* 1992, p. 187), S. LEGAT, *Rechtliche Grenzen polizeilicher Alkoholkontrollen*, in *Blutalkohol*, 1988, p. 374 s. Dopo la riforma l'esperibilità di controlli casuali sulla scorta del § 36 comma 5 *StVO* è apparsa evidente ad *Oberlandesgericht* di Düsseldorf, 5 giugno 1996, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1996, p. 458 s. come a P. HENTSCHEL, sub § 36 *StVO*, in *Straßenverkehrsrecht*, cit., p. 717; M. HETTENBACH-V. KALUS-M. MÖLLER-A. UHLE, *Drogen und Straßenverkehr*, cit., p. 44; M. LUDOVISY, *Praxis des Straßenverkehrsrechts*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co., Rechlinghausen, 2001, p. 530.

⁽⁶¹⁾ Sulla dubbia collocazione dei controlli dell'inabilità alla guida causata dall'assunzione di alcol o droghe tra ispezione amministrativa ed attività di polizia giudiziaria nell'ordinamento italiano, si veda cap. III, § 4.

stradale nasce, infatti, come mera attività di vigilanza, ma può repentinamente convertirsi in una ricerca della prova, fruibile nel rito amministrativo o penale ⁽⁶²⁾.

L'acquisizione della notizia di reato può passare anche attraverso diverse vie, dalla percezione di indizi che rivelino uno scarso controllo sulle proprie abilità psicofisiche, all'incauta ammissione, da parte dello stesso conducente, di aver assunto sostanze alcoliche o droganti. Nel sistema teutonico, come in quello italico, è importante definire in quale momento si faccia ingresso nella fase dell'indagine penale: a seconda della fase entro cui si collochi l'atto, la disciplina applicabile diverge significativamente.

Il verbale di accertamenti riportante dichiarazioni autoaccusatorie dell'interessato, anche se stimulate da "domande informative" della polizia stradale non precedute dall'avviso del diritto al silenzio, è considerato utilizzabile dal giudice ai fini della decisione. Non opera, infatti, il divieto probatorio indiretto previsto dalla disposizione codicistica che regola l'interrogatorio dell'imputato, il § 136 *StPO* ⁽⁶³⁾. Sarebbe decisivo il dato letterale dei §§ 136 e 163a *StPO*, i quali circoscrivono al solo interrogatorio "formale" l'obbligo di avvertire la persona sottoposta alle indagini della facoltà di non rispondere. L'espreso riferimento alla persona indagata (*Beschuldigte*) contenuto nel § 136 *StPO* limiterebbe l'applicabilità della norma soltanto a colui che, attinto da indizi di reato, rivesta già tale qualifica. Ne consegue che non godrebbe del diritto agli avvertimenti l'interessato da un accertamento amministrativo, quale è il *Betroffene*; nei suoi confronti, si specifica, non si svolge un interrogatorio "formale", potendosi parlare al più di "domande informative" (*informatorische Befragung*), che non richiedono ammonizioni.

⁽⁶²⁾ Così, M. HETTENBACH-V. KALUS-M. MÖLLER-A. UHLE, *Drogen und Straßenverkehr*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2010, p. 40.

⁽⁶³⁾ Così, tra l'altro, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 21 maggio 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, p. 435 s.; *Oberlandesgericht* di Hamm, 7 maggio 2009, in *Strafverteidiger*, 2010, p. 5 s.

Una volta acquisito il sospetto di reato, dunque, la polizia procede invitando il conducente a sottoporsi al *test* dell'aria espirata (*Atemalkoholtest*) o agli *screening* per le droghe che hanno ad oggetto urine, saliva o sudore ⁽⁶⁴⁾. A tal proposito, viene in rilievo una singolare differenza tra la disciplina nostrana e quella tedesca. Mentre in Italia il guidatore sottoposto al controllo stradale ha il diritto di essere informato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia prontamente disponibile ⁽⁶⁵⁾, il diritto germanico non contempla la presenza del difensore all'atto. Unica garanzia, pertanto, è proprio quella affidata al conducente e consiste nella prerogativa di rifiutarsi di collaborare all'esame.

La possibilità di opporre un rifiuto immotivato e non sanzionato non costituisce sempre un ostacolo all'accertamento: qualora i sospetti di reato sussistano indipendentemente dal *test* preliminare e siano di gravità tale da supportare una richiesta al giudice di autorizzare il prelievo di sangue (*Blutentnahme*), sarà applicabile il § 81a *StPO*.

Si noti che il ricorso al prelievo ematico prescinde dalla qualificazione giuridica del fatto come illecito penale o amministrativo. Si è già chiarito come le norme dettate per le indagini preliminari si applichino anche agli accertamenti amministrativi ⁽⁶⁶⁾. In certi casi, poi, il ricorso alla prova del sangue appare ineluttabile: solo l'esito di laboratorio che definisca il tasso alcolemico raggiunto, infatti, potrà chiarire se il fatto si qualifichi come *Ordnungswidrigkeit* oppure *Straftat*.

S'impone un'analisi congiunta delle procedure di accertamento dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe.

⁽⁶⁴⁾ Con riguardo agli accertamenti rapidi per rintracciare sostanze stupefacenti nell'organismo del conducente, si rinvia al § 7.

⁽⁶⁵⁾ Lo prevede l'art. 114 disp. att. c.p.p. La norma è ritenuta applicabile da giurisprudenza costante, la quale riconduce gli accertamenti disciplinati dagli artt. 186 e 187 del codice della strada nell'istituto di cui all'art. 354 c.p.p. Per una più completa analisi delle garanzie difensive accordate al conducente, si rinvia al cap. III, § 6 s.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. § 1.

6) *Das Atemalkoholtest: l'etilometro*

L'introduzione sul mercato di strumenti tecnici idonei a misurare la concentrazione di alcol nell'aria alveolare espirata ⁽⁶⁷⁾ segnò un primo passo verso il cambiamento nei modi di accertare l'ebbrezza. La fallibilità e l'imprecisione di questi rudimentali apparecchi, tuttavia, imponeva grande cautela nell'apprezzarne gli esiti ai fini della prova. Per tali ragioni, essi valevano come mera verifica preliminare ⁽⁶⁸⁾, incompleta senza un'analisi del sangue.

Il primo – ed unico – strumento atto a rilevare la concentrazione di alcol nell'aria alveolare espirata giudicato attendibile ai fini della prova è il Dräger Alcotest 7110 Evidential Typ MK III ⁽⁶⁹⁾. A determinate condizioni, esso consente di evitare il ricorso alla prova ematica: ciò quando la rilevazione ottenuta lasci escludere la configurabilità di una rilevanza penale del fatto.

Per acquisire elementi utili al fine di sottoporre il conducente al più preciso etilometro, può adoperarsi un congegno di rilevamento meno esatto, detto *Vortest* ⁽⁷⁰⁾. Del tutto privo di credibilità euristica, esso non ha valore di prova non solo nel processo penale, ma neppure può motivare l'irrogazione di una sanzione

⁽⁶⁷⁾ Ci si riferisce alle diverse tecniche di rilevazione inventate da Harger (1931), Jetter (1941) e Greenberg/Keator (1941). Sull'argomento, diffusamente, O. GRÜNER, *Die Atemalkoholprobe*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, p. 11.

Secondo E. LIGNITZ-H.P. SCHMIEDEBACH, *Zur Entstehungsgeschichte vom »Alcotest«*, in *Blutalkohol*, 2000, p. 4 s. i primi utilizzi di questi strumenti da parte della polizia tedesca risalgono già agli anni Cinquanta.

⁽⁶⁸⁾ Tra le tecniche in uso, si ricorda la già citata “prova del palloncino” (*Priifröhrchen*), principale strumento utilizzato fino alla fine degli anni Ottanta. Il progressivo abbandono di questi congegni coincise con l'avvento dei primi *alcoltest* elettrici. Uno fra questi, l'*Alcotest 7410*, è tuttora adoperato dalla polizia stradale come accertamento preliminare. Sul punto, F. HÄCKER, *Die forensische Verwertbarkeit der Atemalkoholanalyse im Straf- und Ordnungswidrigkeitenbereich*, Driesen, Taunusstein, 2009, p. 23.

⁽⁶⁹⁾ D'ora in avanti, Dräger Alcotest 7110. Questo modello di *alcoltest* è indicato come unico apparecchio idoneo alla verifica dell'ebbrezza nella legge di riforma del § 24a *StVG* del 27 aprile 1998, in *Bundesgesetzblatt*, I, 30 aprile 1998, n. 24, p. 795. Si noti come il modello di congegno utilizzato in Germania è lo stesso in uso alle forze dell'ordine italiane, secondo quanto dispone il decreto n. 196 del Ministero dei Trasporti, emanato di concerto con il Ministero della Salute il 22 maggio 1990. Sul punto, si veda anche G. PROTOSPATARO, *Etilometro: com'è fatto*, in *Polizia moderna*, 2008, n. 2.

⁽⁷⁰⁾ Si fa ricorso al Dräger Alcotest 7410, oppure all'AlcoQuant 6020.

amministrativa (⁷¹). Ricerca elementi di sospetto e costituisce il preludio all'*alcoltest* e al prelievo ematico.

Anche qualora il *Vortest* rilevi una concentrazione di alcol nel respiro particolarmente elevata, però, la polizia sottopone comunque il conducente al *test* dell'aria espirata (⁷²). Persino quando si presentino indizi che, di per sé soli, sarebbero sufficienti a giustificare il ricorso alla prova ematica, essa rimane l'*extrema ratio*.

Già si è accennato che l'esito della misurazione etilometrica ha valore di prova limitatamente al procedimento amministrativo: la giurisprudenza esclude ogni sua utilizzabilità nel processo penale (⁷³). Le ragioni di tale scelta si fondano su approdi valutativi di carattere medico-legale: l'esito dell'*alcoltest* sarebbe soggetto ad errori di rilevazione e dipenderebbe da diversi fattori – come la temperatura dell'ambiente esterno o del respiro, ovvero ancora il volume dell'aria

(⁷¹) Questi strumenti, a differenza degli “accertamenti non invasivi” in uso in Italia, rilevano la presenza della quantità di alcol nell'aria espirata fornendo un dato percentuale. Ciò nonostante, la misurazione ottenuta non è considerata utilizzabile, per la scarsa attendibilità tecnica: diversamente dal Dräger Alcoltest 7110, infatti, questi misuratori non sono sottoposti a continue revisioni e possono fornire risultati errati. Si vedano, sul punto, *Amtsgericht* di Westerburg, 22 giugno 1994, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1995, p. 41; *Oberverwaltungsgericht* di Magdeburg (Sachsen-Anhalt), 12 agosto 2002, in *Blutalkohol*, 2003, p. 390 s.

Sugli accertamenti rapidi disciplinati dalla normativa italiana, si rinvia al cap. III, § 1.

(⁷²) W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, Deubner, Köln, 2006, p. 5.

(⁷³) Cfr. *Oberlandesgericht* di Zweibrücken, 27 settembre 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 102 (2002), 117; *Amtsgericht* di Klötze, 25 gennaio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 178; *Amtsgericht* di Magdeburg, 8 marzo 2000, in *Blutalkohol*, 2000, p. 399; *Amtsgericht* di Meiningen, 10 maggio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 375; *Amtsgericht* di Köln, 27 luglio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 485 s.; *Landesgericht* di Dessau, 21 agosto 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 538; *Oberlandesgericht* di Naumburg, 15 dicembre 2000, in *NStZ-Rechtsprechungs Report*, 2001, p. 105 s.; *Amtsgericht* di Cottbus, 26 ottobre 1999, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 88.

Il risultato fornito dall'etilometro, peraltro, non sarebbe sufficiente neppure a corroborare un esito del prelievo ematico insufficiente. La scarsa precisione della conversione dal dato AAK/BrAC in BAK/BAC sarebbe ostacolo a qualsiasi utilizzo di questa prova nel processo penale.

Più in generale, sull'imprecisione del dato fornito dal Dräger Alcoltest 7110, che può essere ridimensionato secondo la formula *in dubio pro reo*, si vedano *Amtsgericht* di Brandenburg, 19 maggio 2000, *ivi*, 2000, p. 538 s.; *Amtsgericht* di München, 28 ottobre 1999, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 180.

espirata ⁽⁷⁴⁾ – tali da non soddisfare le esigenze euristiche dell'accertamento penale. Si tratta di un'inutilizzabilità di creazione squisitamente giurisprudenziale, che prescinde dal rispetto delle disposizioni dettate per l'acquisizione della prova etilometrica; assomiglia più a un divieto di ammissione della prova scientifica che non soddisfi i requisiti minimi di certezza richiesti dal rito penale.

L'orientamento giurisprudenziale appena tratteggiato, peraltro, ha resistito anche contro il volere del legislatore. Nello Stato del Sachsen-Anhalt, infatti, un tentativo di consentire asilo alla prova fornita dal Dräger Alcotest 7110 ⁽⁷⁵⁾ è stato esplicitamente disatteso dalla giurisprudenza ⁽⁷⁶⁾, che continua a ritenere la prova non utilizzabile dal giudice penale.

Peraltro, la “prova del respiro” è apprezzabile nel procedimento amministrativo soltanto quando venga espletata nel pieno rispetto delle linee guida dettate dalle circolari ministeriali vigenti ⁽⁷⁷⁾. Fondamentale è l'avvertimento della insussistenza di obblighi di collaborazione in capo al guidatore fermato:

⁽⁷⁴⁾ S. HARBORT, *Der Beweiswert der Blutprobe*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1994, p. 195 s.; R. IFFLAND-N. BILZER, *Zweifel an dem beweissicheren Atemalkoholnachweisverfahren mit dem „Alcotest 7110 Evidential“*, in *Deutsches Autorecht*, 1999, p. 1; R. IFFLAND-W. EISENMENGER-N. BILZER, *Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Atemalkoholspiegels in der forensischen Praxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, p. 1379 s.; ID., *Gerichtsverwertbarkeit von Atemalkoholmessung*, in *Deutsches Autorecht*, 2000, p. 9; J. WILSKÉ, *Die „beweissichere Atemalkoholprobe“ – Wie beweissicher ist sie?*, *ivi*, 2000, p. 16.

⁽⁷⁵⁾ Ci si riferisce ad una circolare del Ministero degli Interni dello Stato del Sachsen-Anhalt del 7 giugno 1999 (pubblicata in *Blutalkohol* 2000, p. 171 s.), con la quale si è statuito che, al raggiungimento di una misurazione superiore a 0,8 mg/l di alcol nell'aria espirata, il giudice possa utilizzare la prova così ottenuta per motivare la condanna per il fatto di rilievo penale. Una rilevazione superiore a 0,8 mg/l, infatti, equivarrebbe ad un accertamento della *absolute Fahrtüchtigkeit*.

⁽⁷⁶⁾ L'*Oberlandesgericht* di Naumburg, capitale del Sachsen-Anhalt, ha accolto con particolare diffidenza la circolare del Land. In un primo momento, i giudici hanno affermato la necessità di un chiarimento sul punto ad opera del *Bundesgerichtshof*, il cui costante orientamento negava l'utilizzabilità in sede penale della prova fornita dal Dräger Alcotest (*Oberlandesgericht* di Naumburg, 5 dicembre 2000, cit.). Pochi mesi dopo, con la sentenza del 29 novembre 2000 (pubblicata in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2001, p. 135 s.), i giudici di Naumburg hanno però sostanzialmente disapplicato la circolare ministeriale: sulla base della costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (28 giugno 1990, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1190, p. 2393 s.), si è infatti sostenuto che la prova dell'*absolute Fahrunsicherheit* debba passare unicamente attraverso l'analisi del sangue.

⁽⁷⁷⁾ In particolare, le modalità di espletamento dell'atto sono regolate dai §§ 2.1.2 e 2.1.3 delle circolari dei *Land* citate *retro*, nt. 57.

dall'omissione di tale avviso germoglia l'inutilizzabilità della prova ⁽⁷⁸⁾. Particolare rilevanza è attribuita, poi, al rispetto di alcuni presupposti tecnici ritenuti ineludibili ⁽⁷⁹⁾: anche in questo caso, l'inosservanza delle modalità di espletamento dell'atto, nonché di manutenzione dello strumento, possono inficiare il valore probatorio delle analisi, tanto da renderle insufficienti a supportare una condanna.

Una delle regole procedurali previste per l'espletamento dell'atto richiede che la misurazione sia effettuata almeno venti minuti dopo l'ultima ingestione accertata di bevande alcoliche da parte del conducente ⁽⁸⁰⁾. A tale attesa, poi, si

⁽⁷⁸⁾ Le poche le pronunce sul punto appaiono tra loro concordi. Si vedano *Amtsgericht* di Frankfurt, 18 gennaio 2010, in *Blutalkohol*, 2010, p. 435 s.; *Landesgericht* di Freiburg, 21 settembre 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, p. 614 s.; *Amtsgericht* di Leverkusen, 24 giugno 2002, in *Adajur*, n. 54229. In generale, sull'inutilizzabilità di una prova ottenuta in violazione delle disposizioni in tema di avvertimenti da dare alla persona sottoposta alle indagini, si veda *Bundesgerichtshof*, 27 febbraio 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1463 s.

Non si sono rinvenute pronunce in materia di mancato avvertimento della volontarietà degli accertamenti rapidi (*Vortest*). Un riscontro positivo dato da tale strumentazione non è senza significato, in quanto potrebbe da solo supportare una richiesta di autorizzazione giudiziale al prelievo ematico.

⁽⁷⁹⁾ Si trovano indicati da una perizia commissionata dall'Ufficio della Sanità Federale (*Bundesgesundheitsamt*), denominata "Attendibilità probatoria dell'analisi dell'alcol nell'alito" e pubblicata in G. SCHOKNECHT, *Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse. Gutachten des Bundesgesundheitsamtes*, Wirtschaftsverlag NW, Bremerhaven, 1992, *passim*. Tali presupposti sono stati recepiti nelle già citate circolari dei *Land*.

Le conclusioni della perizia commissionata dal *Bundesgesundheitsamt*, in ogni caso, sono state pienamente accolte anche dalla giurisprudenza di legittimità: il Supremo giudice ha statuito che i valori ottenuti mediante l'*alcoltest* sono da ritenersi attendibili, se ottenuti nel rispetto delle disposizioni in materia, e non abbisognano di ulteriori riscontri per irrogare la sanzione amministrativa. Così, *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, p. 267 s. Si veda anche *Oberlandesgericht* di Hamm, 18 giugno 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 101 (2001), p. 53 s.

⁽⁸⁰⁾ Scopo dell'attesa è evitare che l'esito della misurazione risulti falsato dalla presenza di alcol buccale o suoi residui. A tal fine, venti minuti sono apparsi un "tempo necessario e sufficiente" secondo G. SCHOKNECHT, *Ist eine Verlängerung des Wartezeit bei polizeilicher Anwendung der Atemalkoholanalyse angezeigt?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, p. 67.

In particolare, l'attesa di questi venti minuti servirebbe a consentire che si fissi un rapporto, una proporzione, tra la quantità di alcol nel sangue e quella nell'aria alveolare. Bisogna attendere che l'alcol entrato in circolo nel sangue fluisca all'interno dei polmoni attraverso i capillari presenti negli alveoli. Di qui, infatti, parte della sostanza attraversa le pareti polmonari per essere espulso attraverso l'espiazione. Nozioni di medicina legale come quelle testé riportate non devono apparire superflue: la giurisprudenza tedesca, infatti, ne fa largo impiego nel valutare l'utilizzabilità e l'attendibilità della prova. Si veda, tra le altre, *Oberlandesgericht* di Karlsruhe, 19 aprile 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, p. 466 s.

sovrappone – ovvero, in dipendenza dal caso concreto, si somma ⁽⁸¹⁾ – un periodo di tempo di minimo dieci minuti, durante i quali la polizia stradale ha il compito di monitorare l'attività del guidatore fermato: per il buon esito dell'accertamento, in questo lasso di tempo il conducente non deve fumare, utilizzare *spray* per la bocca o altre sostanze idonee ad alterare la misurazione ⁽⁸²⁾.

Il mancato rispetto di questi termini non è privo di sanzioni. La giurisprudenza mostra grande rigore nel richiedere che le tempistiche suddette vengano rispettate, giungendo a penalizzare con l'inutilizzabilità gli esiti di un accertamento "frettoloso" ⁽⁸³⁾. Solo quando siano trascorsi sia il tempo di attesa (*Wartezeit*) che quello di monitoraggio (*Kontrollzeit*) è possibile eseguire

⁽⁸¹⁾ Si pensi al caso in cui appaia evidente che il conducente non abbia ingerito sostanze alcoliche da venti minuti o più: resta comunque impregiudicato l'obbligo di attendere ulteriori dieci minuti prima di sottoporre il soggetto alla "prova del respiro". In questo senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., p. 12, secondo cui il tempo di attesa dopo la fine di assunzione di alcolici (*Wartezeit*) può anche contenere il tempo di monitoraggio del conducente (*Kontrollzeit*).

⁽⁸²⁾ Sulla modifica degli esiti dell'alcoltest causata dall'ingestione di uno sciroppo per la tosse, si vedano *Oberlandesgericht* di Hamm, 16 dicembre 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial*, 2009, p. 202, nonché *Oberlandesgericht* di Hamm, 24 gennaio 2008, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2008, p. 260 s.

⁽⁸³⁾ Così, *Oberlandesgericht* di Bamberg, 21 agosto 2009, in *Blutalkohol*, 2010, p. 134 s.; *Amtsgericht* di Plötz, 3 settembre 2007, in *Deutsches Autorecht*, 2008, p. 408; *Oberlandesgericht* di Dresden, 8 febbraio 2005, in *Blutalkohol*, 2006, p. 404 s.; *Oberlandesgericht* di Thüringer, 1 settembre 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, p. 225; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 2 novembre 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2005, p. 40; *Oberlandesgericht* di Karlsruhe, 19 aprile 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 2004, p. 52; *Oberlandesgericht* di Dresden, 10 dicembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, p. 352 s.; *Oberlandesgericht* di Celle, 8 marzo 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2004, p. 318.

In particolare, il rispetto del tempo di attesa si rivela determinante nei casi in cui il livello di alcol nell'aria espirata superi di poco la soglia indicata dal § 24a StVG. L'inosservanza del *Kontrollzeit* può condurre all'inapplicabilità della sanzione: ne costituisce un esempio *Oberlandesgericht* di Karlsruhe, 19 aprile 2004, cit. Nel caso sottoposto alla Corte d'appello, il giudice ha ritenuto che il basso quantitativo di alcol nell'aria alveolare (0,26 mg/l), unito alla prova dell'inosservanza del "tempo di monitoraggio", non fosse sufficiente a supportare una pronuncia di condanna.

La valutazione, tuttavia, dipende dalle circostanze implicate dal caso concreto. Non sempre, infatti, l'inosservanza dei tempi di attesa e di controllo comporta l'insorgere del vizio invalidante per la prova. In questo senso, *Oberlandesgericht* di Hamm, 15 ottobre 2009, in *Blutalkohol*, 2010, p. 37 s.; *Amtsgericht* di Schwelm, 23 giugno 2009, in *Blutalkohol*, 2010, p. 37 s.; *Oberlandesgericht* di Bamberg, 27 novembre 2007, in *Blutalkohol*, 2008, p. 197 s.; *Oberlandesgericht* di Hamm, 24 agosto 2006, in *Verkehrsrecht aktuell*, 2007, p. 35.

l'accertamento. Il soggetto, debitamente avvertito della facoltà di rifiutare, viene invitato a cooperare alla "prova del respiro".

Lo strumento utilizzato per la misurazione deve essere regolarmente omologato e periodicamente "tarato" ⁽⁸⁴⁾. La regolarità dell'accertamento assicurata da questi controlli cadenzati ha permesso alla giurisprudenza di definire il *test* del respiro come un "procedimento standardizzato" (*standardisiertes Messverfahren*), il che comporta al giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'interessato un deciso alleggerimento dell'onere motivazionale ⁽⁸⁵⁾. In altri termini, non sarà necessario dar conto delle ragioni per cui si ritenga attendibile l'esito della prova scientifica rilasciata dallo strumento elettronico: vige una sorta di affidamento sulla correttezza del risultato ⁽⁸⁶⁾. Questo non significa, tuttavia, che l'esito probatorio così ottenuto costituisca "prova legale": la via che passa per una valutazione d'inattendibilità dell'esito probatorio fornito dallo strumento scientifico non è preclusa, ma non v'è dubbio che si restringa sensibilmente ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ La procedura di omologazione e taratura è disciplinata dal § 3 I n. 4 della *Eichordnung*. Si tratta del "regolamento di taratura", introdotto il 12 agosto 1988 e pubblicato in *Bundesgesetzblatt*, I, 26 agosto 1988, n. 43, p. 1657 s. Il regolamento è stato modificato con provvedimento del 24 settembre 1992, pubblicato in *Bundesgesetzblatt*, I, 30 settembre 1992, n. 44, p. 1653 s. La normativa prevede che la revisione della corretta taratura dello strumento di misurazione venga effettuata con scadenza semestrale. Esaurito il periodo di validità della revisione dello strumento, l'esito delle sue misurazioni sarà inattendibile e, pertanto, inutilizzabile (in questo senso, K.R. MAATZ, *Forensische Verwertbarkeit und Konsequenzen aus der AAK-Entscheidung des BGH*, in *Blutalkohol*, 2002, p. 31; H. JANKER, *Der langsam Abschied von der Blutprobe*, cit., p. 53).

⁽⁸⁵⁾ Si vedano *Oberlandesgericht* di Dresden, 3 gennaio 2005, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2005, p. 328 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 1952; *Kammergericht* di Berlin, 29 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, p. 388 s.; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, p. 295; *Oberlandesgericht* di Hamm, 4 luglio 2000, *ivi*, 2000, p. 426; *Oberlandesgericht* di Stuttgart, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), p. 286.

⁽⁸⁶⁾ Il giudice è tenuto a motivare ulteriormente solo quando vi è motivo di ritenere che non siano state rispettate le regole che presiedono all'accertamento in parola. In questi casi, gli spetta la verifica della corretta esecuzione delle procedure, di cui deve dar conto nella motivazione della sentenza. Così, *Oberlandesgericht* di Hamm, 24 gennaio 2008, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 114 (2008), p. 292 s.

⁽⁸⁷⁾ Quando non emergano autonomamente dubbi sulla bontà della misurazione (correttezza della taratura; rispetto dei tempi di attesa, di controllo e di intervallo tra le due "prove respiratorie"), sarà compito del difensore ricercare eventuali errori di procedimento e denunciarli al giudice. Questi, infatti, difficilmente si premurerà di mettere in dubbio la validità della prova disponendo d'ufficio una perizia sulla correttezza degli esiti della misurazione. Sarà d'uopo, in questi casi, attivarsi

L'accertamento si completa soltanto ripetendo la prova ad una distanza di tempo variabile tra i due ed i cinque minuti ⁽⁸⁸⁾. L'etilometro documenta sia le singole misurazioni, sia il risultato finale, dato dalla media aritmetica tra i due valori che viene calcolata automaticamente dal *software* del congegno, mediante un arrotondamento per eccesso del terzo decimale dopo la virgola. Gli esiti delle singole prove spirometriche vengono documentati dalla stampa di due "scontrini" interni, che riportano anche i dati relativi alle circostanze in cui è avvenuto l'esame ⁽⁸⁹⁾; l'esito finale, ossia la media computata dall'apparecchio, è registrato su di una stampa esterna.

Questa pluralità di esiti ha suscitato un contrasto giurisprudenziale. Ci si domanda se, ai fini della decisione, il giudice possa avvalersi del solo esito riportato sullo "scontrino" esterno – *i.e.* la media delle singole rilevazioni già computata dallo strumento ed arrotondata per eccesso – ovvero se non sia più corretto fare riferimento anche ai due valori ottenuti dalle singole misurazioni.

Quest'ultimo indirizzo costituisce l'orientamento maggioritario ⁽⁹⁰⁾ e si presenta all'evidenza come il più garantista. La necessità che il giudice conosca entrambi i risultati ottenuti mediante le due misurazioni deriva da un diffuso scetticismo circa l'affidabilità di quanto elaborato dal *software* dell'*alcoltest* e

producendo una consulenza tecnica di parte. In questo senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., p. 14 s.

⁽⁸⁸⁾ Si veda *Amtsgericht* di Frankfurt, 25 febbraio 2002, in *Blutalkohol*, 2003, p. 408 s.

⁽⁸⁹⁾ Tra i dati che risultano dalla stampa sullo scontrino interno sono riportate le generalità del soggetto sottoposto al *test*, l'orario, le caratteristiche dell'espiazione (volume d'aria, tempo impiegato per l'emissione del soffio, temperatura dello stesso). Per ulteriori informazioni sul funzionamento concreto del Dräger Alcotest 7110, si veda J. LAGOIS, *Dräger Alcotest 7110 Evidential – das Meßgerät zur gerichtsverwertbaren Atemalkoholanalyse in Deutschland*, in *Blutalkohol*, 2000, p. 77 s., oltre che la pagina *web* della casa produttrice del macchinario, <http://www.draeger.com>.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso, *Oberlandesgericht* di Hamm, 14 novembre 2005 in *Deutsches Autorecht*, 2006, p. 339; *Oberlandesgericht* di Brandenburg, 10 marzo 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, p. 658; *Oberlandesgericht* di Celle, 24 febbraio 2004, in *Blutalkohol*, 2004, p. 465 s.; *Oberlandesgericht* di Köln, 5 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, p. 137; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 5 giugno 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 3138; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, p. 295.

sembra imporsi, se non altro, in nome del principio *in dubio pro reo*. Secondo questo filone giurisprudenziale, infatti, il giudice deve sempre motivare la pronuncia anche sulla base dei singoli esiti ottenuti dalle due espirazioni e non può arrestarsi alla media calcolata per eccesso dal congegno ⁽⁹¹⁾.

Resta minoritaria, invece, quella corrente di pensiero che giudica sufficiente la conoscenza del solo valore riportato sullo “scontrino” esterno ⁽⁹²⁾ ed afferma che la media computata dal macchinario sarebbe già un dato sufficientemente attendibile e sicuro ⁽⁹³⁾.

Le due diverse posizioni qui richiamate sembrano sottintendere attribuzioni di significato più o meno assolute al risultato della prova scientifica. Tra queste, la visione “critica” è quella che appare più pregevole, poiché attribuisce al giudice un ruolo attivo nell’apprezzamento degli esiti probatori da lui conoscibili. La strada alternativa, infatti, rischia di legittimare un atteggiamento “supino” del giudicante rispetto ai risultati che la prova scientifica apporta al processo. Ad accogliere quest’indirizzo, ne uscirebbe fiaccato il ruolo valutativo del giudice, che si libera degli oneri decisionali, delegandoli ad una scienza sempre perfettibile.

⁽⁹¹⁾ Più in particolare, spetta al giudicante il compito di approssimare entrambi i valori per difetto (riducendo il dato finale dal terzo al secondo decimale dopo la virgola, a seconda che i centesimi siano maggiori o minori di cinque) e, sulla base di questi, ricalcolare la media aritmetica, la quale sarà senza dubbio inferiore a quella fornita dallo strumento.

⁽⁹²⁾ Si vedano *Oberlandesgericht* di Bamberg, 14 luglio 2006, in *Deutsches Autorecht*, 2007, p. 92 s.; *Oberlandesgericht* di Dresden, 3 gennaio 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, p. 224 s.; *Oberlandesgericht* di Hamm, 13 settembre 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 107 (2004), p. 386; *Oberlandesgericht* di Stuttgart, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), p. 286.

⁽⁹³⁾ Secondo questo indirizzo, l’affidabilità del risultato non sarebbe in discussione e ciò a maggior ragione dopo la modifica del *software* degli apparecchi utilizzati. Si tratta di un intervento reso necessario in seguito ai dubbi sollevati da *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 1952 sull’attendibilità del risultato matematico. Mentre prima di tale intervento l’esito della misurazione veniva calcolato mediante arrotondamento dei singoli valori al secondo decimale dopo la virgola, oggi si ottiene tenendo conto anche del terzo decimale dopo la virgola, arrotondato per eccesso. Sempre per eccesso, poi, è corretto l’esito finale, corrispondente alla media degli esiti delle due singole prove spirometriche.

7) Strumenti per il rilevamento delle sostanze stupefacenti

L'accertamento dello stato di alterazione da droghe alla guida segue, in linea generale, le medesime strade del già descritto procedimento per la verifica dell'ebbrezza alcolica. Non mancano, tuttavia, alcune peculiarità, intimamente connesse agli effetti delle droghe sull'organismo ed alle modalità di ricerca delle stesse, le quali impongono un approfondimento di temi finora soltanto sfiorati.

Come per l'ebbrezza, anche per la ricerca di droghe nell'organismo si elegge l'esame del sangue a modalità privilegiata di verifica ⁽⁹⁴⁾. Lo impongono ragioni extraprocessuali, legate allo sviluppo della ricerca in campo scientifico. L'affidabilità degli *screening* tossicologici su campioni diversi dal sangue (quali saliva, sudore, urine e capelli) non è tale da soddisfare le esigenze di certezza che il processo penale pretende: un risultato positivo di questi *test* può dimostrare che il soggetto ha fatto uso di droghe, ma non è in grado di collocare con precisione il momento dell'assunzione ⁽⁹⁵⁾.

L'acquisizione di elementi di sospetto idonei a motivare il ricorso al prelievo ematico può avvenire attraverso l'avvistamento di un veicolo la cui guida sia evidentemente pericolosa e sconsiderata, ovvero nell'ambito di controlli della circolazione stradale ai sensi del § 36 comma 5 *StVO*. Quest'ultimo caso si verifica quando la polizia stradale, nell'ambito di routinari controlli del traffico, ravvisi nel comportamento del conducente indizi sintomatici che facciano sospettare la commissione di un reato o di un illecito amministrativo e si determini a sottoporre

⁽⁹⁴⁾ Secondo alcune pronunce giurisprudenziali, l'analisi del sangue è indispensabile per ottenere la prova dell'alterazione da sostanze stupefacenti del conducente: cfr. *Oberlandesgericht di Hamm*, 9 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, p. 484. In tal senso, anche C. KRUMM, *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 1260; H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 175.

⁽⁹⁵⁾ L'analisi delle urine, ad esempio, consente di rinvenire tracce di droghe assunte giorni o settimane prima; quella del capello può individuare residui vecchi di mesi. Non si può dunque prescindere dal ricorso alla prova ematica. Di questo avviso, S. SIGRIST, *Drogenschnelltest im Straßenverkehr*, in *Kriminalistik*, 1996, p. 676; W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., p. 244. Nella tossicologia forense italiana, si veda R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, 5° ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 111.

il sospettato al c.d. *Vortest*, un esame rapido privo di attendibilità probatoria ⁽⁹⁶⁾. Questo primo *screening* tossicologico può avere ad oggetto urina, saliva o sudore ⁽⁹⁷⁾.

Il fluido secreto dalle ghiandole sudoripare può essere prelevato anche in assenza del consenso del conducente ⁽⁹⁸⁾: l'atto si risolve, infatti, in un mero rilievo e non richiede all'interessato alcun comportamento attivo. L'analisi di urina e saliva, invece, prevede modalità di prelievo del campione biologico alle quali il soggetto deve prestare il suo consenso espresso ⁽⁹⁹⁾: come per l'*alcoltest*, la libertà di autodeterminazione dell'interessato è assicurata attraverso l'imposizione di un obbligo di avvertimento circa la facoltà di non collaborare ⁽¹⁰⁰⁾. A presidio dell'effettività dell'avviso se ne prevede addirittura l'obbligo di verbalizzazione

⁽⁹⁶⁾ Cfr. H. JANKER, *Polizeiliche Maßnahmen bei Drogendelikten im Straßenverkehr*, in *Deutsches Autorecht*, 2003, p. 492. Con particolare riguardo all'analisi del sudore, si vedano anche S. SIGRIST, *Drogenschnelltest im Straßenverkehr*, cit., p. 675 s. e H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, cit., p. 175.

⁽⁹⁷⁾ È da escludersi il ricorso all'esame del capello. Sull'inidoneità di questo campione di tessuto a fornire prova di un'alterazione attuale, si veda nt. 95.

⁽⁹⁸⁾ In tal senso, H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, cit.

⁽⁹⁹⁾ Si veda H. JANKER, *Polizeiliche Maßnahmen bei Drogendelikten im Straßenverkehr*, cit., p. 492. Per il prelievo di urine la conclusione appare scontata: salvo ipotizzare la praticabilità di un mezzo tanto invasivo quanto l'utilizzo di un catetere, l'atto non può essere svolto con la forza. Peraltro, nemmeno attendere che il guidatore debba espletare la funzione fisiologica in discorso sembra una soluzione praticabile: l'intervallo di tempo necessario potrebbe compromettere la bontà dell'analisi del sangue, che giungerebbe troppo tardi.

Il prelievo di saliva, invece, sembrerebbe prestarsi maggiormente ad essere accolto nell'alveo del § 81a *StPO*. Nemmeno in questo caso, tuttavia, l'atto può passare attraverso lo strumento coercitivo: la mancanza di una previsione espressa da parte della norma e ragioni di tutela della salute dell'interessato – si pensi al rischio di provocare lesioni al viso o alla bocca del soggetto che compia atti di resistenza attiva – impongono di passare sempre attraverso il consenso del soggetto. In questo senso, S. HARBORT, *Rauschmitteleinnahme und Fahrsicherheit*, cit., p. 187.

⁽¹⁰⁰⁾ È singolare, però, che il § 4 delle linee guida contenute nelle circolari dei *Land* più volte citate limiti l'obbligo di avvertimento al solo *test* sull'urina, non menzionando lo *screening* sulla saliva. Secondo Geiger, tuttavia, anche questo strumento di ricerca della notizia di reato necessita di un espresso consenso del conducente (cfr. *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, cit.).

(¹⁰¹). Peraltro, nelle circolari dei *Land* disciplinanti le linee guida per gli accertamenti in parola si prevede, tra l'altro, che la polizia metta in guardia il guidatore dalle conseguenze di un suo rifiuto: se non si sottoporrà all'esame delle urine, potrà subire un prelievo ematico coattivo (¹⁰²).

Ad un primo sguardo, alcuni elementi sembrano indurre a ritenere che l'analisi delle urine goda della medesima credibilità rispetto a quello del sangue. Due gli elementi in tal senso: il primo, la scelta discrezionale lasciata al conducente di fornire liberamente un campione di urine, per evitare il più invasivo prelievo di sangue; il secondo, la dettagliata disciplina circa le modalità di "prelievo" del campione di urina (¹⁰³).

Le cose non stanno propriamente così. Il valore probatorio di queste analisi è estremamente limitato dalla giurisprudenza: da un lato, anche in seguito all'esame dell'orina permane la facoltà di procedere al prelievo di sangue (¹⁰⁴); dall'altro, l'esito del *test* non è giudicato sufficiente, di per sé solo, a supportare una

(¹⁰¹) Questa peculiarità distingue l'*alcoltest* dagli esami tossicologici: le linee guida impongono un obbligo di documentare l'avvertimento solo per questi ultimi. Ignoto le conseguenze di una violazione della norma: non è stato possibile rinvenire precedenti giurisprudenziali sul punto.

(¹⁰²) «La scelta spetta alla persona nei confronti della quale sia stato ordinato un prelievo ematico, in via generale secondo un parere medico». Così § 4, secondo periodo, delle circolari.

(¹⁰³) Oltre alla disciplina relativa all'avvertimento della facoltà di non collaborare, il § 4 delle circolari degli Stati federali prevede che il fluido da esaminare sia campionato in un quantitativo tra i 50 ed i 100 ml, catalogato in provette ermeticamente sigillate e congelato il più velocemente possibile: se l'esame dei materiali biologici prelevati non avviene immediatamente, infatti, il campione sarà spedito all'ufficio analisi per gli accertamenti tossicologici. Particolari cautele sono previste, infine, per la conservazione dei risultati positivi.

(¹⁰⁴) Così accade, ad esempio, nel caso deciso dall'*Amtsgericht* di Saalfeld con sentenza dell'11 febbraio 2003 (in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2004, p. 49). Il giudice, chiamato a confrontarsi con risultanze probatorie contrastanti – ad un primo accertamento positivo ad anfetamine, metanfetamine e cocaina, esito di un'analisi delle urine spontaneamente fornite dal conducente, seguiva un prelievo ematico negativo – ha fondato la decisione assolutoria sull'esito della prova ematica, spiegando come soltanto attraverso l'esame del sangue sia possibile addivenire ad un esito attendibile, che certifichi l'attuale alterazione da droghe. Un simile risultato probatorio sarebbe invece precluso a modalità di indagine che consentono di individuare tracce di sostanze stupefacenti assunte giorni (l'analisi dell'urina) o addirittura mesi (l'analisi del capello) prima.

pronuncia di responsabilità (¹⁰⁵). Alle medesime considerazioni si giunge anche con riguardo all'analisi del fluido salivare.

8) *Die Blutprobe*: cenni alla disciplina del prelievo di sangue

Come più volte anticipato, l'accertamento della fattispecie descritta dal § 316 *StGB* richiede uno *standard* probatorio elevato. Già si è visto che la verifica giudiziale si concentra, da un lato, sulla valutazione della prova scientifica relativa alla quantità di alcol e droghe presenti nell'organismo del conducente; dall'altro, sulla capacità di tali sostanze di alterare in concreto la sua abilità di guidare in sicurezza. Ma v'è di più: l'unico strumento di prova giudicato attendibile per la ricerca di bevande inebrianti e sostanze alteranti è l'analisi del sangue.

Si manifesta, qui, un profondo iato tra la disciplina tedesca e quella italiana, acuito dalle difficoltà che si ravvisano nell'ipotizzare un parallelismo tra il § 81a *StPO* e l'art. 359-*bis* del nostro codice di procedura penale (¹⁰⁶). Tuttavia, esigenze di completezza della ricerca non consentono di esimersi dal ripercorrere, seppur brevemente, le vicende che interessano questo particolare mezzo di prova.

(¹⁰⁵) Non si rinvencono pronunce di responsabilità fondate sull'esito degli *screening* tossicologici sull'urine, che paiono dunque implicitamente esclusi dal quadro probatorio processuale. L'utilizzo di questi risultati nel processo amministrativo per la revoca della patente di guida *ex* § 3 *StVG* sembra confortare tali conclusioni. Oggetto dell'accertamento che si richiede per la prova dell'infrazione amministrativa appena citata, infatti, non è l'attualità dell'alterazione al momento della guida, ma l'inidoneità alla guida, che può derivare dalla dedizione ad un'assunzione abituale di droghe.

Si veda *Verwaltungsgerichtshof* del Bayern, 21 marzo 2005, in *Straßenverkehrsrecht*, 2006, p. 76 s., secondo cui la prova dell'alterazione da narcotici può essere fornita anche attraverso l'esito positivo del *test* delle urine, quando accompagnata da elementi che la confermino, come, ad esempio, la confessione del conducente oppure il possesso comprovato di sostanze stupefacenti.

(¹⁰⁶) Si tratta della disposizione introdotta dalla l. 30 giugno 2009, n. 85, insieme all'art. 224-*bis* c.p.p., in tema di prelievo di campioni biologici. In particolare, il secondo comma conferisce al pubblico ministero il potere di ordinare con decreto motivato il prelievo di materiale biologico da soggetto vivente, quando per l'urgenza, «vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini» e non sia pertanto possibile richiedere ed attendere l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari. Quest'ultimo sarà comunque chiamato a convalidare l'atto entro le quarantotto ore successive.

Sui rapporti tra gli artt. 186 e 187 cod. strad. e gli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p. si veda cap. III, § 9.

Come già si è detto, il prelievo ematico non è un mezzo di ricerca della notizia di reato, ma può essere disposto soltanto quando si sia già manifestato il “sospetto iniziale”, ex § 152 comma 2 *StPO* (¹⁰⁷). Quale contenuto dare a questo “indizio” è, però, questione aperta. Le linee guida contenute nelle circolari in materia non forniscono soluzioni chiare (¹⁰⁸). D'altra parte, tentare di fornire un decalogo delle “situazioni sospette” si presenta come un'operazione particolarmente ardua: sembra inevitabile una certa indefinitezza. Si pensi, ad esempio, all'individuazione di indizi riguardanti l'alterazione causata da sostanze stupefacenti. In tale ambito, si è ritenuto di poter ravvisare un “sospetto” di reato nel caso di guida insicura e pericolosa (caratterizzata, ad esempio, da improvvisi scarti laterali sulla carreggiata) non riconducibile ad un'ebbrezza alcolica – esclusa, ad esempio, da un risultato negativo dell'*alcoltest* (¹⁰⁹). La fumosità del presupposto sembra evidente.

Quando appaia, dunque, il “nebuloso” sospetto di reato, si procede al prelievo di sangue. Se il conducente presta il suo consenso, l'atto può svolgersi anche in assenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. A norma del § 81a *StPO*, il prelievo deve essere svolto da un medico (¹¹⁰), secondo la disciplina dettata dalla scienza medica; il suo espletamento è indipendente dalla volontà dell'interessato, ma non deve arrecare pregiudizio alla sua salute.

(¹⁰⁷) Così, L. MEYER-GROBNER, sub § 81a *StPO*, in *Strafprozessordnung*, Beck, München, 2009, p. 268. Sul punto si veda anche *retro*, § 4.

(¹⁰⁸) La critica è svolta da M. HETTENBACH-V. KALUS-M. MÖLLER-A. UHLE, *Drogen und Straßenverkehr*, cit., p. 54, con riferimento ai §§ 4 e 5 delle circolari dei *Land*, in tema di analisi dell'urina.

(¹⁰⁹) Così M. BURMANN, sub § 316, in M. Burmann-R. Heß-J. Jahnke-H. Janker, *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2010, p. 972 s.

(¹¹⁰) L'indicazione normativa appare chiara sul punto. L'interpretazione giurisprudenziale (si veda, per tutti, *Bundesgerichtshof*, 17 marzo 1971, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, p. 1902 s.), tuttavia, ammette come regolari anche prelievi ematici operati da sanitari che non rivestano la posizione di medico. Sul punto, v. *infra*, nt. 121.

Mancando il libero consenso all'atto (¹¹¹), la disciplina prevede che l'ordine sia dato da un giudice. La norma, però, conosce delle eccezioni: quando il ritardo nell'esecuzione dell'atto comporti un pericolo per la prosecuzione delle indagini, può disporlo anche il pubblico ministero ovvero la stessa polizia giudiziaria (*Ermittlungspersonen*).

Nella prassi, tuttavia, si registra un vero e proprio ribaltamento tra regola ed eccezione (¹¹²): la disinvolta attitudine all'utilizzo della disciplina derogatoria, che permette agli organi di polizia di disporre autonomamente il prelievo di sangue coattivo, ha richiesto un intervento del *Bundesverfassungsgericht* (¹¹³). La Corte costituzionale tedesca ha statuito che, prima di poter ordinare il prelievo in via autonoma, la polizia debba almeno tentare di ottenere un provvedimento autorizzativo, contattando (¹¹⁴) il giudice reperibile (¹¹⁵), pena l'inutilizzabilità della

(¹¹¹) Il benessere al prelievo dev'essere dato in maniera consapevole ed esplicita. A tal riguardo, è necessario che il soggetto sia stato opportunamente informato sul suo diritto di rifiutare l'accertamento. L'assunto appare pacifico; si veda *Bundesgerichtshof*, 2 dicembre 1963, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 1177 s. ed, in letteratura, K. PETERS, *Nota a Bundesgerichtshof 6 settembre 1968*, in *Juristische Rundschau*, 1969, p. 233; M. KOHLHAAS, *Zur zwangsweisen Blutentnahme durch Ärzte und Nichtärzte gemäß § 81a StPO*, in *Deutsches Autorecht*, 1973, p. 13. Più di recente, *Kammergericht*, 1 luglio 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2009, p. 571 s. ed *Oberlandesgericht* di Hamm, 2 novembre 2010, in *Strafrechts Report*, 2011, p. 24 s.

(¹¹²) Secondo C. KRUMM, *Richtervorbehalt bei der Blutprobe: Weg damit!*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, p. 71, nella prassi il prelievo viene disposto quasi sempre dalla polizia, qualche volta dal pubblico ministero e quasi mai da un giudice. L'uso distorto delle norme, pur nota, è parso passare a lungo inosservato fino a quando una sentenza dell'*Amtsgericht* di Essen dell'11 ottobre 2007 (pubblicata in *Strafverteidiger-Forum*, 2007, p. 505 s.) non ha svelato la questione, imponendo ai giuristi una riflessione sul tema. Il giudice di Essen, infatti, ha giudicato inutilizzabile la prova per violazione della riserva di giurisdizione ed ha ordinato la distruzione dei campioni di sangue prelevati.

(¹¹³) Ci si riferisce a *Bundesverfassungsgericht*, 12 febbraio 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 1345 s. Nel caso specifico sottoposto al loro vaglio, i giudici delle leggi non hanno ravvisato alcuna illegittimità costituzionale, né hanno ritenuto che la prova potesse giudicarsi inutilizzabile. Nello specifico, una violazione della riserva di giurisdizione – idonea a generare un'inutilizzabilità della prova per violazione di una disposizione di rango costituzionale – appare ravvisabile solamente quando la polizia dispone il prelievo ematico in via autonoma e diretta, senza operare prima un tentativo di ottenere un'autorizzazione giudiziale.

(¹¹⁴) Contro la prassi di ottenere dal giudice una mera autorizzazione telefonica, priva di verbalizzazione alcuna, si è di recente pronunciato il *Oberlandesgericht* di Hamm, 25 ottobre 2010, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, p. 469 s. La Corte d'appello ha ritenuto che un'autorizzazione telefonica comporterebbe una violazione del § 81a *StPO* che, se tempestivamente

prova ⁽¹¹⁶⁾. Solo qualora il giudice non sia rintracciabile in tempi celeri, l'autorità procedente potrà provvedere in via autonoma all'accertamento. Occorrono, tuttavia, elementi concreti e circostanziati che, posti a fondamento dell'ordine di eseguire l'atto, documentino ⁽¹¹⁷⁾ l'esigenza di procedere senza ritardo, al fine di evitare un pregiudizio alla prosecuzione delle indagini.

Il rispetto di tutti questi presupposti sembra interamente rimesso al buon operare delle forze di polizia giudiziaria. Nessun controllo è previsto da parte del difensore, che, lo si è già accennato, non ha diritto di essere avvertito del compimento dell'atto, né di assistervi ⁽¹¹⁸⁾.

eccepita, potrebbe generare l'inutilizzabilità della prova. Nello stesso senso anche *Oberlandesgericht* di Bradenburg, 16 giugno 2010, in *Beck-Rechtsprechung*, 2010, n. 15187.

⁽¹¹⁵⁾ Di norma l'organizzazione degli uffici giudiziari dei diversi *Land* prevede un servizio di reperibilità (*Eildienst*) di alcuni magistrati anche al di fuori del normale orario lavorativo (nottetempo e durante i fine settimana). La mancanza di disposizioni simili in talune zone ha indotto ad interrogarsi sulla idoneità o meno di una simile lacuna ad arrecare un *vulnus* alla riserva di giurisdizione tale da rendere inutilizzabile la prova. Sulla questione è intervenuto, in senso negativo, il *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza del 24 febbraio 2010 (pubblicata in *Deutsches Autorecht*, 2011, p. 196 s.). Il contrasto, tuttavia, non pare ancora sopito. Contraria al *dictum* della Corte costituzionale, *Oberlandesgericht* di Celle, 11 agosto 2010, in *Strafverteidiger*, 2011, p. 82 s. *Ex adversis*, *Oberlandesgericht* di Köln, 15 gennaio 2010, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2010, p. 224 s.; *Landesgericht* di Limburg, 4 agosto 2009, in *NStZ-Rechtsprechungs Report*, 2009, p. 384 s.

⁽¹¹⁶⁾ Sulla scorta dell'insegnamento del *Bundesverfassungsgericht*, la giurisprudenza ha distinto tra situazioni di violazione della riserva di giurisdizione e casi in cui, invece, non potesse ravvisarsi alcuna forma di inutilizzabilità dell'atto. Si vedano, nel primo senso, *Oberlandesgericht* di Celle, 16 giugno 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2009, p. 463 s.; *Oberlandesgericht* di Schleswig, 26 ottobre 2009, in *NStZ-Rechtsprechungs Report*, 2010, p. 82 s.; *Oberlandesgericht* di Oldenburg, 12 ottobre 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, p. 101 s.; *Oberlandesgericht* di Dresden, 11 maggio 2009, *ivi*, p. 464 s.; nel secondo, *ex pluribus*, *Oberlandesgericht* di Hamm, 25 agosto 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 242 s.; *Oberlandesgericht* di Hamburg, 4 febbraio 2008, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 2597 s.

⁽¹¹⁷⁾ Una documentazione scritta dalla quale risulti che la polizia abbia tentato invano di ottenere una autorizzazione dal giudice non è comunque indispensabile ai fini dell'utilizzabilità della prova. In questo senso si è recentemente espressa la Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*, 24 luglio 2010, cit.), avallando un orientamento interpretativo che già era andato manifestandosi. Cfr. *Landesgericht* di Heidelberg, 11 agosto 2008, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2008, p. 638; *Landesgericht* di Itzehoe, 3 aprile 2008, in *NStZ-Rechtsprechungs Report*, 2008, p. 249; *Landesgericht* di Berlin, 24 ottobre 2008, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2009, p. 203 s.

⁽¹¹⁸⁾ La presenza del difensore agli atti delle indagini preliminari è prevista solamente per l'interrogatorio del giudice e del pubblico ministero (ma già si è visto come tale facoltà venga estesa

9) Il prelievo ematico nell'ambito del ricovero ospedaliero

Accade talvolta che, in assenza del provvedimento autorizzativo, l'autorità procedente acquisisca i campioni di sangue prelevati in sede ospedaliera al conducente coinvolto in un sinistro stradale e bisognoso di cure.

La precostituzione del dato rispetto all'indagine ha posto alcune questioni. Ci si interroga, in primo luogo, sulla natura giuridica dell'atto acquisitivo e sull'ascrivibilità dello stesso all'istituto degli accertamenti corporali, ovvero del sequestro. In secondo luogo, occorre verificare se l'esito delle analisi condotte su detti campioni sia liberamente utilizzabile dal giudice o la sua fruibilità appaia preclusa.

L'approdo decisionale accomuna il giudice tedesco a quello italiano: la prova così ottenuta è il più delle volte utilizzabile ⁽¹¹⁹⁾. Le argomentazioni seguite, tuttavia, appaiono diverse e meritano di essere meglio esaminate, per consentire un esame ragionato delle motivazioni sostenute dai giudici nostrani.

I pochi casi analizzati dalla giurisprudenza si assomigliano tra loro e possono essere visti assieme ⁽¹²⁰⁾. Un conducente coinvolto in un incidente stradale,

in via interpretativa anche all'interrogatorio svolto dalla polizia giudiziaria; v. *retro*, nt. 36) e l'ispezione giudiziale, come stabilito dai §§ 168c e 168d *StPO*.

⁽¹¹⁹⁾ Come si avrà modo di osservare (si veda cap. III § 9), l'orientamento della giurisprudenza italiana sul punto tende a far salva l'utilizzabilità del dato probatorio. Le ragioni che stanno alla base di un'estromissione della prova dal giudizio sono legate a tratti peculiari della disciplina: in estrema sintesi, l'acquisizione della prova è ritenuta validamente eseguita solo allorquando il conducente sia stato sottoposto al prelievo per ragioni terapeutiche e, dunque, indipendenti da una richiesta della polizia.

⁽¹²⁰⁾ La portata della questione appare decisamente ridotta, se si confronta il numero di pronunce tedesche con quelle italiane. Solo due, infatti, le sentenze della giurisprudenza d'oltralpe. Si tratta di *Oberlandesgericht* di Celle, 14 marzo 1989, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 385 s. e di *Oberlandesgericht* di Zweibrücken, 14 maggio 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 810 s.

Il numero esiguo di decisioni trova probabilmente ragione nel fatto che il § 81a *StPO* già consente alla polizia di disporre autonomamente il prelievo in situazioni di "emergenza probatoria". L'ordinamento italiano, invece, non prevede una simile facoltà. Si comprende, dunque, perché l'Italia conosca un così gran numero di casi in cui, stante l'impossibilità di sottoporre il soggetto al *test* del respiro (perché, ad esempio, questo giace privo di sensi), la polizia richiede agli operatori sanitari che il conducente ricoverato in seguito a sinistro stradale di eseguire un esame sui campioni ematici di quest'ultimo.

gravemente ferito, subisce un ricovero ospedaliero che lo porta a sottoporsi, tra l'altro, ad analisi del sangue. Ufficiali di polizia, intervenuti in seguito al sinistro e recatisi presso la struttura ospedaliera per gli accertamenti del caso, si fanno consegnare dal personale medico ⁽¹²¹⁾ che ha operato il prelievo alcune provette di sangue ⁽¹²²⁾, al fine di farle analizzare dai propri consulenti tecnici. L'esito degli esami di laboratorio evidenzia la presenza di alcol nel sangue del sospettato e costituisce la "prova principe" per la condanna dell'imputato. In sede d'impugnazione, questi lamenta l'inutilizzabilità della prova, ottenuta in violazione delle disposizioni del codice di rito.

Appare subito pacifico che i modi di acquisizione dei campioni dettati dal § 81a *StPO* non sono stati rispettati; il prelievo è stato effettuato per ragioni indipendenti dall'ordine dell'autorità ed unicamente a scopi terapeutici. Le provette sono elemento costituito al di fuori dell'indagine, nell'ambito di un rapporto di natura privata tra medico e paziente.

Parrebbe soluzione obbligata considerare l'atto quale sequestro di materiale biologico acquisito in ambito extraprocedimentale. Neppure questa soluzione, però, appare percorribile. La disciplina dei sequestri ⁽¹²³⁾ non sarebbe correttamente

⁽¹²¹⁾ Si trattava, nel caso esaminato dalla Corte di Celle, di un prelievo ematico eseguito da una infermiera. Si è già visto, nell'esaminare la disciplina del § 81a *StPO*, come l'atto debba essere svolto da un medico; tuttavia, secondo un consolidato e risalente orientamento, il prelievo operato dal paramedico sarebbe comunque utilizzabile. Il *leading case* è costituito da *Bundesgerichtshof*, 17 marzo 1971, cit.

⁽¹²²⁾ L'elemento merita di essere evidenziato. Secondo il disposto dell'art. 186 comma 5 d. lgs. n. 285 del 1992, l'autorità procedente acquisisce la sola certificazione medica, già indicante gli esiti dell'esame sui fluidi ematici prelevati; la prassi invalsa nell'ordinamento tedesco, invece, è quella di ottenere la consegna dei campioni di sangue. L'accertamento peritale sugli stessi è eseguito in un secondo momento da consulenti tecnici di parte.

⁽¹²³⁾ Il plurale è d'obbligo: la disciplina dei §§ 94 ss. *StPO* contempla infatti diverse modalità di apprensione di un oggetto. In estrema sintesi, il § 94 *StPO* dispone che le cose che possano avere rilevanza probatoria per l'accertamento del fatto debbono essere "assicurate" attraverso la presa in custodia o con altri mezzi. La persona che detiene l'oggetto da sequestrare può consegnarlo spontaneamente. In tal caso non sono richieste particolari formalità e si parla di "messa in sicurezza" della cosa (*Sicherunstellung*). Qualora il detentore rifiuti la consegna spontanea, viene in rilievo la disciplina del sequestro in senso stretto (*Beschlangnahme*), dettata dal § 98 *StPO*. Questo è di norma disposto dal giudice; quando sussista pericolo nel ritardo, provvedono il pubblico ministero o la polizia giudiziaria. A ciò si aggiunga che il § 95 *StPO* prevede l'obbligo, per chi sia oggetto di una richiesta supportata da un provvedimento che ha disposto il sequestro, di consegnare

applicabile nel caso di specie: le modalità di acquisizione della cosa, infatti, non sono state rispettate poiché non si è dato avviso della possibilità di rifiutare la consegna dei campioni in ragione del segreto professionale. Ricondurre l'atto nell'alveo della disciplina dei sequestri evoca, infatti, lo spettro del § 97 comma 1 *StPO*. La norma esclude che determinati oggetti, tra cui gli esiti di accertamenti medici ottenuti nell'ambito di un'attività potenzialmente tutelata dal segreto professionale, possano essere sottoposti al vincolo del sequestro. Ogni violazione del divieto comporta l'inutilizzabilità degli esiti probatori.

La scelta dei giudici di escludere l'applicabilità della normativa sui sequestri sarebbe strumentale, agli occhi degli studiosi, ad evitare che il dato probatorio perisca per effetto della sanzione processuale ⁽¹²⁴⁾. Ne costituirebbe riprova il fatto che i giudici provvedano ad assicurarsi una sorta di "interpretazione paracadute": anche qualora si ritenesse di inquadrare l'atto di apprensione della cosa nella disciplina dei sequestri ⁽¹²⁵⁾, esso rimarrebbe comunque utilizzabile. Il divieto di apprensione della cosa, infatti, vale soltanto con riferimento al sequestro in senso stretto e non anche quando la consegna sia – come giudicata nei casi esaminati – «*offenbar... freiwillig*», ossia "evidentemente... spontanea" ⁽¹²⁶⁾.

la cosa; in caso di rifiuto del detentore, è possibile procedere con la forza. Quest'ultima disposizione, tuttavia, non si applica alle persone che possano opporre un segreto testimoniale (cfr. § 95 comma 2 *StPO*).

Sul punto, si veda G. SCHÄFER, sub § 94, in *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, a cura di P. Rieß, De Gruyter, Berlin, 1988, nr. m. 15.

⁽¹²⁴⁾ Così, W. WOHLERS, *Commento ad Oberlandesgericht di Celle 14 marzo 1989*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 246; M. MAYER, *Commento ad Oberlandesgericht di Celle 14 marzo 1989*, in *Juristische Zeitschrift*, 1989, p. 909; E. WEILER, *Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, die in einem Krankenhaus beschlagnahmt werden*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1994, p. 1163; ID., *Verwertbarkeit einer zur Operationsvorbereitung entnommenen Blutprobe*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 98 s.

⁽¹²⁵⁾ La soluzione interpretativa di qualificare l'atto come sequestro sarebbe in linea con un filone interpretativo risalente e piuttosto consolidato. Cfr., *ex pluribus*, H. LAUFHÜTTE, sub § 94, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Beck, München, 1987, p. 311; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1987, p. 217.

⁽¹²⁶⁾ Così, *Oberlandesgericht di Celle*, cit., p. 386. Critiche a questo passaggio della motivazione vengono mosse in particolare da M. MAYER, *op. cit.*, p. 908 e da E. WEILER, *Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben*, cit., p. 1164, che concludono per l'inutilizzabilità della prova anche se ottenuta mediante sequestro "atipico". Due gli

La soluzione prescelta, tuttavia, è quella di ritenere applicabile al caso la disciplina di cui al § 81a *StPO*. Ma la prova è stata assunta attraverso modalità anomale. S'impone, dunque, una verifica della compatibilità fra l'esito ottenuto con modi atipici e quello cui si sarebbe giunti se si fossero rispettate le disposizioni vigenti in materia. Attraverso lo strumento del "procedimento di indagine ipotetica" (*hypothetische Ermittlungsverläufe*) ⁽¹²⁷⁾, i giudici ritengono che la prova superi il vaglio di utilizzabilità.

Insanabile la spaccatura con l'opinione degli studiosi ⁽¹²⁸⁾: lo strumento del *hypothetische Ermittlungsverläufe* non sarebbe consentito in questo ambito. Operazione esperibile quando sia trascurata l'osservanza di disposizioni positive che dettino le modalità di acquisizione della prova, essa appare preclusa in presenza

argomenti ostativi al ragionamento della Corte. Da un lato, l'infermiera non può considerarsi "custode" dei campioni ematici: essa è mera dipendente della struttura ospedaliera, sola detentrica degli esiti delle analisi. Dall'altro, le stesse parole della Corte smentiscono la possibilità di ravvisare una consegna spontanea. Nella motivazione si parla di «farsi consegnare una parte del sangue prelevato», azione che indubbiamente implica una richiesta che andava formalizzata *ex* § 95 *StPO*. L'ufficiale di polizia avrebbe dunque dovuto informare l'infermiera del diritto di negare la propria collaborazione, derivatogli dal segreto professionale sancito dal § 53 *StPO*. Ma neppure così, la procedura sarebbe stata del tutto corretta: l'avvertimento spettava al responsabile della struttura ospedaliera, vero "detentore" giuridico – e non meramente materiale – della cosa.

⁽¹²⁷⁾ Il giudice verifica se gli esiti della prova, ottenuti nell'inosservanza delle disposizioni dettate per l'acquisizione della stessa, si sarebbero potuti comunque raggiungere con una procedura alternativa, questa volta legittima. Questo criterio, di matrice giurisprudenziale (cfr. *Bundesgerichtshof*, 24 agosto 1983, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 2772 s.), ha ricevuto anche l'avallo di autorevoli voci dottrinali. Si vedano K. ROGALL, *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1988, p. 385; C. ROXIN, *Commento a Bundesgerichtshof 12 febbraio 1989*, *ivi*, 1989, p. 379; J. WOLTER, *Commento a Bundesgerichtshof 24 agosto 1983*, *ivi*, 1984, p. 277.

Nel caso di specie, si è considerato che nell'arco temporale impiegato dai sanitari per sottoporre il soggetto ai preparativi clinici al prelievo, la polizia avrebbe potuto richiedere ed ottenere un provvedimento giudiziale che imponesse l'acquisizione di un campione ematico, ovvero disporre uno in via urgente. L'esito probatorio così ottenuto sarebbe stato, nella sostanza, identico a quello acquisito in maniera atipica, dunque la prova deve ritenersi ben formata.

⁽¹²⁸⁾ Si vedano, in particolare, W. WOHLERS, *op. cit.*, p. 246, E. WEILER, *Strafprozessuale Verwerbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, die in einem Krankenhaus beschlagnahmt werden*, *cit.*, p. 1164 s. e M. MAYER, *op. loc. ult. cit.*

un divieto probatorio espresso – posto, nel nostro caso, dal § 97 comma 1 *StPO* – dal quale deriverebbe ineludibilmente la “inutilizzabilità speciale” della prova (¹²⁹).

10) Note di sintesi ed alcuni spunti. Il sistema d’oltralpe visto dall’Italia

L’incursione nella disciplina teutonica mostra un sistema caratterizzato da peculiarità che non ritroveremo nell’analisi della disciplina italiana, ma anche da tematiche del tutto simili a quelle affrontate nel nostro ordinamento. È in quest’ottica che può essere utile una sintesi dei principali argomenti sin qui trattati che fissi i punti più importanti, sui quali si tornerà nel prosieguo del presente lavoro.

Due le vie attraverso le quali il diritto germanico punisce il conducente ebbro o alterato da droghe: alla più severa sanzione penale – la quale però pretende che sia accertata la concreta pericolosità del guidatore – si affianca un illecito amministrativo dai lineamenti del tutto simili a quelli della contravvenzione italiana (¹³⁰). Le modalità di accertamento, tuttavia, finiscono per coincidere, giacché solo il dato tecnico fornito da un’analisi del fluido ematico è in grado di collocare il fatto nella sfera penale o amministrativa: al giudice penale è infatti preclusa una decisione di condanna in presenza del solo risultato etilometrico.

Il divieto probatorio non ha origine normativa; lo partorisce la giurisprudenza tedesca, che esclude l’utilizzabilità della misurazione fornita dall’*alcoltest* nel processo penale (¹³¹). Le esigenze euristiche del rito impongono elementi probatori affidabili e l’etilometro, peccando di eccessiva fallibilità, non assolve lo scopo. La presa di posizione dei magistrati teutonici – irremovibili al punto da giungere a ignorare alcune indicazioni ministeriali che vorrebbero la prova

(¹²⁹) In questo senso, tra gli altri, F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Heymann, Köln, 1977, p. 83 s.; G. PFEIFFER, *Introduzione*, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, a cura di G. Pfeiffer, Beck, München, 1987, p. 45 e, più in generale, E. SCHLÜCHTER, *Compendio di procedura penale tedesca*, cit., p. 216. Sulla differenza tra divieti probatori espressi e derivati si veda *supra*, nt. 50.

(¹³⁰) Cfr. § 2.

(¹³¹) Si veda il § 6.

del respiro utilizzabile anche nel processo penale (¹³²) – lascia interdetti se accostata alle pronunce italiane sui medesimi temi. Anticipando qui una tematica che verrà sviluppata più avanti (¹³³), possiamo notare già da ora come i giudici italiani nutrano una fiducia quasi cieca nei confronti dell'accertamento sul respiro e trascurino di considerare le critiche rivolte dalla letteratura scientifica alle dubbie risultanze di questo esame.

Un ulteriore spunto di riflessione emerge sempre dalla disciplina riguardante la prova dell'*Atemalkoholtest*. Diversamente da quanto previsto in molti altri ordinamenti – tra cui il nostro –, il legislatore teutonico non sanziona il rifiuto opposto dal conducente cui sia rivolto l'invito a soffiare nel boccaglio dell'etilometro. Una tale previsione, lo si evince chiaramente dal dibattito dottrinale affiorato nei primi anni Novanta – quando si era avanzata l'ipotesi di introdurre un illecito amministrativo per il conducente che negasse la propria collaborazione all'atto –, violerebbe il principio *nemo tenetur se detegere* (¹³⁴). Sarebbe viziata da inutilizzabilità quella prova acquisita imponendo al sospettato un comportamento attivo autoaccusatorio.

La soluzione adottata nel sistema tedesco, se confrontata con quella italiana, solleva alcuni interrogativi, primo fra tutti se la sanzione posta per il rifiuto degli accertamenti dalle norme del codice della strada sia compatibile con il diritto di difesa fissato nella nostra Carta costituzionale (¹³⁵). Ma l'utilità della finestra comparatistica sull'ordinamento d'oltralpe non si esaurisce qui: essa offre un prezioso spaccato sulle potenziali problematiche cui condurrebbe il riconoscimento al guidatore della facoltà di rifiutare il *test* del respiro o quello delle urine. L'esigenza di non far dipendere l'accertamento del fatto dall'arbitrio di colui che

(¹³²) Ci si riferisce alla circolare del Ministero degli Interni dello Stato del Sachsen-Anhalt del 7 giugno 1999. Si veda, sul punto, § 6, nt. 75.

(¹³³) Cfr. cap. IV, § 1.

(¹³⁴) In generale, sul diritto a non autoincriminarsi nell'ordinamento germanico, cfr. § 3. Sui rapporti tra questo e gli accertamenti sul conducente sospettato di ebbrezza o alterazione da stupefacenti, v. § 4.

(¹³⁵) Per un tentativo di risposta al quesito si rinvia al cap. II, § 5 s.

sia attinto dal sospetto impone l'utilizzo di strumenti di ricerca della prova diversi. Il più affidabile fra tutti, quello prescelto dal legislatore tedesco, è la prova ematica. Ma l'atto invasivo di penetrare nell'integrità fisica, inevitabile ai fini del prelievo, suscita problemi. Neppure la previsione codicistica dell'atto sembra sufficiente per sfuggire a prassi devianti volte a scavalcare la riserva di giurisdizione (che vuole l'ordine di disporre l'atto limitativo della libertà personale promani da un magistrato). L'"abuso" della disciplina derogatoria che consente alla polizia di far espletare il prelievo anche di sua iniziativa, quando ragioni d'urgenza lo impongano, ha richiesto per ben due volte l'intervento del *Bundesverfassungsgericht* ⁽¹³⁶⁾. Lo studio delle problematiche emerse in Germania, a prima vista lontano dalle tematiche italiane connesse all'accertamento processuale della guida in stato di ebbrezza ed alterazione da droghe, torna utile per tentare di fornire soluzioni alternative alla disciplina vigente.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. § 8.

CAPITOLO II

I PRINCIPI FONDAMENTALI.

UNA PANORAMICA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

SOMMARIO: 1) Prefazione. - 2) Genesi di una fattispecie. - 3) Cenni alla disciplina dei controlli. - 4) Interazioni con la libertà personale. - 5) Il rifiuto di sottostare agli accertamenti nel prisma del diritto a non autoaccusarsi. - 6) La giurisprudenza della Corte di Strasburgo. - 7) (*Segue*): obbligo di sottoporsi all'*alcoltest* e *privilege against self-incrimination* nella giurisprudenza della Corte europea. - 9) Una soluzione costituzionalmente obbligata per non rinunciare al diritto a non autoincolparsi.

1) Prefazione

Anche il sistema italiano – come quello tedesco – risponde all’esigenza di prevenire il verificarsi di incidenti stradali connessi all’abuso di alcool e droghe da parte dei guidatori, anticipando la tutela alla fase in cui si manifesta il pericolo. La fattispecie con la quale si punisce tale condotta, a differenza di quanto accade nell’ordinamento teutonico, però, è unica: appartiene alla sola materia penale e trova collocazione negli artt. 186 e 187 del codice della strada ⁽¹⁾.

Oltre al piano sostanziale, sensibili differenze si palesano soprattutto su quello della disciplina dettata per l’accertamento del fatto. La più evidente è l’incoercibilità degli atti che ricercano la prova: al manifestarsi di determinate condizioni che lascino supporre l’alterazione da alcool o droghe del conducente fermato ⁽²⁾, la polizia stradale può soltanto “invitare” il conducente a sottoporsi a

⁽¹⁾ D’ora in avanti c.d.s. Si tratta del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

⁽²⁾ Sui presupposti necessari per proseguire con le attività di verifica dello stato psicofisico del conducente disciplinate dagli artt. 186 comma 4 e 187 commi 2-*bis* e 3 c.d.s., si veda il § 3 e, più nello specifico, il cap. III, § 1.

controlli simili a quelli descritti nel primo capitolo di questo lavoro ⁽³⁾. Tuttavia, un eventuale rifiuto di prestarsi all'atto non resta impunito. A differenza di quanto accaduto in Germania, il legislatore italiano non ha incontrato ostacoli sul cammino per la creazione di una fattispecie penale *ad hoc*, che sanzionasse il guidatore non collaborativo ⁽⁴⁾.

Questa ed altre caratteristiche della disciplina italiana meritano una preliminare riflessione sugli equilibri tra i principi costituzionali – libertà personale, da un lato, diritto di difesa, dall'altro – e le disposizioni del codice della strada. La comprensione delle tematiche in gioco, tuttavia, potrebbe risultare ostica a chi sia totalmente digiuno della materia: sotto il primo strato normativo visibile, infatti, si celano sedimenti accumulatisi in seguito ai continui ritocchi da parte del legislatore. Ne esce fuori una disciplina macchinosa, per intendere appieno la quale si rende utile una piccola digressione storica che, dalle origini delle fattispecie in discorso, giunge sino alla normativa attuale, della quale si fornisce qui un primo abbozzo.

2) Genesi di una fattispecie

Già dai primi anni seguenti all'avvio della produzione di massa di autoveicoli si era affacciato l'obiettivo della sicurezza nella circolazione stradale. Per tutelare l'incolumità dei conducenti, il legislatore aveva dettato loro alcune norme comportamentali. Una risale ai primi anni del Novecento e sembra già racchiudere i semi dei noti reati di guida in stato di ebbrezza e di alterazione da

⁽³⁾ Fa eccezione il prelievo di sangue, non contemplato nell'ordinamento italiano come strumento d'indagine esperibile dalla polizia giudiziaria, neppure in caso d'urgenza per la sopravvivenza della prova.

⁽⁴⁾ L'illecito nasce nel 1992, con l'emanazione del codice della strada vigente. In principio, la sanzione per il rifiuto agli accertamenti si presenta equivalente per gravità a quella prevista per le contravvenzioni di ebbrezza o alterazione da droghe alla guida. In seguito al d.l. n. 117 del 2007, conv. con modif. in l. n. 160 del 2007, assume temporaneamente le vesti di illecito amministrativo. Ma la depenalizzazione ha vita breve: subissata dalle polemiche, la nuova norma viene repentinamente abrogata. Ricompare al suo posto il primitivo illecito penale, ammantato di una sanzione significativamente più aspra: corrisponde, oggi, a quella applicabile alla più grave delle fattispecie di guida in stato di ebbrezza (art. 186 comma 2, lett. c), ovvero ammenda da 1.500 a 6.000 € ed arresto da 3 mesi ad 1 anno.

droghe ⁽⁵⁾. L'illecito amministrativo, però, non coincide con quello penale ora vigente: è punito con il ritiro della licenza di guida ⁽⁶⁾ il solo conducente notoriamente ed abitualmente dedito all'ubriachezza ed al consumo di sostanze stupefacenti. Resta impunita l'ebbrezza estemporanea ⁽⁷⁾.

Bisogna attendere l'emanazione del primo testo unico sulla circolazione stradale ⁽⁸⁾ perché la guida sotto l'effetto di alcolici e stupefacenti assurga a fattispecie penale. Nell'art. 132 del D.P.R. n. 393 del 1959 compaiono per la prima volta i tratti peculiari della disciplina odierna: il divieto di «guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche o di sostanze stupefacenti», infatti, richiede l'accertamento della “semplice” ebbrezza ⁽⁹⁾ del conducente alla guida del veicolo.

⁽⁵⁾ Ci si riferisce qui all'art. 8 della legge 30 giugno 1912, n. 739, con il quale vennero per la prima volta individuati i presupposti per il ritiro del certificato di idoneità alla guida di autoveicoli. Tra questi, l'ubriachezza abituale del conducente.

Varie gli interventi di riforma della disciplina in materia di circolazione stradale. Il primo codice della strada organico si deve al r.d. 31 dicembre 1923, n. 3043, poi modificato con r.d.l. 2 dicembre 1928, n. 3179 e, successivamente, con r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740.

Solo con l'art. 93 del r.d. 2 dicembre 1928, n. 3179 venne specificato che presupposto per il ritiro della patente di guida potesse essere, oltre all'abituale ubriachezza per abuso di alcool, anche la dedizione «all'uso di [...] altre sostanze inebrianti o di sostanze stupefacenti».

⁽⁶⁾ La sanzione di natura amministrativa esprime un minor disvalore attribuito alla condotta rispetto a quanto avvertito dal legislatore odierno. La *ratio* di questo mitigato rigore risiede con tutta probabilità nella percezione di allora della pericolosità del fenomeno. Secondo rilevazioni statistiche svolte dall'A.C.I. (Automobile Club d'Italia) negli anni Cinquanta, infatti, l'ebbrezza alla guida avrebbe inciso per uno 0,36% sul totale degli incidenti stradali. Si veda, per altre rilevazioni, M. DUNI-D. CASSONE-F. GARRI, *Trattato di diritto della circolazione stradale*, III, Ed. Co.Na.La., Roma, 1961, p. 1841.

⁽⁷⁾ «[I]l legislatore evidentemente ha voluto contemplare non l'uso abituale parco e moderato, generalmente ammesso come non riprovevole e non dannoso alla salute; ma l'uso soverchio, quello che si suole definire abuso». Così, U. BORSARI, *Il codice della circolazione stradale e dell'automobile*, C. Colombo, Roma, 1929, p. 120. Nello stesso senso, A. JANNITTI PIROMALLO, *Commento alle leggi sulla tutela delle strade e sulla circolazione*, Jovene, Napoli, 1935, p. 491.

⁽⁸⁾ Ci si riferisce al D.P.R. 15 giugno 1959, n. 393.

⁽⁹⁾ Il concetto di “ebbrezza”, in assenza di una definizione legislativa, è stato fornito dalla giurisprudenza di legittimità come una condizione di disarmonia psicofisica determinata dall'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti, che determini un'inabilità alla guida. Cfr., Cass. pen., 7 febbraio 1961, Masiero, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1961, p. 341; Cass. pen., 4 dicembre 1964, Remor, in *Giust. pen.*, 1965, II, c. 959; Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 1970, Spadaro, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 114650; Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 1971, Traversoni, in *Giust. pen.*, 1972, III, c. 564; Cass. pen., 1° ottobre 1971, Valente, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 120355; Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 1974, Zardo, in

Al mutamento della disciplina sostanziale, tuttavia, non corrisponde alcuna innovazione normativa circa le modalità di accertamento del fatto.

Il contesto di particolare urgenza che caratterizza la verifica dello stato di alterazione, unito alla necessità di limitare la libertà personale del guidatore attraverso un prelievo di sangue ⁽¹⁰⁾, avrebbe forse richiesto una disciplina *ad hoc* per l'accertamento in esame ⁽¹¹⁾. Stante la lacuna normativa, tuttavia, il mezzo per ottenere il fluido ematico da analizzare doveva essere ricercato nel codice di procedura penale. Ma anche qui difettavano gli strumenti idonei: il prelievo di sangue è un atto capace incidere sull'integrità fisica della persona, richiede il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13 Cost., garanzie che nessuna delle disposizioni del codice di rito del 1930 appariva idonea a soddisfare ⁽¹²⁾. In attesa di un intervento normativo che imponesse come obbligatorio – o, financo,

Giust. pen., 1975, II, c. 64; Cass. pen., sez. I, 3 maggio 1977, Fiore, in *Riv. pen.*, 1977, p. 816; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 1979, Tocco, in *Arch. circol.*, 1980, p. 552; Cass. pen., sez. IV, 4 marzo 1985, Bruno, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 169606; Cass. pen., 4 dicembre 1985, Lauria, in *Arch. circ.*, 1986, p. 466; Cass., sez. V, 5 maggio 1987, Fienir, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 176679.

Sul punto si veda anche T. PERSEO, *Commento teorico-pratico del codice della strada*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 1964, p. 477.

⁽¹⁰⁾ Si rammenta che l'accertamento dello stato di ebbrezza attraverso l'esame dell'aria espirata era ancora rudimentale al tempo e consisteva nella c.d. prova del palloncino, utilizzata fino agli anni Ottanta. Sul punto, cfr. G. DESTRO, *Accertamento del tasso alcool emico mediante prelievo dell'alito*, in *Riv. pol.*, 1973, p. 717; L. LOGUERCIO, *Stato di ebbrezza e prova del sangue nel diritto della circolazione stradale*, in *Criminologia*, 1960, p. 227; M. ZUCCONI, *Norme di comportamento degli utenti della strada*, in *La circolazione stradale*, a cura di M. Longo, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1972, p. 388; C. MELINO, *Alcool e traffico*, in *Riv. giur. circ. e traspr.*, 1970, p. 311; T. PERSEO, *op. cit.*, p. 479.

⁽¹¹⁾ La denuncia viene da E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 183.

⁽¹²⁾ Cfr. F. RIGHI, *Guida in stato di ebbrezza*, Tipografia Luigi Morara, Roma, 1962, p. 12, il quale conclude per l'inidoneità delle disposizioni del codice di rito a veicolare un prelievo ematico, per mancata indicazione dei "casi e modi", oltre che per la riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost.

Sul punto, si veda anche G. DESTRO, *op. cit.*, p. 717 s., il quale riconduce il prelievo di sangue nell'istituto dell'ispezione, concludendo per la praticabilità dello stesso. Nessun problema di compatibilità con le norme costituzionali sarebbe ravvisabile, sia sotto il profilo della libertà personale, sia sotto quello del diritto di difesa.

coercibile – il prelievo di sangue, quest'ultimo era dunque praticabile unicamente con il consenso dell'interessato ⁽¹³⁾.

Per un ripensamento della disciplina, si deve però attendere sino alla fine degli anni Ottanta, quando, con la legge 18 marzo 1988 n. 111 ⁽¹⁴⁾, il legislatore investe la polizia stradale del potere di verificare lo stato psicofisco dei guidatori con strumenti e tecniche adeguati, la cui disciplina veniva rimessa al regolamento esecutivo. Due anni dopo, viene emanato il d.m. 22 maggio 1990, n. 196 ⁽¹⁵⁾, che contiene la primitiva procedura di accertamento mediante l'analisi dell'aria espirata e fissa «cautelativamente» ⁽¹⁶⁾ la soglia di 0,8 g/l di alcool nel sangue ⁽¹⁷⁾, quale

⁽¹³⁾ In questo senso, C. PASQUARIELLO, voce *Disposizioni penali in materia di circolazione stradale*, in *Dig. Pen.*, Agg. II, Utet, Torino, 2004, p. 63. In giurisprudenza, si veda Cass. 29 maggio 1963, Cecchetto, in *Mass. Cass. Pen.*, 1963, m. 1533.

In caso di rifiuto, la prova dell'ebbrezza poteva essere fornita anche con altri mezzi, come quello della testimonianza (cfr. Cass. 7 maggio 1977, Fiore, in *Arch. giur. circ. e sin. strad.*, 1977, p. 832; Cass. 27 giugno 1975, Bordone, *ivi*, 1976, p. 626; Cass. 7 marzo 1974, Rimbl, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 336; Cass. 27 gennaio 1972, Fabbri, *Cass. pen. Mass. annot.*, 1973, p. 428; Cass. 1° ottobre 1971, Valente, in *Giust. pen.*, 1972, c. 884; Cass. 25 marzo 1970, Spadaro, *ivi*, 1971, c. 189; Cass. 11 aprile 1969, Di Stilo, in *Giust. pen.*, 1970, c. 353; Cass. 13 marzo 1962, Beltranelli, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 1962, p. 511). Tuttavia, la mancanza di uno strumento coercitivo che consentisse l'acquisizione della prova non era senza peso: allorquando l'insufficienza della sintomatologia clinica avesse costituito un ostacolo ad una diagnosi di ebbrezza, sarebbe stata «assolutamente necessaria la determinazione del tasso alcolemico che si può fare soltanto mediante il prelievo del sangue sul soggetto da esaminare» (M. DUNI-D. CASSONE-F. GARRI, *op. cit.*, p. 1842).

Sul punto, si veda anche L. ZANALDI, *Guida in stato di ebbrezza*, in *Riv. polizia*, 1959, p. 13 s.

⁽¹⁴⁾ L'art. 17 della legge n. 111 del 1988 riformula interamente l'art. 132 del codice stradale.

L'emanazione delle riforme del codice della strada che intervengono tra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta si deve alla necessità di ottemperare agli impegni internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione di due importanti Convenzioni (quella di Strasburgo del 30 novembre 1964 e quella di Bruxelles del 3 giugno 1984). In tema di armonizzazione su scala internazionale e comunitaria della legislazione italiana in materia di circolazione stradale, cfr., fra gli altri, A. ALIBRANDI, *Il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool nel nuovo codice della strada*, in *Arch. giur. e traspr. strad.*, 1993, p. 770; A. ZORZI GIUSTINIANI, *Droga e alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 465 s.

⁽¹⁵⁾ Ci si riferisce al d.m. 22 maggio 1990, n. 196, *Regolamento recante individuazione degli strumenti e delle procedure per l'accertamento dello stato di ebbrezza*.

⁽¹⁶⁾ Così recita il decreto del Ministero della sanità del 10 agosto 1988, che si «riserva» espressamente di riconsiderare la soglia minima di alcool nel sangue idonea ad integrare la fattispecie di reato, in relazione agli esiti di ricerche scientifiche. Cfr. anche G. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2233.

tasso alcolemico minimo, oltre il quale il guidatore sia da considerare ebbro. La nozione di ebbrezza, prima oscura e lasciata all'interpretazione dei giudici, viene in qualche modo illuminata.

La riscrittura dell'art. 132 c.d.s. abr. ad opera della l. n. 111 del 1988 ha, però, vita assai breve. La norma è trasposta nel nuovo codice della strada, il d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285, dove si sdoppia: l'art. 186 punisce il conducente inebriato dall'alcool; l'art. 187, invece, sanziona quello alterato da droghe o sostanze psicotrope. La disciplina attuativa riguardante l'accertamento etilometrico, anch'essa novellata, non muta nella sostanza: ricompare nell'art. 379 del D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495, il quale indica il tasso alcolemico di 0,8 g/l di alcool nel sangue.

Profondamente riformata per adeguarla alle sollecitazioni del diritto comunitario che auspicava un abbassamento della soglia di alcool nel sangue tollerata ⁽¹⁸⁾, l'originaria formulazione dell'art. 186 c.d.s. subisce numerosi correttivi: dapprima, viene ridotta la quota limite di alcool accettato da 0,8 a 0,5 g/l ⁽¹⁹⁾; in seguito, si introducono tre diversi intervalli di concentrazione alcolemica, puniti con sanzioni di crescente intensità ⁽²⁰⁾. Il primo scaglione, da qualche tempo

⁽¹⁷⁾ L'individuazione della soglia minima di alcool nel sangue fissata nella percentuale di 0,8 g/l ha costituito l'attuazione della Risoluzione del Consiglio d'Europa, 15 dicembre 1973, n. 7, con il quale si raccomandava agli Stati membri di fissare una sanzione penale in capo ai conducenti che venissero sorpresi con una percentuale pari o superiore a quella citata.

⁽¹⁸⁾ Ci si riferisce alla Raccomandazione n. 2001/115/CE del 17 gennaio 2001, con la quale la Commissione delle Comunità Europee ha consigliato a tutti gli Stati membri l'adozione di un limite pari a 0,5 mg/ml per tutti i conducenti e pari a 0,2 mg/ml per particolari categorie di utenti (neopatentati, motociclisti, guidatori di veicoli di grosse dimensioni o trasportatori di merci pericolose).

⁽¹⁹⁾ La riforma cui ci si riferisce è intervenuta ad opera dell'art. 3 del d.l. 20 giugno 2002 n. 121, conv. con l. 1° agosto 2002 n. 168. Tale modifica normativa non trova riscontro nel citato art. 379 del regolamento attuativo: per una evidente dimenticanza, questo continua ancora oggi ad indicare la soglia di 0,8 g/l di alcool nel sangue. Sul punto, R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 973.

⁽²⁰⁾ La riforma operata dal d.l. 3 agosto 2007 n. 117, conv. con modif. nella l. 2 ottobre 2007 n. 160 suscita immediatamente una disputa sulla quale dibattono dottrina e giurisprudenza. Nasce dalla contrapposizione di due opposte letture del novellato testo dell'art. 186 comma 2 c.d.s.: la prima, che vuole autonome fattispecie di reato le tre fasce di concentrazioni alcoliche descritte

depenalizzato⁽²¹⁾, riguarda chi guidi ebbro con un tasso alcolemico tra 0,5 e 0,8 g/l; la seconda e la terza fascia, tuttora di rilevanza penale, sanzionano rispettivamente la condotta di chi guidi con una concentrazione tra 0,8 ed 1,5 g/l ovvero superiore ad 1,5 g/l⁽²²⁾.

Affatto diversa la soluzione adottata per l'art. 187 c.d.s., che non individua "limiti soglia" minimi di concentrazione delle sostanze stupefacenti nel sangue⁽²³⁾. La lacuna è apparsa motivo di attrito con il principio di tassatività della fattispecie penale, tanto da invocare il vaglio del giudice delle leggi⁽²⁴⁾. La Consulta, tuttavia,

dalla norma, è recentemente prevalsa sulla seconda, che ravvisava un'unica figura di reato, contornata da due circostanze aggravanti. Sul problema, per tutti, D. POTETTI, *Il nuovo art. 186, commi 2 e 2-bis, c. strad.: aggravanti o figure autonome di reato?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2986 s.

⁽²¹⁾ La riforma è avvenuta ad opera dell'art. 33 della l. 29 luglio 2010, n. 120. La condotta è punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 500 a 2.000 €. Si applica, inoltre, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi.

⁽²²⁾ Per la fascia intermedia, la pena prevista è l'ammenda da 800 a 3.200 €, unita all'arresto fino a sei mesi. Si applica, inoltre, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno. Per il più grave reato, invece, si prevede l'ammenda da 1.500 a 6.000 € e l'arresto da sei mesi ad un anno, cui si somma la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni.

⁽²³⁾ La previsione del d.lgs. 15 gennaio 2002, n. 9, *Disposizioni integrative e correttive del nuovo codice della strada, a norma dell'art. 1, comma 1, della legge 22 marzo 2001, n. 85*, aveva sostituito il comma 2 dell'art. 187 c.d.s. statuendo che «gli accertamenti sono effettuati con strumenti e modalità stabiliti dal regolamento, ai fini della determinazione delle quantità, indicate in conformità alle previsioni dello stesso regolamento». Il relativo regolamento, tuttavia, non è mai stato introdotto e la disposizione testé citata è stata abrogata con l'introduzione del d.l. 27 giugno 2003, n. 151, conv. con modif. nella l. 1 agosto 2003, n. 214.

Le sanzioni previste per la fattispecie in parola coincidono con quelle previste per la fascia più alta dell'art. 186 c.d.s.: il conducente che guidi sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope va incontro alla sanzione dell'ammenda da 1.500 a 6.000 €, cui si aggiunge l'arresto da sei mesi ad un anno. Si applica, inoltre, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Con la sentenza di condanna (ovvero con la sentenza che applica la pena *ex art. 444 c.p.p.*) è sempre disposta la confisca del veicolo con cui il reato sia stato commesso, salvo che questo non appartenga a persona estranea al fatto.

⁽²⁴⁾ Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma, la Consulta ha ritenuto la fattispecie incriminatrice sufficientemente determinata ed ha escluso la denunciata violazione degli artt. 25 comma 2 e 27 comma 2 Cost., dichiarando la questione manifestamente infondata (cfr. Corte cost., 12 luglio 2001, ord. n. 306, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2478 s. e Corte cost., 27 luglio 2004, n. 277, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, s.m., p. 79 s., con nota di G. MANCA, *La precisa formulazione dell'art. 187 del codice della strada*).

È appena il caso di ricordare come la medesima questione sia giunta al vaglio del *Bundesverfassungsgericht*. Anche il giudice tedesco si è dovuto confrontare con la differente formulazione dell'illecito amministrativo che punisce la guida in stato di ebbrezza e quello che

ha rigettato la questione, ritenendo che la peculiarità dell'individuazione di un valore minimo nell'influsso da alcolici si debba ai progressi della scienza, non ancora raggiunti nel più vasto campo delle droghe ⁽²⁵⁾.

3) Cenni alla disciplina dei controlli

Completato l'inquadramento storico delle norme ed abbozzati i tratti della disciplina sostanziale, occorre procedere ad una rapida analisi delle procedure di verifica dei reati sopra descritti. Una più dettagliata disamina dei profili processuali connessi all'accertamento del fatto sarà meglio affrontata nel capitolo che segue.

Nell'ambito dei routinari controlli del traffico, la polizia stradale ⁽²⁶⁾ può sottoporre il guidatore a prove tecniche volte ad accertare una eventuale alterazione dello stato psicofisico legata all'assunzione di alcool o droghe. Tale facoltà sussiste soltanto al verificarsi di uno dei tre presupposti indicati dagli artt. 186 comma 3 e 4 e 187 comma 2, 2-*bis* e 3 c.d.s. Il primo caso è intuitivo: si manifesta quando l'operatore abbia motivo (un motivo "ragionevole", nel caso si sospetti l'assunzione di stupefacenti) di ritenere che il conducente sia inebriato da alcool o droghe. La seconda circostanza ricorre quando il conducente sia risultato positivo ai *test rapidi*, strumenti del tutto simili a quelli che adotta anche il sistema teutonico. Infine, terzo presupposto è il verificarsi di un incidente stradale: anche in mancanza di motivi che lascino supporre una riduzione delle capacità percettive e di reazione del

sanziona l'alterazione da droghe al volante, entrambi previsti dal § 24a *StVG*, giungendo alle medesime considerazioni raggiunte dalla nostra Consulta. Si veda il cap. I, § 2, particolarmente nt. 21.

⁽²⁵⁾ A differenza della giurisprudenza italiana, secondo cui la positività agli *screening* sui fluidi biologici, unita ad elementi che comprovino l'attualità dell'alterazione da stupefacenti, sarebbe prova sufficiente per il fatto da provare, la giurisprudenza tedesca ha operato una vera e propria funzione di supplenza del legislatore e, servendosi delle conoscenze raggiunte dalla tossicologia forense, ha individuato dei "limiti soglia" raggiunti i quali il conducente possa dirsi, in maniera pressoché incontrovertibile, "alterato". Cfr. cap. I, § 2, nt. 23.

⁽²⁶⁾ Ai sensi dell'art. 12 c.d.s., i servizi di polizia stradale sono espletati, in via principale, dalla Polizia Stradale della Polizia di Stato, ma spettano anche ad altri organi dello Stato, quali ad esempio la Polizia di Stato, l'Arma dei carabinieri, il Corpo della guardia di finanza, etc.

guidatore coinvolto nel sinistro, questo potrà sempre essere invitato a prestarsi ad accertamenti tecnici sulla sua persona.

La sussistenza di uno o più tra i presupposti descritti giustifica la richiesta avanzata dalla polizia stradale nei confronti del guidatore di collaborare all'espletamento di diversi atti di "ricerca della prova": per il reato di guida in stato di ebbrezza si procede mediante etilometro ⁽²⁷⁾; per la verifica dell'alterazione da stupefacenti si espleta il *test* sulla mucosa del cavo orale, ovvero, quando questo non risulti praticabile per impossibilità o rifiuto del conducente, il prelievo, presso una struttura sanitaria, di campioni biologici (sangue, urine) da analizzare ⁽²⁸⁾.

Entrambe le norme, poi, prevedono una particolare procedura da applicarsi quando si verifichi un sinistro stradale che comporti la necessità di sottoporre il conducente a cure mediche. In tal caso, l'accertamento è svolto dal personale sanitario della struttura, su richiesta della polizia stradale ⁽²⁹⁾.

A differenza di quanto avviene nel sistema tedesco, il legislatore nostrano impone al conducente di collaborare alle verifiche sin qui sommariamente descritte: in caso di rifiuto, infatti, ricorre una autonoma fattispecie di reato, le cui severe sanzioni coincidono quasi completamente con quelle previste per i reati *ex art.* 186 comma 2, lett. *c*), ed art. 187 c.d.s. ⁽³⁰⁾. Se ne ricava l'incoercibilità degli

⁽²⁷⁾ Le disposizioni relative alla prova del respiro saranno analizzate nel cap. III, § 2.

⁽²⁸⁾ Per l'esame delle norme che regolano l'accertamento dell'alterazione da droghe, si rinvia al cap. III, § 3.

⁽²⁹⁾ Sulle tematiche legate a queste disposizioni, si veda il cap. III, §§ 9 e 10.

⁽³⁰⁾ Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il conducente che rifiuti di sottoporsi alle verifiche previste dall'art. 186 commi 3, 4 o 5, o dall'art. 187 commi 2, *2-bis*, 3 o 4 c.d.s. è punito con le medesime pene previste dall'art. 186 comma 2, lett. *c*), ovvero l'ammenda da 1.500 a 6.000 € e l'arresto da sei mesi ad un anno. La condanna per tale reato comporta, inoltre, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni, oltre alla confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dall'art. 186 comma 2, lett. *c*), c.d.s.

Le sanzioni previste per il reato di cui all'art. 186 comma 2, lett. *c*) ed all'art. 187 comma 1 c.d.s. sono pressoché identiche. Differiscono per un unico particolare: la durata minima di sospensione della patente di guida prevista per la sanzione amministrativa accessoria.

accertamenti tecnici in discorso, ai quali va attribuita senz'altro natura di atti obbligatori ⁽³¹⁾.

4) Interazioni con la libertà personale ed il diritto di difesa

Poste queste doverose premesse, s'impone il tema dei rapporti tra le norme oggetto del presente studio ed i principi fondamentali enucleati nella Carta costituzionale. Vengono in rilievo il diritto alla libertà personale, tutelato dall'art. 13 Cost. ed il diritto di difesa, *ex art.* 24 Cost.

Il problema viene affrontato da una sentenza della Corte costituzionale verso della metà degli anni Novanta ⁽³²⁾. La questione di legittimità, sollevata dal Pretore di Asti, riguardava gli artt. 186 comma 6 e 187 commi 2 e 4 del codice della strada ⁽³³⁾, dei quali si pretendeva l'illegittimità costituzionale in relazione all'art. 13 commi 1 e 2, all'art. 24 comma 2 ed all'art. 32 comma 2 Cost. ⁽³⁴⁾. Secondo il giudice *a quo*, obbligare il conducente a scegliere tra un prelievo di sangue e le conseguenze sanzionatorie previste per il rifiuto degli accertamenti sarebbe operazione lesiva non solo del diritto di difesa, ma anche della libertà personale. L'atto si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio ordinato da un

⁽³¹⁾ Se è possibile, pur a fronte della minaccia sanzionatoria, negare la propria cooperazione, l'atto non potrà essere posto in essere in maniera forzosa. La dicotomia richiama le parole di un illustre studioso: «il diritto, quando comanda non coarctisce quando coarctisce non comanda» (così, C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Camerino*, vol. IV, 1930, p. 61).

⁽³²⁾ Ci si riferisce a Corte cost., 30 maggio 1996, n. 194, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1767 s.

Per un commento sulla sentenza della Corte, si vedano M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento dell'idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 867 s.; G. SANTACROCE, *Alcool e droghe nella circolazione stradale: modalità di accertamento dello stato di ebbrezza tra prove sintomatiche e dubbi di costituzionalità*, in *Riv. polizia*, 1996, p. 791 s.

⁽³³⁾ Si noti che la formulazione della norma nel 1996 era sensibilmente diversa da quella odierna. Le disposizioni citate si leggano, quindi, come artt. 186 comma 5 e 187 comma 3 e 5 c.d.s.

⁽³⁴⁾ Si affiancavano, poi, le questioni poste dal Pretore di Macerata, il quale lamentava l'illegittimità costituzionale degli artt. 186 comma 4, 223 comma 3 e 224 comma 1 c.d.s. in relazione agli artt. 3, 25, 27, 97 e 102 Cost.

soggetto non qualificato – l’agente di polizia stradale –, al quale sarebbe rimessa un’eccessiva discrezionalità ⁽³⁵⁾.

Per comprendere le posizioni espresse dal remittente tornerà utile ricordare schematicamente le due contrapposte letture dell’*habeas corpus*.

Un indirizzo abbastanza risalente afferma che la libertà personale esaurirebbe la sua tutela nel diritto di resistere agli atti strettamente coercitivi, ossia quelli che incidano sulla persona fisica e siano idonei a limitarne, anche se per un breve lasso di tempo, la libertà di movimento ⁽³⁶⁾.

Un diverso orientamento – quello che sembra accogliere il giudice *a quo* – si spinge sino a ricomprendere tra i beni giuridici tutelati dal principio in parola non solo il diritto all’integrità fisica, ma anche quello alla libertà morale ed alla dignità sociale ⁽³⁷⁾. Non sarebbe necessario un intervento coercitivo dell’autorità per avere una limitazione dell’art. 13 Cost.; basterebbe una qualsiasi limitazione della libera autodeterminazione del soggetto, anche mediante l’imposizione di un obbligo.

Ad accogliere la più garantista corrente di pensiero, infatti, l’ordine di seguire la polizia stradale che accompagna il guidatore presso una struttura sanitaria ove questa dovrà prestarsi ad un prelievo ematico costituisce una limitazione della libertà morale del guidatore e, dunque, incide sull’art. 13 Cost.

⁽³⁵⁾ L’elemento sintomatico percepibile per l’alterazione da droghe è tanto più sfuggente ed equivocabile con riguardo agli stupefacenti rispetto all’ebbrezza alcolica. In questo senso, tra gli altri, F. TERRUSI, *L’esame ematologico sul soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993, p. 851.

⁽³⁶⁾ Per questo orientamento, si vedano G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 23 s.; R.G. DE FRANCO, *I rilievi segnaletici disposti dall’autorità di pubblica sicurezza si concretano in una violazione della libertà personale?*, in *Giur. it.*, 1962, p. 51 s.; A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 287 s.

⁽³⁷⁾ Appartengono a questo indirizzo A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 50 s.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 156 s.; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 189 s.

Non sembrano condividere questa lettura i guardiani della Costituzione. La Consulta, «seppur con una motivazione tortuosa e sfuggente» ⁽³⁸⁾, rigetta la questione, statuendo che la «facoltà, riconosciuta agli agenti di polizia sulla base di un fondato sospetto [non] risult[a] lesiva della garanzia circa l'inviolabilità della persona». La Corte sembra adottare una lettura del principio in parola che ne limita l'estensione alle sole restrizioni fisiche. Ed infatti, essa giudica rilievo fondamentale il fatto che il conducente « non subisce coartazione alcuna, potendosi rifiutare in caso di ritenuto abuso di potere da parte dell'agente» ⁽³⁹⁾.

Si tratta, dunque, di atti obbligatori e non coercibili, che pertanto sfuggono alla tutela dell'art. 13 Cost. Semmai, la norma in esame è idonea a comprimere la libertà morale dell'individuo, posto davanti al bivio tra subire una sanzione penale per il rifiuto ovvero acconsentire a sottoporsi ad un atto invasivo della propria integrità fisica. Ma la norma che sanziona il rifiuto, peraltro non denunciata dal giudice astigiano, è, secondo la Corte, comunque rispettosa del diritto alla libertà personale: ciò che rileva qui è che l'ordine di sottostare agli accertamenti sia in qualche modo verificabile *ex post*, sotto il profilo della ragionevolezza del motivo che ha indotto l'agente a disporre l'accompagnamento presso la struttura sanitaria per le analisi del caso.

In altri termini, se il perno attorno al quale ruota la restrizione indiretta della libertà personale sta, come vuole il giudice remittente, in quella valutazione discrezionale del dato sintomatico affidata alla polizia stradale, allora bisogna verificare se sia consentito al conducente vittima di un ordine arbitrario sfuggire al pendolo tra sanzione penale ed intrusione della propria sfera fisica. Secondo la Corte, la norma è ben congeniata e consente di scongiurare gli abusi: la discrezionalità degli agenti di polizia stradale non è senza controllo. Qualora il

⁽³⁸⁾ Così, M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, p. 480, nt. 52.

⁽³⁹⁾ L'ordine arbitrario dell'agente di polizia sarebbe sempre verificabile da parte del giudice, al quale spetta di controllare la «ragionevolezza del motivo che ha indotto l'agente a disporre l'accompagnamento».

guidatore rifiuti di prestarsi all'atto, il giudice chiamato a pronunciarsi sul relativo addebito dovrà prima escludere la legittimità del diniego opposto dall'imputato alla richiesta di collaborare.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza costituzionale suscita, però, qualche perplessità. La verifica giudiziale cui si allude solleva problemi di effettività dell'accertamento probatorio, che giunge a configurarsi come *probatio diabolica*. Appare impervia la prova dell'abuso quando manchino testimoni al fatto diversi dagli agenti accertatori e dall'imputato. Nemmeno l'assenza di sostanze stupefacenti nell'organismo del conducente – peraltro pressochè indimostrabile, proprio in ragione del rifiuto opposto agli accertamenti – sarebbe decisiva. L'oggetto della verifica giudiziale, infatti, non è costituito dall'effettiva alterazione del soggetto, ma dalla ragionevolezza dei motivi che, al momento del controllo, inducano a ritenerlo tale.

Ne consegue che un ordine irragionevole di sottoporsi ai controlli del proprio stato psicofisico non potrà non risolversi in aggiramento dell'incoercibilità dell'atto, che il conducente dovrà comunque tollerare per evitare la rigida sanzione prevista per il rifiuto.

5) Il rifiuto di sottostare agli accertamenti nel prisma del diritto a non autoaccusarsi

Già si è anticipato quali distanze separino la soluzione adottata nell'ordinamento italiano rispetto a quella prescelta dal legislatore tedesco. Mentre il diritto germanico riconosce l'inviolabilità del *nemo tenetur se ipsum accusare* e non contempla alcuna sanzione per il conducente non collaborativo ⁽⁴⁰⁾, il sistema

⁽⁴⁰⁾ Non sono mancate, lo si ricorda, proposte di modifica della disciplina volte ad introdurre una qualche forma di sanzione per il rifiuto del conducente alla collaborazione con l'autorità nell'acquisizione della prova *contra se*. I tentativi, tuttavia, sono naufragati a causa della strenua battaglia combattuta da una parte della dottrina germanica, la quale ha insistito sull'impossibilità di conciliare un siffatto illecito con il *nemo tenetur se ipsum prodere* (si veda cap. I, nt. 53).

italiano non pare aver affrontato il problema delle possibili ripercussioni della sanzione per il rifiuto sulla libertà contro le autoincriminazioni.

Se il reato di rifiuto degli accertamenti possa o meno convivere con questa declinazione del diritto di difesa è questione su cui da tempo ci si interroga⁽⁴¹⁾; intimamente legata alla latitudine che si intenda attribuire al principio in base al quale nessuno è obbligato ad autoaccusarsi, la domanda non trova agevole soluzione. Per rispondere, infatti, occorrerebbe prima definire i limiti del *nemo tenetur se detegere*⁽⁴²⁾.

È indubbia la sua natura di «principio cardine del nostro sistema processuale»⁽⁴³⁾. Si afferma solitamente che l'imputato «non [dev'essere] considerato quale depositario di una verità da carpire a ogni costo»; egli «è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»⁽⁴⁴⁾. Con riguardo all'estensione che vada attribuita a tale principio, tuttavia, sorge qualche perplessità.

Due le correnti interpretative sul punto. Da un lato, la tesi che vorrebbe il *nemo tenetur se detegere* circoscritto al mero diritto al silenzio⁽⁴⁵⁾; dall'altro, quella che lo dipinge come un più generale diritto di «resistenza passiva» dell'imputato all'accertamento da parte dell'autorità giudiziaria⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴¹⁾ Sul punto, tra gli altri, G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 2240; A. ZORZI GIUSTINIANI, *Droga ed alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1992, c. 471 e, con particolare riferimento al caso di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti clinici, P. SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1361.

⁽⁴²⁾ Il *nemo tenetur se detegere*, oggi «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» (così, Corte cost., 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2106), ha trovato cittadinanza nel processo penale italiano «solo in tempi relativamente recenti» (V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 7).

⁽⁴³⁾ Così, Corte cost., 30 giugno 1994, n. 267, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2180.

⁽⁴⁴⁾ Così, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 193.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., per tutti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 296 s.

⁽⁴⁶⁾ Per «resistenza passiva» si intende il «diritto [...] a non collaborare al processo», ossia «a non fornire prove contro se» stesso (così, M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 123).

A parere di chi scrive, la seconda via appare preferibile. Due argomenti militano in tal senso. Il primo è costituito dal rilievo per cui l'art. 24 Cost., dal quale detto principio si ricava, non conosce limiti espressi: diversamente dal V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America ⁽⁴⁷⁾, ad esempio, l'operatività del baluardo contro le incriminazioni non appare espressamente circoscritta al diritto a non essere "testimone" *contra se* ⁽⁴⁸⁾. Il secondo motivo consta in ciò: ritenere il *nemo tenetur se detegere* circoscritto al mero diritto al silenzio amputerebbe almeno una delle tre espressioni del principio solitamente riconosciute nella letteratura ⁽⁴⁹⁾. Se, infatti, si assicurerebbe la sopravvivenza del *right to silence* e forse anche del *right not to be questioned*, resterebbe privo di tutela il più ampio *privilege against self-incrimination*.

Ma, posto che la «prima massima del garantismo processuale accusatorio» ⁽⁵⁰⁾ contempla un diritto a non cooperare con l'autorità procedente ad atti che potrebbero nuocere alla propria posizione processuale, quali contenuti colorano quel "contributo attivo" che all'imputato sarebbe concesso negare? In altri termini,

Nello stesso senso, tra gli altri, P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 653, secondo cui il diritto a non cooperare con l'autorità «non riguarda atti quali ispezioni, o per l'appunto ricognizioni, dove l'imputato non interviene come soggetto agente o parlante, ma come corpo, come oggetto di un accertamento disciplinato dalle norme processuali»; A. LARONGA, *Indagini genetiche in cerca di regole. Prelievo di campioni organici: se l'imputato fa ostruzionismo*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 29, p. 108 s.; G. MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, in AA. VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Giappichelli, Torino, 2007, p. 57; M. SCAPARONE, *Commento all'art. 24 comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili – Art. 24-26*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 91; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 9 s.

⁽⁴⁷⁾ Secondo il *Fifth Amendment* della Costituzione Statunitense «*No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*».

⁽⁴⁸⁾ Il rilievo è di M. SCAPARONE, *Commento all'art. 24 comma 2*, cit., p. 90, nt. 10.

⁽⁴⁹⁾ Sulla tripartizione del principio, si veda, per tutti, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 2 s.

⁽⁵⁰⁾ Così, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 623).

il diritto a «rifiut[arsi] [...] di produrre “contra se instrumenta propria”»⁽⁵¹⁾ gode di cittadinanza anche nell’ambito delle prove non dichiarative?

La pregnanza del quesito nasce da una riflessione. È indubbio che la prova etilometrica, come anche gli *screening* tossicologici sulle urine, richiedano un apporto collaborativo del guidatore nella formazione della prova⁽⁵²⁾. Tuttavia, a differenza della maggior parte degli atti nei quali l’imputato riveste il ruolo di “organo di prova” – *i.e.* interrogatorio o ricognizione, entrambi a contenuto dichiarativo –, l’apporto fornito dall’individuo si risolve qui in una collaborazione meramente fattuale. Essa, infatti, non importa alcun coinvolgimento della sfera conoscitiva del soggetto: gli si richiede un mero *facere*.

Qualche apertura all’applicazione del principio anche in questo campo si registra nella letteratura. Se, come noto, «l’aspetto più tirannico, la censura più profonda della logica inquisitoria si manifesta non tanto nell’escludere l’imputato e il suo difensore dalla scena processuale, quanto nel costringerli a cooperare con gli organi della giurisdizione alla ricerca della “verità”»⁽⁵³⁾, la questione merita maggior attenzione nell’odierno sistema processuale, il quale attribuisce sempre «crescente importanza [a]ll’imputato quale “oggetto di prova”»⁽⁵⁴⁾. Il fenomeno, legato agli sviluppi scientifici e tecnologici, che hanno ormai comportato l’abdicazione della “prova principe” di un tempo – la testimonianza – in favore della c.d. prova scientifica, impone una riflessione sull’estensibilità del *nemo*

⁽⁵¹⁾ Così, V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*», cit., p. 4.

⁽⁵²⁾ Tale aspetto è evidenziato anche da G. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 2240, il quale scrive che «la prova etilometrica è concretamente assumibile solo in base ad un sia pur minimo comportamento “attivo” del soggetto, tenuto a collaborare, espirando due o più volte in un certo arco di tempo, all’effettuazione di un controllo che (anche se si ritenga effettuato in fase amministrativa di prevenzione) dà comunque vita ad una prova contro di lui utilizzabile».

L’attività collaborativa imposta al guidatore si sostanzia nell’azione di soffiare con energia nel boccaglio dell’etilometro allo scopo di consentire la rilevazione dell’eventuale presenza di alcool metilico nell’aria contenuta negli alveoli polmonari, ma anche in quella di fornire all’autorità un campione di urina, liquido biologico necessario allo svolgimento delle analisi tossicologiche.

⁽⁵³⁾ Così, P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Utet, Torino, 1988, p. 18.

⁽⁵⁴⁾ M. GIALUZ, *Commento all’art. 24 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole-R. Bin, Cedam, Padova, 2008, p. 234.

tenetur se detegere anche a questi ambiti. È soluzione proposta da taluni autori, dunque, che all'imputato sia attribuito financo il diritto a non effettuare i movimenti corporei necessari a fornire la prova nel processo penale ⁽⁵⁵⁾.

Nella giurisprudenza, invece, si respira maggiore scetticismo rispetto al riconoscimento di una simile estensione.

Fermo il limite in base al quale «il diritto dell'imputato [...] a non collaborare con gli organi inquirenti [...] non può estendersi anche alle ipotesi in cui egli rappresenta soltanto il soggetto passivo di accertamenti eseguiti da altri e di cui non è protagonista attivo» ⁽⁵⁶⁾, la facoltà di non cooperare con l'autorità nell'ambito di atti in cui rivesta il ruolo di "organo di prova" ⁽⁵⁷⁾ non conosce confini netti.

⁽⁵⁵⁾ In questo senso, da ultimo, P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 35.

Le problematiche sono emerse in particolare negli anni Novanta ed hanno riguardato, ad esempio, la possibilità o meno di imporre all'imputato di assumere una postura ai fini della ricognizione personale, ovvero quella di obbligarlo a rilasciare un saggio grafico o vocale per scopi peritali.

Esplicitamente avversa a questa tesi, quella di chi ha sostenuto che il principio in discorso tutelerebbe soltanto quelle «informazioni che sono nel dominio spirituale dell'indiziato e che appartengono al suo interno psichico»; restano escluse quelle «che egli porta (talvolta inconsapevolmente) come "tracce del fatto" sul o nel proprio corpo» (così, R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 764).

⁽⁵⁶⁾ Così, Cass. pen., sez. II, 18 maggio 1987, Pino, in *Giur. it.*, 1988, II, c. 373, con nota di G. DE ROBERTO, ed in *Cass. pen.*, 1990, p. 651, con nota adesiva di P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, cit.

L'ammissibilità della coazione sull'imputato che debba essere sottoposto a ricognizione passiva era già stata riconosciuta da Trib. Torino, 17 ottobre 1978, Alunni, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 326, con nota di C. PIACENTINI, *In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale*. Per una più puntuale ricostruzione della vicenda, si veda N. TRIGGIANI, *La ricognizione personale: struttura ed efficacia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 753, nt. 101.

Più recentemente, il confine "attività-passività" è stato evidenziato da una pronuncia di merito dei primi anni Novanta. Si tratta di Trib. di Piacenza, 13 dicembre 1991, Quirci, in *Cass. pen.*, 1993, p. 448 s., con nota adesiva di P. VENTURATI, *Ricognizione di persona e poteri coercitivi del giudice*. Secondo tale indirizzo, al giudice va riconosciuto il potere di «usare tutti i mezzi necessari all'espletamento della prova tipica in questione, compreso quello di fare abbassare coattivamente all'imputato le mani con le quali egli copra il proprio volto». Simili poteri coercitivi appaiono legittimi nell'ambito della ricognizione personale, quanto lo sono nell'ispezione o nella perquisizione: in tali situazioni, infatti, «l'imputato si trasforma in "oggetto di prova" e non può impedire, con un atteggiamento ostruzionistico, il ricorso al predetto mezzo».

⁽⁵⁷⁾ La distinzione tra imputato in veste di "organo" o "oggetto" di prova appare oggi consolidata nella giurisprudenza. La dicotomia si deve alle elaborazioni dottrinali sviluppatasi

Dall'analisi dei principali casi giunti al vaglio della giurisprudenza, infatti, emerge uno sforzo definitorio con riferimento al solo diritto al silenzio ⁽⁵⁸⁾. Nebulosi, invece, i limiti del diritto a non autoaccusarsi.

È celebre la questione sorta nei primi anni Novanta intorno al rapporto tra ricognizione attiva e diritto a non autoincriminarsi. Due i problemi: innanzitutto, ci si domanda se sia legittimo il rifiuto opposto dall'imputato alla richiesta di svolgere una ricognizione su un coimputato o su un imputato in un procedimento connesso al proprio; di poi, occorre chiedersi se una tale facoltà sia conseguenza del diritto di tacere, o essa non sia ricavabile, più in generale, dal privilegio contro le autoincriminazioni.

La soluzione accolta dalla Corte di cassazione ⁽⁵⁹⁾ e dalla Consulta ⁽⁶⁰⁾ è la medesima: «dal principio del *nemo tenetur se detegere* deriva il diritto del coimputato o dell'imputato in un separato procedimento connesso di non prestarsi alla ricognizione attiva». Argomento determinante perché si opti per tale scelta ermeneutica risiede nell'affinità tra lo strumento probatorio in parola e l'istituto disciplinato dall'artt. 208 ss. c.p.p.: si tratta, infatti, di due prove dichiarative assimilabili sotto il profilo strutturale alla testimonianza. Il disposto dell'art. 210 comma 4 c.p.p., che impone l'avviso al correo dalla facoltà di tacere, si estenderà

durante la vigenza dei codici Zanardelli e Rocco. Si vedano, tra gli altri, a E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. I, Vallardi, Milano, 1924, p. 136 s.; V. CAVALLARI, *La capacità dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 180 s.; G. FOSCHINI, *L'imputato. Studi*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1956, p. 53 s.

Sulla distinzione tra imputato come "organo" o "oggetto" di prova, diffusamente, O. DOMINIONI, voce *Imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 789 s.

⁽⁵⁸⁾ Secondo Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, il *nemo tenetur se detegere* sarebbe uno strumento volto a «rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione psicologica in cui possa venire a trovarsi a cospetto dell'autorità e per porlo al riparo da eventuali pressioni che su di lui possano essere esercitate».

⁽⁵⁹⁾ Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1994, Goddi, in *Cass. pen.*, 1996, p. 605 s., con nota di M. SCARABELLO, *Sul diritto al silenzio dell'imputato ricognitore*.

⁽⁶⁰⁾ Corte cost., 22 giugno 1994, n. 267, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 256 s., con nota di M. CERESA GASTALDO, *La ricognizione personale "attiva" all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità dell'imputato?*

dunque all'istituto dell'art. 213 c.p.p. ⁽⁶¹⁾. Il riferimento al *nemo tenetur se detegere*, dunque, va inteso qui nella sua accezione di diritto a non parlare.

Con riguardo, invece, ai confini del "diritto di non fare", episodici spunti segnano le tappe di una rotta dalla logica incerta.

Nella giurisprudenza costituzionale, il riferimento al diritto a non autoincriminarsi è frequente, ma il principio rimane evanescente: non si giunge mai ad una descrizione che includa o escluda gli atti non dichiarativi dal suo ambito di tutela ⁽⁶²⁾.

Tuttavia, l'assenza di una netta definizione del principio in parola fa sì che le sue applicazioni pratiche ad opera della giurisprudenza di merito e di legittimità siano le più varie.

A cavallo tra la nozione sostanziale e quella processuale del diritto a non autoincriminarsi, merita comunque uno sguardo quell'apertura manifestatasi nella giurisprudenza di merito in tempi recenti. L'argomento riguarda il reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero ⁽⁶³⁾. A determinate condizioni, la

⁽⁶¹⁾ Si segnalano le opinioni critiche di M. SCARABELLO, *op. cit.*, p. 610 e di A. MELCHIONDA, *Il diritto dell'indagato di astenersi dalla "ricognizione attiva"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 2183. Secondo gli autori, l'estensione analogica della disposizione citata sarebbe operazione superflua, poiché il diritto al silenzio, ricavabile in ogni caso dall'art. 24 Cost., sarebbe di per sé sufficiente a tutelare l'imputato.

⁽⁶²⁾ Si vedano, tra le altre, Corte cost., sent. 5 ottobre 1983, n. 290, in *Giur. cost.*, 1983, p. 1830 s.; Corte cost., sent. 24 settembre 1990, n. 432, *ivi*, 1990, p. 2578 s.; Corte cost., sent. 4 marzo 1992, n. 108, *ivi*, 1992, p. 984 s.; Corte cost., sent. 4 marzo 1992, n. 109, *ivi*, 1992, p. 994 s.; Corte cost., sent. 22 giugno 1994, n. 267, *ivi*, 1994, p. 2177 s.; Corte cost., sent. 26 ottobre 1998, n. 361, *ivi*, 1998, p. 3083 s.; Corte cost., sent. 11 luglio 2000, n. 294, *ivi*, 2000, p. 2251 s.; Corte cost., ord. 19 giugno 2002, n. 291, *ivi*, 2002, p. 2101 s.; Corte cost., ord. 24 ottobre 2002, n. 451, *ivi*, 2002, p. 3722 s.; Corte cost., ord. 24 giugno 2004, n. 202, *ivi*, 2004, p. 2063 s.; Corte cost., ord. 4 maggio 2005, n. 184, *ivi*, 2005, p. 1639 s.; Corte cost., ord. 13 dicembre 2007, n. 456, *ivi*, 2007, p. 4920 s.; Corte cost., ord. 19 ottobre 2010, n. 280, *ivi*, 2010, p. 3513 s.

In particolare, si veda Corte cost., sent. 12 gennaio 2005, n. 27, in *Giur. cost.*, 2005, p. 147 s., la quale, nel riportare le parole del giudice rimettente secondo cui il *nemo tenetur se detegere* sarebbe «il diritto a non fornire elementi in proprio danno e, più in generale, a non collaborare con l'Autorità per la propria incriminazione», non prende posizione sulla condivisibilità o meno delle stesse.

⁽⁶³⁾ La fattispecie penale di riferimento è l'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94. Secondo la norma «lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di

fattispecie descritta è stata giudicata lesiva del diritto a non autoincriminarsi: il rifiuto di mostrare i propri documenti, da cui deriva il rischio di subire un'incriminazione per il reato di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286 del 1998, violerebbe l'art. 24 Cost. ⁽⁶⁴⁾: fornire alla polizia di sicurezza i documenti richiesti pone il soggetto nella condizione di autoincriminarsi per il reato di cui all'art. 10-*bis* comma 1 del d.lgs. n. 286 del 1998 ⁽⁶⁵⁾. L'indirizzo appena esposto, anche se superato alla luce della giurisprudenza di legittimità intervenuta a Sezioni Unite nel senso dell'inesigibilità della condotta ⁽⁶⁶⁾, getta comunque luce sull'incertezza contenutistica che caratterizza il diritto a non autoincriminarsi.

La fattispecie incriminatrice posta a tutela dell'effettività delle operazioni di controllo svolte dalla polizia di sicurezza punisce lo straniero non collaborante con sanzioni più severe rispetto a quelle previste per il c.d. reato di clandestinità ⁽⁶⁷⁾. Lo strumento per ottenere la cooperazione del soggetto è del tutto analogo a quello adoperato nel codice della strada: si minaccia l'interessato di una sanzione uguale o addirittura più elevata di quella che rischierebbe in caso di accertamento per il reato di riferimento. Peraltro, mentre l'art. 6 comma 3 del testo unico in materia di immigrazione prevede una scriminante per il caso in cui lo straniero non possa fornire i documenti richiesti per «giustificato motivo», il rifiuto degli accertamenti *ex artt.* 186 comma 7 e 187 comma 8 c.d.s. non conosce clausole di salvezza. Laddove non venga offerta alcuna via di fuga al conducente obbligato ad *agere*

altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000».

⁽⁶⁴⁾ Si vedano, in proposito, Trib. Monza, 3 maggio 2010, n. 851, in *Red. Giuffrè*, 2010; Trib. Monza, 23 marzo 2010, n. 544, in *Guida dir.*, 2010, n. 23, p. 85; Trib. Monza, 12 gennaio 2010, in *Riv. pen.*, 2010, p. 1034.

⁽⁶⁵⁾ Si tratta del c.d. reato di clandestinità, introdotto con la citata l. 15 luglio 2009, n. 94 e punita con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass. pen., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, in *Riv. pen.*, 2011, p. 650.

⁽⁶⁷⁾ A differenza di quanto previsto dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98, l'art. 6 comma 3 prevede non soltanto la pena pecuniaria dell'ammenda – questa, sì, più blanda di quella prevista per il reato di immigrazione clandestina –, ma anche quella dell'arresto sino ad un anno.

contra se, sembra ancor più stringente l'esigenza di una tutela contro le autoincriminazioni.

Posta di fronte all'espresso quesito se il reato di rifiuto dei *test* tossicologici imposti dall'art. 187 c.d.s. sia scriminato dall'esercizio del diritto di difesa, la Corte di cassazione esprime un diniego espresso ⁽⁶⁸⁾.

Sebbene non offra particolari approfondimenti sul tema, la pronuncia da ultimo citata offre spunti preziosi per l'analisi della materia che qui ci occupa. S'impone una breve disamina delle motivazioni che la sorreggono.

Il caso è portato alla cognizione del giudice di legittimità allorché la difesa presenta ricorso per Cassazione, lamentando la pretesa illegittimità della disposizione che sanziona il rifiuto di collaborare agli accertamenti, per violazione del diritto di difesa. La risposta del giudice estensore non appare, tuttavia, puntuale e pertinente, ed anzi evita di prendere posizione circa l'ascrivibilità o meno di un *facere*, quale può essere la collaborazione all'*alcoltest*, nel novero degli atti coperti dal privilegio contro le autoincriminazioni.

L'*iter* argomentativo dei giudici di legittimità segue un sentiero non sempre lineare e cristallino: «l'asserita violazione del diritto di difesa» costituirebbe «una petizione di principio»: sarebbe «una vera e propria contraddizione [...] dedurre di sentirsi obbligato ad opporre il rifiuto, perché non si è alla guida di un veicolo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, non sussistendo in tal caso l'addotta necessità di contravvenire all'invito legittimamente rivolto dall'autorità».

Il riferimento a valutazioni di colpevolezza appare inconferente: anche chi invochi il diritto a non autoincolparsi gode, sino a sentenza definitiva, della presunzione di non colpevolezza. Si fatica pertanto a comprendere quale rapporto leghi l'art. 27 comma 2 Cost. con il privilegio contro le autoincriminazioni, che continua ad esistere a prescindere da qualsivoglia considerazione circa la responsabilità del soggetto.

⁽⁶⁸⁾ Si veda Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre 2009, Rosito, in *Arch. giur. circ.*, 2010, p. 636.

Un'ulteriore considerazione svolta in sentenza dal giudice nomofilattico è quella per cui una collaborazione imposta al conducente andrebbe nell'interesse dell'imputato stesso, poichè necessitata dall'esigenza di quantificare la pena da irrogare. Anche a fronte di una pregressa confessione di aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope, s'imporrebbe l'esigenza di procedere ad accertamento tecnico dell'alterazione.

La prospettiva assunta non appare condivisibile. Sotto il profilo delle esigenze euristiche dell'accertamento penale, ben può essere apprezzata la necessità di raccogliere la "prova scientifica", l'unica davvero in grado di dimostrare l'alterazione percettiva del conducente alla guida ⁽⁶⁹⁾. Tuttavia, tale necessità si collega, appunto, ad esigenze di accertamento del fatto: nell'ambito di una fattispecie tanto tecnica quale quella in discorso, occorre un dato probatorio altrettanto scientifico, che sia idoneo ad assicurare la certezza della responsabilità penale del soggetto oltre ogni ragionevole dubbio ⁽⁷⁰⁾. Non si comprende, dunque, cosa questo abbia a che vedere con il *nemo tenetur se detegere*. Affermare, come nella pronuncia in commento, che l'imputato non goda qui del diritto a non autoincriminarsi, ma abbia addirittura un interesse a collaborare con l'autorità per fornire elementi che consentano al giudice di quantificare la pena, riecheggia climi inquisitori che non appartengono all'ideologia cui il nostro sistema processuale aspira.

6) La giurisprudenza di Strasburgo sul *nemo tenetur se detegere*

Nel tentativo di fornire un quadro il più possibile completo della estensione del diritto contro le autoincriminazioni e della sua riferibilità anche agli

⁽⁶⁹⁾ In questi termini anche Comm. eur., 4 dicembre 1978, *X c. Olanda*, cit. Omettendo ogni riferimento ad una qualche connessione con il principio *nemo tenetur se detegere*, la Commissione rileva che «*in the present case, the applicant admitted to having consumed considerable quantities of alcohol. This admission was not, in the Commission's view, sufficient to make the test superfluous, since, as pointed out above, the blood/alcohol count is one of the proofs that an offence has been committed*».

⁽⁷⁰⁾ Sul punto si veda cap. IV, § 6.

accertamenti dell'ebbrezza ed alterazione da droghe alla guida non ci si può esimere da un'analisi delle disposizioni di rango sovranazionale. In particolare, grande rilevanza assume la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. I principi della CEDU e l'applicazione che la giurisprudenza della Corte europea ne fa, infatti, svolgono un ruolo fondamentale nell'ordinamento interno, tanto più dopo il recente riconoscimento da parte della Corte costituzionale della propria possibilità di sindacare la legittimità delle disposizioni interne, alla luce delle norme internazionali di origine pattizia ⁽⁷¹⁾.

Per tali ragioni, si rende opportuno indagare sull'estensione attribuita al *nemo tenetur se detegere* in ambito europeo, in particolare attraverso l'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al pari della nostra Carta fondamentale, non conosce una formulazione espressa del principio in parola. In ciò, essa si discosta dall'art. 14 n. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'uomo del 1966, il quale assicura ad ogni individuo accusato di un illecito penale la garanzia di «non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole» ⁽⁷²⁾. L'operatività del diritto tutelato dal Patto appare ristretta alle sole prove in cui all'imputato sia richiesto un *dicere* ⁽⁷³⁾.

Il diritto a non autoincriminarsi implicitamente tutelato dall'art. 6 della Convenzione ⁽⁷⁴⁾ non sembra, invece, limitato alle sole prove dichiarative. Ciò

⁽⁷¹⁾ Ci si riferisce a Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 s. e 3535 s.

⁽⁷²⁾ Per un esame approfondito in materia si veda, per tutti, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 134-136.

⁽⁷³⁾ Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che riconobbe il *right to silence*, per la prima volta, con la sentenza CJCE, 18 ottobre 1989, *Orkem*, *Rec. CJCE*, 1989-1990, p. 3283 s., restringe l'operatività del diritto a non autoaccusarsi alle prove aventi un contenuto dichiarativo.

⁽⁷⁴⁾ In questo senso si sono espressi i giudici di Strasburgo che hanno riconsociuto il diritto al silenzio per la prima volta nel 1993, in Corte eur., sent. 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, § 44, pubblicata e tradotta in M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*,

nonostante, la sua azione conosce alcune restrizioni, prima fra tutte la necessità di operare un bilanciamento tra questo e gli altri principi fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti ⁽⁷⁵⁾.

Il quadro casistico in materia di *privilege against self-incrimination* e di *right to silence* si presenta alquanto oscillatorio, tanto da rendere ostica l'individuazione di un filo conduttore: a pronunce che estendono la copertura del *nemo tenetur* anche al caso di imposizione di un obbligo di consegnare documenti ⁽⁷⁶⁾, se ne contrappongono altre che ne limitano l'operatività alle sole prove aventi un contenuto conoscitivo dell'imputato ⁽⁷⁷⁾, fino a giungere a sentenze che tollerano limitazioni anche considerevoli persino al diritto di tacere ⁽⁷⁸⁾.

coord. da M. Fumagalli Meraviglia, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 177 s. Il diritto al silenzio fa «*intrinsèquement*» parte del diritto ad un «giusto processo».

Per un commento alla pronuncia, si veda A.S. BUTLER, *Funke v. France and the Right Against Self-Incrimination: a Critical Analysis*, in *Criminal Law Forum*, 2000, p. 461 s.

⁽⁷⁵⁾ Al *nemo tenetur se detegere* non può attribuirsi la connotazione di “diritto assoluto”. È chiara in questo senso Corte eur., sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 46, in *Reports* 1996-VI.

⁽⁷⁶⁾ Si tratta di Corte eur., sent. 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, cit., § 43. I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto una lesione dell'art. 6 comma 1 CEDU da parte di quelle norme che imponevano un obbligo di consegnare documenti fiscali dai quali possa emergere la propria responsabilità penale per reati tributari.

La disposizione francese si inserisce nell'alveo di tutta una serie di previsioni normative che impongono obblighi di collaborazione con l'autorità procedente in inchieste amministrative, imponendo sanzioni di carattere penale per il caso del rifiuto alla cooperazione. Per una ricostruzione generale, si veda M. BERGER, *Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 25 s.

⁽⁷⁷⁾ Sul punto, si veda oltre, in questo stesso paragrafo.

⁽⁷⁸⁾ Ci si riferisce al celebre caso Corte eur., sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 47, cit., il cui principio di diritto è richiamato, tra l'altro, da Corte eur., 21 dicembre 2000, *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, § 47, in *Reports of Judgment and Decisions* 2000-XII. Per un generale commento al caso *Murray*, si veda C. MAINA, *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 189 s. Sul punto anche R. MUNDAY, *Interferences from Silence and European Human Rights Law*, in *Criminal Law Review*, 1996, p. 370 s.

La pronuncia della Corte ha ritenuto non lesivo dell'art. 6 CEDU il fatto che la decisione del giudice si fondi, tra l'altro, sulla valutazione del contegno dell'imputato, in particolare del suo silenzio. Il *vulnus* arrecato al diritto al silenzio da questa «deludente decisione» (così, E. MARZADURI, *L'identificazioni del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 271) non appare colmato dalla circostanza per cui il substrato probatorio non potrà mai essere costituito

Nel secondo filone, in particolare, si respira l'influenza della *common law* ⁽⁷⁹⁾: il *privilege against self-incrimination*, in quanto costituisce uno sviluppo della libertà morale e vuole tutelare l'imputato nella presunzione d'innocenza, deve ritenersi confinato alle sole prove che abbiano un contenuto comunicativo (*communicative evidence*) e non anche a quelle che comportino una collaborazione solamente materiale (*real evidence*).

È quanto sembra di poter ricavare da alcune pronunce in materia: il principio in parola non coprirebbe anche il materiale di prova che preesista all'indagine penale e che sussista «*independently of the will of the suspect*» ⁽⁸⁰⁾, come documenti, campioni biologici o altri esempi di prove reali. In tal senso, esso

«*solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself*».

La possibilità per il giudice inglese di valutare il silenzio come “argomento di prova” è prevista dal *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994. Secondo tali norme, l'imputato che eserciti lo *jus tacendi* su un fatto durante una fase del procedimento ed in seguito, durante il dibattimento, riveli tale fatto, va incontro al potere del giudice di valutare come argomento di prova il contegno silenzioso tenuto nella prima fase.

Per una snella ricostruzione della disciplina inglese, si vedano C. CONTI, *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 89 s.; C. VETTORI, *Il diritto al silenzio nell'ordinamento inglese e la giurisprudenza della Corte Europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1563 s. Sul punto, anche D. CHALUS, *La dialectique «aveau – droit au silence» dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé*, in *Revue Juridique Themis*, 2009, p. 361 s.

⁽⁷⁹⁾ Risale al caso *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 222-223, (1967) la distinzione tra prove con natura *communicative* e prove aventi carattere meramente *physical or real*. Soltanto le prime sarebbero coperte dalla tutela del *privilege*. Si veda, in materia, A.M. CAPITTA, *Ricognizione coatta, communicative evidence e diritto al silenzio*, in *Giust. pen.*, 1996, I, c.111 s.

In tema di “*real evidence*” e tutela del *privilege against self-incrimination*, si veda S.M. EASTON, *Bodily Samples and the Privilege Against Self-Incrimination*, in *The Criminal Law Review*, 1991, p. 18 s. e, con particolare riferimento alla prova dell'ebbrezza da alcool e stupefacenti, F.E. INBAU, *Self-Incrimination: What can an Accused Person be Compelled to do?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, vol. 89, n. 4, p. 1360 s.

⁽⁸⁰⁾ *Leading case* in materia è Corte eur., sent. 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 69, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-VI, p. 2064 s.

Nello stesso senso anche Corte eur., Grande camera, 29 giugno 2007, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, § 47, in <http://echr.coe.int>; Corte eur., sez. I, sent. 8 aprile 2004, *Weh c. Austria*, §§44-45, *ivi*.

appare intimamente legato con il principio della presunzione d'innocenza, sancito dall'art. 6 comma 2 della Convenzione ⁽⁸¹⁾.

Tuttavia, i giudici europei non escludono che anche le prove reali debbano essere valutate con il metro dei principi del *fair trial*. Il *privilege against self incrimination* è metro di valutazione per apprezzare la legittimità di dati probatori estrapolati attraverso sotterfugi ⁽⁸²⁾, coazioni o pressioni «in spregio alla volontà dell'accusato» ⁽⁸³⁾. Lo si afferma in una recente pronuncia ⁽⁸⁴⁾, che ha ritenuto lesiva dell'art. 6 CEDU la prassi di somministrare farmaci emetici (o lassativi) al fine di far espellere al sospettato ovuli di plastica individuati nel suo stomaco e verosimilmente contenenti sostanze stupefacenti.

A *contrario*, se ne ricava che, qualora le modalità di acquisizione della prova non integrino trattamenti inumani e degradanti, ottenere prove reali mediante l'imposizione di un comportamento collaborativo non arrecherebbe un *vulnus* al

⁽⁸¹⁾ Cfr. Corte eur., sez. IV, sent. 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, § 40, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000-XII; Corte eur., sez. IV, sent. 21 dicembre 2000, *Quinn c. Irlanda*, § 40, in <http://echr.coe.int>; Corte eur., sent. 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68, in *Reports*, 1996-VI.

Sul punto, si vedano M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 198-199; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2000, p. 42-43.

⁽⁸²⁾ Cfr. Corte eur., sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, § 52, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2002-IX, nella quale la Corte ha ritenuto violato l'art. 6 comma 1 della Convenzione in un caso in cui l'imputato era stato indotto con l'inganno a rendere dichiarazioni autoaccusatorie ad un informatore di polizia appositamente detenuto nella sua stessa cella.

⁽⁸³⁾ Così, Corte eur., sez. II, 20 giugno 2006, *Örs e altri c. Turchia*, § 56, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2006-XI.

⁽⁸⁴⁾ Ci si riferisce a Corte eur., Grande camera, sent. 11 giugno 2006, *Jalloh c. Germania*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2006-IX, ove la Corte europea ha ravvisato la lesione dell'art. 6 comma 1 CEDU dovuta al fatto che la coercizione subita dal ricorrente era contraria all'art. 3. Per un commento della pronuncia, si veda F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 190 s.

Nella letteratura tedesca, tra gli altri, R. ESSER, *EMGR in Sachen Gäfgen v. Deutschland* (22978/05), *Urt. v. 30.6.2008*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 659 s.; K. GAEDE, *Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh*, in *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2006, p. 241 s.; J.C. SCHUHR, *Brechmitteleinsatz als unmenschliche und erniedrigende Behandlung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 3538 s.; K.H. SCHUMANN, *Brechmitteleinsatz ist Folter?*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 661 s.

nemo tenetur se detegere. Lo si deduce chiaramente dalle parole della stessa Corte europea: «*the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal system of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing*»⁽⁸⁵⁾.

7) (Segue): obbligo di sottoporsi all'alcoltest e *privilege against self-incrimination* nella giurisprudenza della Corte europea

Alla luce di quanto sin qui ripercorso, non stupisce il fatto che i pochissimi ricorsi al giudice di Strasburgo per violazione dell'art. 6 CEDU riguardanti disposizioni che impongano al guidatore di prestarsi agli accertamenti dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe siano stati ritenuti manifestamente infondati⁽⁸⁶⁾. Due le decisioni sul punto⁽⁸⁷⁾, alle quali pare sufficiente un breve richiamo.

Il primo caso, più volte citato, è piuttosto risalente. Precede di più di un decennio la pronuncia in cui la Corte europea riconosce l'operatività del principio *nemo tenetur se detegere*. La questione riguarda la pretesa violazione degli artt. 6 § 2 ed 8 CEDU da parte di una norma del codice stradale olandese, che obbligava il

⁽⁸⁵⁾ Così, Corte eur., Grande camera, sent. 11 giugno 2006, *Jalloh c. Germania*, cit., § 102.

⁽⁸⁶⁾ Lo scrutinio di ammissibilità e fondatezza del ricorso era affidato, in un primo momento, alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, organo con competenze istruttorie, di inchiesta e di conciliazione. Come noto, questo sistema funzionò sino alla creazione della "nuova" Corte europea dei diritti dell'uomo, voluta dal Protocollo n. 11, firmato nel maggio del 1994.

Per approfondimenti sul punto, M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, p. 63 s.

⁽⁸⁷⁾ Ci si riferisce a Comm. eur., dec. 4 dicembre 1978, *X c. Olanda*, in *Decisions and Reports* (DR) 16, ed. Consiglio d'Europa, Strasbourg, p. 184 s. ed a Corte eur., sez. IV, dec. 15 giugno 1999, *Tirado Ortiz e Lozano Martín c. Spagna*, 22 giugno 1999, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-V.

conducente risultato positivo alla c.d. prova del palloncino a sottoporsi ad un prelievo di sangue. Sebbene la norma non prevedesse la possibilità di esercitare una coazione sul soggetto che non si prestasse spontaneamente all'accertamento, ciò nonostante nessun comportamento attivo era imposto all'interessato. Il riferimento al *privilege against self-incrimination* è, di conseguenza, apparso inconferente⁽⁸⁸⁾.

Il secondo arresto giurisprudenziale prende le mosse da due vicende processuali spagnole⁽⁸⁹⁾, instauratesi in seguito alla ritenuta violazione dell'art. 380 del *Código penal*⁽⁹⁰⁾. La norma, che sanziona la disobbedienza ad un ordine di un pubblico ufficiale di sottoporsi al *test* per l'ebbrezza o per l'alterazione da droghe, presenta molti punti di contatto con il reato di rifiuto degli accertamenti

⁽⁸⁸⁾ In questi termini ha concluso Comm. eur., dec. 4 dicembre 1978, X c. *Olanda*, cit. Secondo la Commissione l'obbligo imposto al conducente di sottoporsi al prelievo di sangue non vulnera la presunzione d'innocenza.

⁽⁸⁹⁾ Con sentenza del 19 novembre 1996, la Corte penale di Saragozza aveva rimesso alla Corte costituzionale spagnola la questione di legittimità dell'art. 380 del *Código penal*, perché decidesse circa la compatibilità dello stesso con l'art. 24 Cost., che tutela il *nemo tenetur se detegere*. La Corte dichiarava la compatibilità dell'art. 380 del *Código penal* allora vigente con il principio costituzionale con sentenza 18 dicembre 1997, affermando che l'etilometro non ha lo scopo di obbligare il conducente ad ammettere determinati fatti, ma unicamente quello di ottenere una prova materiale, di carattere scientifico. Non viene intaccato il diritto di difesa. Semmai ci fosse una qualche limitazione di diritti fondamentali, questi sarebbero ravvisabili nel diritto alla "vita privata", tutelato dall'art. 18 Cost. Anche una simile compressione delle libertà, comunque, appare correttamente bilanciata; le fa da contraltare la necessità di tutela della sicurezza della circolazione stradale.

Del tutto simili le conclusioni cui giunge la Corte costituzionale spagnola quando, solo poco tempo dopo, le viene sottoposta nuovamente una questione del medesimo calibro (8 gennaio 1998, Martin).

⁽⁹⁰⁾ In seguito all'intervento di riforma della legge organica n. 15 del 2007, l'illecito in parola trova oggi collocazione nell'art. 383 del *Código penal*. La norma, pur avendo mutato collocazione, non è cambiata nella sostanza. Essa continua a punire il conducente che, alla richiesta avanzata da un agente di polizia, rifiuti di sottomettersi agli atti probatori stabiliti per l'accertamento del tasso alcolemico e per la presenza di sostanze tossiche, stupefacenti e psicotrope. La sanzione prevista per il rifiuto consta nella pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e la sospensione della licenza di guida da uno a quattro anni. Al confronto, i limiti edittali previsti dall'art. 379 c.p. per il reato di guida sotto l'effetto di bevande alcoliche o sostanze droganti impallidiscono. Non considerando, infatti, le più aspre conseguenze sanzionatorie cui va incontro il conducente che, ebro o alterato alla guida, superi anche – e di parecchio – i limiti di velocità consentiti (come si ricava dall'art. 380 comma 2 c.p., infatti, la combinazione dei due fattori innesca la presunzione di pericolosità concreta alla guida e riconduce il fatto al più grave reato di cui all'art. 380 c.p.), la condotta di guidare un veicolo sotto l'effetto di droghe o bevande alcoliche (con un tasso alcolemico superiore a 0,6 mg/l di alcool nell'aria espirata ovvero 1,2 g/l di alcool nel sangue) è punita con la pena dell'arresto da 3 a 6 mesi, ovvero con una multa ed un periodo di lavoro socialmente utile. In ogni caso, il condannato subirà la sospensione della patente da uno a quattro anni.

previsto dal codice della strada italiano. Grande attenzione andrà dunque prestata alle parole dei giudici europei nella pronuncia appena richiamata: gli argomenti spesi con riguardo alla disciplina spagnola, infatti, sarebbero forse gli stessi con i quali la Corte risponderebbe ad un analogo quesito posto sulla disciplina italiana.

L'esclusione dai giochi del diritto a non autoaccusarsi è chiara. I giudici di Strasburgo richiamano il principio di diritto espresso nella citata sentenza *Saunders c. Regno Unito* ⁽⁹¹⁾, tornando a ribadire che il *nemo tenetur se detegere* riguarda in via principale il diritto al silenzio e non si estende all'uso nel processo penale di materiali che potrebbero essere ottenuti dall'accusato attraverso l'uso di «*compulsory powers*» ⁽⁹²⁾.

È significativo, al riguardo, il riferimento operato dalla Corte nel caso *Ortiz e Martín c. Spagna* al caso *X. c. Olanda*, quasi si trattasse di un precedente su una fattispecie del tutto simile, alla quale si applichi un «*analogous principle*». La Corte non distingue affatto tra un obbligo di sottostare ad un accertamento, quale il prelievo di sangue, nell'ambito del quale l'imputato assume la veste di “oggetto di prova”, ed uno di collaborare mediante un *facere* attivo, come nel caso dell'*alcoltest*, ove l'imputato assume la veste di “organo di prova”.

8) Una soluzione costituzionalmente obbligata per non rinunciare al diritto a non autoincolparsi

Il quadro sin qui ricostruito, unitamente all'analisi dell'ordinamento tedesco, consente di tirare le somme di questa prima parte del lavoro, per svolgere qualche considerazione in merito al quesito posto fin dalle pagine iniziali del

⁽⁹¹⁾ Corte eur., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, cit. §§ 68-69.

⁽⁹²⁾ Qualche dubbio sorge con riguardo alla traduzione del termine *compulsory*, che può voler dire tanto “obbligatorio” quanto “coattivo”. La traduzione corretta, tuttavia, sembra essere la prima. Tra gli accertamenti che potrebbero essere esperiti attraverso il potere *compulsory*, infatti, la Corte inserisce, oltre ai campioni di sangue e di tessuti biologici dai quali sia possibile estrarre il DNA, anche i campioni di urina e di fiato, i quali, salvo ipotizzare strumenti pericolosamente invasivi della sfera corporale, non possono essere ottenuti che mediante una collaborazione attiva del soggetto.

presente capitolo: è possibile pretendere la collaborazione obbligatoria del guidatore all'accertamento dello stato di ebbrezza o dell'alterazione da droghe oppure l'attività in discorso rientra nella sfera di tutela del diritto a non autoincriminarsi?

I giudici di Strasburgo sono cristallini sul punto: nessuno spazio per il diritto contro le autoincriminazioni in materia di accertamenti dell'ebbrezza ed alterazione alla guida. Più malleabile la giurisprudenza italiana, che ha mostrato maggiori aperture all'estensione del diritto in parola, pur tuttavia negando, quando chiamata a rispondere al quesito diretto, la riferibilità del principio agli artt. 186 e 187 c.d.s.

Ad avviso di chi scrive, la tutela del diritto a non autoincriminarsi non sembra potersi escludere *a priori* proprio qui, ove l'apporto fornito dal conducente alla propria accusa è in grado di assumere carattere decisivo. Ciò anche in ragione della natura "scientifica" delle risultanze probatorie, sulle quali, come si vedrà oltre, il giudice tende a fare grande affidamento (⁹³). Peraltro, limitare il privilegio al solo campo delle prove dichiarative o aventi contenuto comunicativo aprirebbe una breccia nel principio *nemo tenetur se detegere*, breccia attraverso cui potrebbero giungere ulteriori ed incontrollabili compressioni del diritto di difesa. E per questa via diventerebbero probabilmente ammissibili sanzioni penali per l'imputato che non collabori attivamente ad un esperimento giudiziale, ad una ricognizione passiva, ad una perizia.

Se, dunque, il privilegio contro le autoincriminazioni va riferito anche agli atti privi di contenuto comunicativo, gli artt. 186 comma 7 e 187 comma 8 c.d.s. devono ritenersi illegittimi per contrasto con l'art. 24 Cost.

Ma a quali conseguenze porterebbe una ipotetica pronuncia di illegittimità costituzionale delle norme qui richiamate? Una volta espunte dal quadro di riferimento le disposizioni che si pretendono incostituzionali, l'intero meccanismo di acquisizione della prova disciplinato dagli artt. 186 e 187 c.d.s. crollerebbe. Senza il substrato sanzionatorio, la disciplina vigente si rivelerebbe uno strumento

(⁹³) Cfr. cap. IV, § 1 s.

monco, privo della forza necessaria per consentire l'acquisizione del dato probatorio: a fronte del rifiuto del guidatore, la polizia stradale non potrebbe esercitare poteri coercitivi sul medesimo.

L'intera normativa andrebbe, dunque, ripensata. Le esigenze euristiche del processo penale dovrebbero essere soddisfatte attraverso altra via. In quest'ottica, la comparazione con l'ordinamento tedesco offre uno spunto di riflessione fecondo.

Contrariamente a quanto avvenuto in Italia, oltr'alpe si è discusso sull'opportunità di sanzionare il conducente non collaborativo e sulla compatibilità di una simile scelta con il principio *nemo tenetur se detegere*. Abbandonata la proposta di riforma in seguito alla *mise en garde* degli studiosi ⁽⁹⁴⁾, il legislatore ha proseguito lungo la strada più ortodossa e rispettosa dei principi, rinunciando alla punizione del renitente. Ma la scelta non è priva di conseguenze. La dilatazione del diritto di difesa finisce per sottrarre terreno alla libertà personale: l'acquisizione della prova, che non può essere lasciata alla discrezionalità dell'interessato, passa attraverso il prelievo ematico coattivo.

Ciò nonostante, una riscrittura delle norme interne sulla falsa riga di quelle germaniche non sembra del tutto peregrina. Esclusa la possibilità di obbligare l'interessato a cooperare con la polizia, non resta che individuare procedure coattive di acquisizione della prova.

A tal fine, si pensa a due possibili linee direttrici.

Una prima via potrebbe essere proprio quella tedesca: prevedere l'esperibilità del prelievo di sangue coattivo, individuando casi e modi di esecuzione dell'atto, oltre alle procedure da espletare per ottenere l'autorizzazione del magistrato ⁽⁹⁵⁾; si dovrebbe pensare, poi, ad una disciplina derogatoria, che, in

⁽⁹⁴⁾ Si veda cap. I, § 4, segnatamente nt. 53.

⁽⁹⁵⁾ Bisogna chiedersi se l'ordine del magistrato sarebbe effettivamente idoneo a soddisfare la riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost., posto che nel contesto di riferimento si fatica ad immaginare un'autorizzazione diversa da quella telefonica. Quali garanzie potrebbe assicurare una decisione immotivata, presa in tutta fretta? Al pari di quanto è avvenuto nell'ordinamento tedesco, sorgerebbero questioni relative al dubbio rispetto della riserva di giurisdizione, la quale troverebbe soddisfazione più formale che sostanziale.

casi di comprovata necessità ed urgenza, consenta alla polizia di ordinare il prelievo senza attendere il benestare del giudice. Lo spostamento del sacrificio dal diritto di difesa alla libertà personale criticato con riguardo al sistema germanico, infatti, non rende le due soluzioni tra loro equivalenti: nell'un caso, quello italiano, si viola *tout court* una disposizione costituzionale, nell'altro, quello teutonico, si opera una restrizione dell'*habeas corpus* nel rispetto dei limiti previsti dalla Costituzione. Neppure il rischio che la riserva di giurisdizione venga scavalcata dalle prassi di polizia può indurre a scartare questa strada. Si tratta di un pericolo ben noto. Convalide postume su atti di restrizione della libertà personale operati d'urgenza dalla polizia giudiziaria non costituiscono di certo una novità nel nostro sistema: li legittima lo stesso art. 13 comma 3 Cost. ⁽⁹⁶⁾.

Non sono da escludere soluzioni diverse: la polizia stradale potrebbe dotarsi di strumenti alternativi, sulla cui attendibilità occorre, però, grande cautela. Ci si riferisce a meccanismi tra loro differenti, ma accomunati dalla capacità di rilevare la presenza di alcool nell'organismo: la scelta potrebbe ricadere sugli *alcoltest* passivi, che sfruttano microcannule intranasali per catturare l'aria espirata rendendo così superflua una collaborazione del guidatore ⁽⁹⁷⁾, ovvero su braccialetti elettronici in grado di captare l'innalzamento del tasso alcolemico, utilizzati negli U.S.A. con funzione di controllo su chi abbia già riportato una condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza. Per gli *screening* delle droghe, poi, non mancano strumenti di rilevazione meno invasivi del prelievo di sangue, praticabili pur in

⁽⁹⁶⁾ Si pensi all'istituto della convalida dell'arresto, del fermo, ovvero anche di perquisizioni.

⁽⁹⁷⁾ Ne parla K. GEPPERT, *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschließungen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstags*, in *Blutalkohol*, 1992, p. 293, che tuttavia non si sofferma troppo sul loro funzionamento o sulla loro attendibilità. Li ritroviamo citati anche da T. MACCHIA, *Il rilevamento analitico di droga ed alcool nella circolazione stradale: osservazioni e commenti*, in AA.VV., *Droga ed alcool nella circolazione stradale, Atti Convegno Automobile Club Lucca 11-13 giugno 1992*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 195, secondo la quale quando «il soggetto non sia in grado di fornire direttamente un idoneo campione di aria profonda, ad esempio per difficoltà respiratorie, quest'ultima può venire campionata passivamente da una narice, attraverso una cannula intranasale di circa 1 cm di lunghezza, sfruttando semplicemente la fase di espirazione». Vaghe le indicazioni relative al grado di attendibilità della misurazione così ottenuta: «[i]l dato che ne deriva è caratterizzato da una affidabilità adeguata all'uso cui esso stesso è destinato».

assenza di una collaborazione del guidatore. Vengono in mente i *test* sul sudore, sulla saliva e sui bulbi piliferi. L'ordinamento prevede già la possibilità di prelevare campioni di materiale biologico della medesima specie di quelli appena citati ⁽⁹⁸⁾, ma tali procedure, non fruibili per gli accertamenti che qui interessano ⁽⁹⁹⁾, potrebbero valere come modelli per la creazione di una normativa *ad hoc*.

Non può nascondersi che, seppur apprezzabile sotto il profilo del rispetto dell'*habeas corpus* ⁽¹⁰⁰⁾, questa strada suscita qualche perplessità: gli strumenti meno intrusivi sommariamente descritti godono, infatti, di una minore attendibilità scientifica rispetto all'analisi ematica ⁽¹⁰¹⁾. La loro adozione ai fini d'indagine potrebbe far sorgere questioni sulla loro attitudine a provare il fatto oltre ogni ragionevole dubbio. Resta sempre praticabile la prima strada, della quale sono noti i pregi, le asperità, le rinunce: esiti probatori scientificamente solidi sembrano raggiungibili soltanto attraverso un ragguardevole sacrificio della libertà personale dell'individuo.

⁽⁹⁸⁾ Ci si riferisce agli artt. 224-*bis*, 349 comma 2-*bis* e 359-*bis* c.p.p., i quali disciplinano la facoltà di prelevare coattivamente materiale biologico dall'imputato e dalla persona sottoposta alle indagini. Per indicazioni bibliografiche in materia, si veda cap. III, nt. 53.

⁽⁹⁹⁾ Per un approfondimento sul rapporto tra la c.d. perizia biologica ed i controlli dei reati stradali in esame si rinvia al cap. III, § 9.

⁽¹⁰⁰⁾ L'impatto di simili pratiche sull'integrità fisica dell'individuo, con l'esclusione dei sensori passivi dell'aria espirata che prevedono l'ingresso di una cannula nella cavità nasale, sembra minimo.

⁽¹⁰¹⁾ Per tutti, R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 116 s.

CAPITOLO III

CAPTAZIONE DELL'INDIZIO, ACQUISIZIONE DEL DATO PROBATORIO, GARANZIE DIFENSIVE

SOMMARIO: 1) Preludio agli accertamenti. - 2) Il c.d. *test* etilometrico. - 3) Esami tossicologici per la ricerca di droghe. - 4) Tra ispezione amministrativa ed indagine penale: la difficoltà di tracciare una linea di confine. - 5) Un tentativo di inquadramento sistematico degli atti d'indagine. - 6) Garanzie difensive: *a*) avviso della facoltà di farsi assistere da un avvocato. - 7) (*Segue*): *b*) inosservanza della disciplina sul deposito dei verbali: quale sanzione? - 8) (*Segue*): *c*) effetti della declaratoria di nullità per violazione dell'art. 366 c.p.p. - 9) Il prelievo di sangue in ambito ospedaliero: normativa, prassi deviante, correttivi giurisprudenziali. - 10) (*Segue*): una casistica che disorienta. - 11) Brevi note sulla natura del certificato medico.

1) Preludio agli accertamenti

A chi si accinga per la prima volta ad esaminare la disciplina degli strumenti per l'acquisizione della prova dei reati in discorso – già lo si è detto –, la normativa prevista dal codice della strada si presenta come il caotico risultato di una stratificazione di interventi legislativi precipitosi e disorganici. Il principale scopo della legislazione emergenziale in materia – *i.e.* inasprire sempre di più la risposta sanzionatoria per esorcizzare l'insicurezza provocata da tragici episodi di cronaca portati alla ribalta dai riflettori mediatici ⁽¹⁾ – ha

⁽¹⁾ In tal senso F. CEI, *Commento all'art. 4 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 209, che nota come «di rado una materia [sia] stata oggetto di interventi tanto insistiti da parte del legislatore, e tanto di frequente attraverso la decretazione d'urgenza».

Sulle medesime posizioni, *ex multis*, B. BOCCHINI, *Nuovo codice della strada e processo penale*, Expert, Forlì, 2010, p. 168; L. TRAMONTANO, *Guida in stato di ebbrezza. Accertamento del reato, sanzioni e cause estintive*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 103.

Secondo R. DIES, *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi nel tempo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 312, i continui ritocchi all'art. 186 del codice della strada sarebbero inutili, se non dannosi. Ed infatti, essi avrebbero come risultato quello di determinare una «assuefazione anche tra gli automobilisti più attenti e rispettosi», mentre trascurerebbero l'esigenza di assicurare la certezza della pena, unico efficace deterrente.

infatti indotto il legislatore a trascurare l'organicità del disegno normativo, il quale ha posto e continua a porre numerosi problemi ermeneutici ⁽²⁾.

Per queste ragioni, i cenni storici sulla formazione delle procedure di controllo e la rapida descrizione della disciplina di riferimento attuale svolti nel capitolo precedente non appaiono sufficienti per comprendere le tematiche processuali che si vanno qui ad affrontare. Occorre, dunque, procedere ad una rilettura delle norme in chiave sistematica.

Alla base del funzionamento degli accertamenti in discorso, lo si è visto, stanno quei presupposti che legittimano l'espletamento dei controlli sul conducente ai quali si attribuisce valore di prova nel processo. Si tratta di situazioni tipizzate dai commi 3 e 4 dell'art. 186 c.d.s., nonché dai commi 2 e 3 dell'art. 187 c.d.s., che individuano i casi in cui la polizia stradale ha facoltà di ordinare al conducente di sottoporsi alle verifiche probatorie.

Prima della riforma del 2003 ⁽³⁾, l'*imput* poteva promanare dal verificarsi di un incidente stradale ovvero dalla percezione – o meglio un «motivo di ritenere» ⁽⁴⁾ – che il guidatore fosse in stato di alterazione dovuta ad

⁽²⁾ Basti pensare alla questione sulla natura della fattispecie prevista dall'attuale art. 186 comma 2 c.d.s. (cfr. cap. II, nt. 20) o alle problematiche di diritto intertemporale legate al repentino *revirement* sulla depenalizzazione del rifiuto di sottoporsi agli accertamenti, come anche la problematica sollevatasi sulla natura della confisca obbligatoria del veicolo, prevista dall'art. 186 comma 2, lett. c) e comma 7 c.d.s. Su quest'ultimo aspetto si sono recentemente pronunciate la Corte costituzionale (cfr. sent. n. 196 del 2010) e la Corte di cassazione (cfr. Sez. un., sent. 25 febbraio 2010, n. 23428), ritenendo che alla confisca debba attribuirsi la natura di sanzione amministrativa accessoria e non di misura di sicurezza patrimoniale. La decisione dei supremi giudici è stata recepita dall'ultima riforma che ha toccato le norme in esame, la l. 29 luglio 2010, n. 120.

⁽³⁾ Ci si riferisce alla modifica apportata dal d.l. 27 giugno 2003, n. 151, conv. con modif. nella l. 1° agosto 2003, n. 214.

⁽⁴⁾ Già lo si era accennato nel cap. II, § 3, ma l'argomento merita una piccola digressione. È da notare che mentre per la verifica dell'ebbrezza ci si accontenta del semplice «motivo» di ritenere che il conducente sia sotto l'influsso dell'alcol, nel caso dell'indagine disciplinata dall'art. 187 c.d.s., si richiede che tale motivo sia «ragionevole». La sfumatura di maggior rigore e serietà (cfr. L. BENINI-G.A. DI BIASE, *La guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti*, La Tribuna, Piacenza, 2009, p. 143) data da una simile aggettivazione denota l'intenzione del legislatore di arginare il pericolo di arbitri da parte degli operatori stradali. Ciò valeva in special modo prima dell'intervento di riforma del 2010, con il quale si è introdotta la possibilità di espletare meno cruenti *test* sulla saliva, allorquando intimare al guidatore di sottoporsi alle procedure stabilite dall'art. 187 c.d.s. (prelievo di campioni biologici, in particolar modo ematici) costituiva un'operazione ben più invasiva rispetto a quella prevista per l'accertamento del reato di cui all'art. 186 c.d.s. (l'etilometro).

alcol o droghe ⁽⁵⁾. In seguito, si è aggiunto un terzo caso, che ricorre oggi con maggiore frequenza. Si parla della possibilità riconosciuta in capo alla polizia stradale di svolgere «prove preliminari» ⁽⁶⁾ su conducenti indipendentemente dal fatto che essi destino sospetti circa il proprio stato psicofisico; il controllo avviene su base casuale ⁽⁷⁾.

I *rapid test* ⁽⁸⁾, definiti dalla legge come «accertamenti qualitativi non invasivi o prove ottenute mediante apparecchi portatili», consistono in non meglio definiti «test comportamentali» ⁽⁹⁾, prove espletate attraverso «apparecchi portatili in grado di rilevare la presenza di alcol senza che ciò si accompagni alla quantificazione del valore», ovvero ancora analisi su liquidi biologici diversi dal sangue, «in grado di fornire, secondo la scienza medica, indizi circa il recente uso di sostanze stupefacenti o psicotrope» ⁽¹⁰⁾.

Gli apparecchi portatili in parola analizzano l'aria espirata attraverso un funzionamento simile a quello adoperato dall'etilometro; quando, invece, si

⁽⁵⁾ La formula è volutamente vaga. In essa si ricomprendono generalmente i c.d. indici sintomatici dell'ebbrezza, quali l'alito vinoso, l'andatura barcollante, l'eloquio sconnesso, l'immotivata aggressività, ma possono essere integrati da qualsiasi comportamento anomalo del conducente anche durante la guida.

⁽⁶⁾ La dicitura è di D. POTETTI, *Procedure per l'accertamento dell'ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3834.

⁽⁷⁾ L'innesto normativo che consente alla polizia stradale di operare controlli obbligatori "a campione" sui conducenti risponde all'auspicio formulato dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 17 giugno 2001 (cfr. cap. II, nt. 18).

All'art. 2 comma 4 del provvedimento citato si raccomandava, infatti, di «istituire un sistema di *test* dell'aria espirata condotto su base casuale per esercitare un'azione deterrente contro l'abuso di bevande alcoliche, in modo che ogni conducente abbia una effettiva probabilità di essere testato secondo le migliori pratiche almeno una volta ogni tre anni».

⁽⁸⁾ Li definisce così G. PROTOSPATARO, *Commento all'art. 186*, in AA.VV., *Codice della Strada commentato*, a cura di G. Protospataro, 3^a ed., Egaf, Forlì, 2006, p. 1928 s.; G.B. PIODA, *Commento all'art. 187*, *ivi*, p. 1960 s.

⁽⁹⁾ Cfr. il § 2.2 della Circolare del Ministero dell'interno del 29 dicembre 2005 – prot. n. 300/A/1/42175/109/42.

⁽¹⁰⁾ Si veda il § 3.2 della Circolare citata *supra*, nt. 9. Al § 3.3 si specifica che tali accertamenti preliminari potranno essere compiuti mediante «apparecchi portatili in grado di rilevare la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope nei liquidi biologici, ovvero mediante strumenti tecnici, dispositivi di controllo, test, che consentano di verificare alterazioni significative del comportamento del conducente correlabili, presumibilmente, all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope».

Sempre al § 3.3 della Circolare si prevede la possibilità di utilizzo dei dispositivi immessi in commercio in conformità alle disposizioni del d.lgs. 8 settembre 2000, n. 332, in tema di dispositivi medico-diagnostici in vitro, ovvero di dispositivi approvati dal Ministro della salute sulla scorta di verifiche effettuate dall'Istituto Superiore di Sanità.

ricerchino tracce di alterazione da droghe, l'esame verte su fluidi corporei quali urina, saliva o sudore ⁽¹¹⁾. La scarsa precisione degli esiti forniti da questi strumenti porta ad escludere che simili controlli possano avere altro fine diverso dalla ricerca della notizia di reato ⁽¹²⁾. Ed infatti, a differenza degli esami clinici tossicologici o della prova del respiro mediante etilometro, questi forniscono risultati talvolta fallaci, per giunta privi di una misurazione quantitativa. Si tratta di un'indicazione meramente qualitativa, che si limita all'individuazione della sostanza (alcol o droga che sia), senza precisarne la concentrazione ⁽¹³⁾.

2) Il c.d. *test* etilometrico

Quando i *rapid test* per l'ebbrezza forniscano esito positivo, ovvero si versi in una delle altre situazioni previste come presupposti, la polizia invita il conducente a sottoporsi alla prova del respiro, il c.d. etilometro.

Il "prelievo di fiato" è un accertamento incruento e non "invasivo" ⁽¹⁴⁾, eletto dal legislatore del 1990 per la praticità, la celerità ed i costi ridotti che lo rendono uno strumento di prova più appetibile – anche se meno affidabile –

⁽¹¹⁾ Tra le tipologie di *screening* tossicologici rapidi di cui si serve la polizia stradale, l'esame delle urine risulta quello di maggiore attendibilità ed utilizzo. Meno attendibili, secondo la letteratura scientifica di settore, l'esame del sudore e quello della saliva. In tema, cfr. R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 117; G.B. PIODA, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹²⁾ L'inadeguatezza dei *rapid-test* a costituire «fonte di prova per l'accertamento del reato» compare per la prima volta nella citata Circolare del 29 dicembre 2005, ai §§ 2.2 e 3.1 e viene ragionevolmente accolta anche nella giurisprudenza (si veda Cass. pen., sez. IV, 26 febbraio 2009, Martelli, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 243452). È appena il caso di notare come la soluzione adottata dal legislatore italiano coincide perfettamente, sotto questo aspetto, con quella del *Gesetzgeber* tedesco.

⁽¹³⁾ Alcuni di questi congegni in dotazione alla polizia stradale che analizzano l'aria espirata, ad esempio, forniscono un "esito semaforico": se lo strumento rileva la presenza di particelle di alcol nel fiato del guidatore, si illuminerà una spia gialla o rossa – in dipendenza dalla maggiore o minore concentrazione; l'assenza di alcol nell'alito è segnalata dall'illuminazione di un *led* di colore verde.

Il funzionamento, dunque, differisce da quello degli accertamenti precursori tedeschi, i quali, almeno con riguardo alla verifica della presenza di alcol, forniscono indicazioni circa il dato percentuale della sostanza nell'aria espirata. Cfr. cap. I, nt. 71.

⁽¹⁴⁾ Il "test del respiro" può senza dubbio iscriversi nella categoria degli accertamenti non invasivi della sfera corporale.

Per una puntuale ricostruzione delle teorie che si sono avvicendate sull'evanescente nozione di "invasività" degli accertamenti corporali, si veda per tutti M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi Urbinati*, 2006, p. 467 s.

dell'analisi ematica ⁽¹⁵⁾. La procedura di acquisizione della prova è disciplinata dall'art. 379 reg. c.d.s., sulla base del rinvio operato dal comma quarto dell'art. 186 c.d.s. L'accertamento si effettua mediante l'analisi dell'aria alveolare espirata ⁽¹⁶⁾ a mezzo di uno strumento denominato etilometro.

Diversamente da quanto si è sostenuto ⁽¹⁷⁾, il legislatore italiano non ha optato per una strumentazione diversa da quella impiegata in Germania. Al contrario, la strumentazione tecnica in dotazione alla polizia stradale è prodotta da un'azienda tedesca ed è la medesima adoperata oltralpe, il Dräger Alcotest 7110 MK III ⁽¹⁸⁾.

I macchinari da adoperare devono rispondere ai requisiti dettati dal decreto dei Ministeri dei trasporti, di concerto con i Ministeri della sanità, dei lavori pubblici e dell'interno 22 maggio 1990, n. 196. Al pari della strumentazione utilizzata in Germania e di cui si è già trattato, anche quella italiana è sottoposta prima di essere posta in uso ad una omologazione mediante verifiche e prove presso il Centro Superiore Ricerche e Prove Autoveicoli e Dispositivi (CSRPAD). La corretta taratura degli strumenti è assicurata dalla

⁽¹⁵⁾ A differenza del passato, l'analisi del sangue non è più vista come imprescindibile dalla dottrina medico legale. In questo senso, F. TERRUSI, *L'esame ematologico sul soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993, p. 851.

L'entusiasmo per gli accertamenti alternativi rispetto al prelievo di sangue, tuttavia, è andato scemando nel tempo. L'analisi dei fluidi ematici rimane ancor oggi l'unica adatta a fornire risultati certi. Sul punto, si veda cap. IV, § 1.

⁽¹⁶⁾ Per approfondimenti sulla conversione del valore BrAC in BAC, si vedano cap. I, nt. 18 e cap. IV, § 1.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. ALIBRANDI, *Il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool nel nuovo codice della strada*, in *Arch. giur. e trasp. strad.*, 1993, p. 770.

⁽¹⁸⁾ Si veda G. PROTOSPATARO, *Etilometro: com'è fatto*, in *Polizia moderna*, 2008, n. 2. Una breve descrizione del funzionamento tecnico dello strumento può essere utile per comprendere appieno le tecniche di accertamento in discorso.

All'interno della scatola di cui è costituito l'etilometro v'è una camera di misura che raccoglie l'aria espirata dal conducente, attraversata da una sorgente di raggi infrarossi. L'alcol etilico assorbe le radiazioni di lunghezza pari a 9,2 nm o 3,4 nm, con la conseguenza che ad un maggiore assorbimento corrisponde una maggiore quantità di alcol nell'aria sottoposta alle radiazioni. La riduzione di energia del raggio infrarosso è misurata da un fotorelevatore, che invia il dato ad un microprocessore, attraverso un sistema elettronico. Il microprocessore, a sua volta, rielabora il dato, convertendo la percentuale analizzata di alcol nell'aria in percentuale di alcol nel sangue (ossia da valori BrAC in valori BAC).

Il fatto che la strumentazione in uso alle forze di polizia tedesca ed italiana sia la medesima non è un dato irrilevante ai fini del presente studio, poiché consente di mettere a confronto gli approdi giurisprudenziali dei due ordinamenti in tema di affidabilità e valutazione della prova etilometrica. Si veda, sul punto, cap. IV, § 1 s.

previsione di controlli semestrali affidati al medesimo centro che esegue l'omologazione; entrambe queste verifiche dell'esatto funzionamento del macchinario devono essere riportate nel c.d. libretto metrologico ⁽¹⁹⁾.

L'esito è dato da una doppia misurazione: le due prove respiratorie devono essere intervallate da cinque minuti di tempo.

Al termine della verifica, il risultato viene immediatamente elaborato dal *software* dello strumento e visualizzato sullo schermo del macchinario. Infine, il congegno rilascia una copia su stampa degli esiti dell'esame, la quale riporta data ed ora della misurazione, esito, tipo e numero di matricola dell'apparecchio e numero d'ordine della prova ⁽²⁰⁾. A tale "scontrino" si attribuisce generalmente natura di "prova documentale" *ex art.* 234 c.p.p. ⁽²¹⁾.

La soluzione suscita qualche perplessità. Gli scontrini emessi dall'etilometro riportano l'esito di un accertamento unanimemente ricondotto alla disciplina dell'art. 354 c.p.p. ⁽²²⁾ e dunque sembrano più correttamente qualificabili come «documentazione» ⁽²³⁾ di un atto del procedimento. La definizione stessa di "prova documentale", peraltro, non sembra lasciare margine di dubbio: appartiene a questa categoria di mezzi di prova soltanto ciò che si sia formato al di fuori del procedimento nel quale se ne richiede l'ingresso ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ Si tratta di un tagliando che accompagna ogni etilometro e che contiene i dati identificativi dell'apparecchio: costruttore, matricola, conformità, omologazione. Su tale tagliando vengono registrate le operazioni di controllo subite dall'apparecchio presso il Centro prove del Ministero dei Trasporti.

⁽²⁰⁾ A differenza di quanto avviene in Germania, il *software* dell'apparecchio italiano è programmato per emettere due scontrini esterni, sui quali viene impresso l'esito delle singole misurazioni. Non sorgono, dunque, problemi analoghi a quelli affrontati dalla giurisprudenza teutonica e che derivano dall'emissione di un risultato singolo, ottenuto calcolando la media degli esiti percentuali delle due prove svolte (cfr. cap. I, § 6).

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 2005, P.G. in proc. Canciani, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 233400.

⁽²²⁾ Come si vedrà oltre, è questo l'istituto processuale nel quale vengono generalmente ricondotti gli accertamenti di cui agli artt. 186 e 187 c.d.s.

⁽²³⁾ Sul punto, tra gli altri, P. TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Giust. pen.*, 1996, p. 609 s.

⁽²⁴⁾ Chiarisce il concetto Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 381 s., secondo cui «ai fini dell'ammissione delle prove documentali sono necessarie due condizioni: a) che il documento risulti materialmente formato fuori, ma non necessariamente prima, del procedimento; b) che lo stesso oggetto della documentazione extra-

Le conseguenze processuali di una tale “riqualificazione” non paiono, peraltro, mutare la sostanza dei fatti. L’ingresso degli “scontrini” nel fascicolo dibattimentale pare, semmai, agevolato dal nuovo inquadramento: se per la prova documentale, infatti, è necessaria una richiesta di ammissione, la documentazione di un atto d’indagine verrà portata alla cognizione del giudice di primo grado senz’altro indugio, come vuole l’art. 431 lett. b) c.p.p.

3) Esami tossicologici per la ricerca di droghe

La verifica dell’alterazione da sostanze stupefacenti o psicotrope, elencate dagli artt. 13 e 14 del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 ⁽²⁵⁾, conosce modalità di accertamento completamente difformi rispetto a quelle sinora descritte per l’ebbrezza alcolica. A ciò si aggiungono le recenti modifiche normative, le quali hanno introdotto significativi elementi di novità rispetto alla disciplina previgente, disciplinando una nuova modalità di accertamento dell’alterazione da droghe ⁽²⁶⁾.

Ad oggi, la normativa vigente appare così riassumibile.

Qualora gli “accertamenti precursori” disciplinati dall’art. 187 comma 2 c.d.s. diano esito positivo, ovvero la polizia ravvisi elementi tali da indurre a

processuale appartenga al contesto del fatto oggetto di conoscenza giudiziale e non al contesto del procedimento».

In letteratura, *ex multis*, S. CARNEVALE, *Commento all’art. 234*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 702; R. D’ISA, *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1405; N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, p. 402; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 57 s. e 72 s.; A. LARONGA, *La prova documentale nel processo penale*, Utet, Torino, 2004, p. 6; L. MAGGIO, *Prova documentale, II (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 2; G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Vassalli*, II, Giuffrè, Milano, 1991, p. 302.

⁽²⁵⁾ Si tratta delle tabelle sottoposte alla vigilanza ed al controllo del Ministero della salute ed approvate con decreto del Ministero della salute 27 luglio 1992, *Tabelle concernenti l’indicazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope e relative preparazioni*. Ritengono operante il riferimento alle suddette tabelle, tra gli altri, L. BENINI, G.A.-DI BIASE, *op. cit.*, p. 131; L. TRAMONTANO, *op. cit.*, p. 204.

⁽²⁶⁾ Ci si riferisce alla legge 29 luglio 2010, n. 120. Per un primo commento della disciplina, si vedano C. COZZELLA, *Guida sotto l’effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti alla luce delle modifiche apportate al codice della strada (e non solo)*, in *Giur. merito*, 2011, p. 624 s.; D. D’AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1274 s.

ritenere che il conducente sia alterato da sostanze droganti, quest'ultimo può essere sottoposto, *ex art. 187 comma 2-bis c.d.s.*, ad «accertamenti clinico-tossicologici e strumentali, ovvero analitici su campioni di mucosa del cavo orale». L'individuazione delle modalità di acquisizione del campione biologico è rimessa a decreti interministeriali da attuarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge ma che, a distanza oltre un anno, non risultano ancora essere stati emanati. Attraverso tali decreti, sarà possibile optare per la sostituzione del prelievo di *mucosa* del cavo orale con quello di *fluido* del cavo orale (saliva), ove tale soluzione sia meno gravosa dal punto di vista finanziario.

Se il ritardo nell'emanazione dei decreti interministeriali lascia sopito l'art. 187 comma 2-bis c.d.s., non bisogna tuttavia sottovalutarne la portata. Meno invasivo e più rapido da effettuarsi rispetto al prelievo di sangue o al *test* sulle urine che costituivano sino a poco tempo fa la principale via di acquisizione della prova, lo *screening* sulla saliva è, in potenza, destinato a scalzare dal ruolo di accertamento “principe” l'esame dei campioni biologici e relegarlo ad “operazione subordinata” ⁽²⁷⁾.

La l. n. 120 del 2010, infatti, ha interamente riscritto l'art. 187 comma 3 c.d.s., stabilendo che qualora non sia possibile procedere ai sensi del comma 2-bis, per assenza del personale ausiliario qualificato per il prelievo, ovvero qualora il soggetto rifiuti il prelievo stesso, il conducente «viene» accompagnato presso strutture sanitarie per gli esami tossicologici. Le stesse disposizioni sono applicabili anche in caso di incidente stradale.

Il nuovo comma terzo dell'art. 187 c.d.s. reca un'ulteriore novità. Nell'attuale formulazione è sparito il riferimento alla necessità di una visita medica neurologica che corrobora l'esito positivo delle analisi di laboratorio sui campioni prelevati e sulla quale era emerso un contrasto giurisprudenziale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ In questo senso anche D. D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, cit., p. 1276₂, secondo il quale «la novella comporta che gli accertamenti clinico-tossicologici e strumentali ovvero analitici debbano essere effettuati dal personale ausiliario delle forze di polizia e non più presso le strutture sanitarie, alle quali attualmente è possibile ricorrere solo in via residuale, vale a dire quando l'intervento degli ausiliari non sia possibile ovvero in caso di rifiuto del conducente».

⁽²⁸⁾ Richiama l'attenzione sull'esclusione della necessità di sottoporre il guidatore ad una visita medica il § 3.1 della Circolare del Ministero dell'interno, 30 luglio 2010, n. 300/A/10777/10/101/3/3/9. Sull'attendibilità del solo esito degli esami sui fluidi biologici e

La complessità della materia esige un tentativo di razionalizzazione.

Secondo un'interpretazione letterale delle disposizioni in esame, sembra di poter individuare due principali canali di accertamento. Il primo caso si verifica qualora, nell'ambito dei controlli del traffico, la polizia ravvisi ragionevoli motivi di dubitare dell'abilità alla guida del conducente, ovvero, sottoposto quest'ultimo agli *screening* rapidi, rilevi la presenza di droghe nell'organismo. A fronte di questi presupposti, si procederà all'esame della mucosa – o del fluido – del cavo orale. Qualora, invece, si versi nell'ipotesi di sinistro stradale, o il conducente abbia rifiutato gli accertamenti di cui al comma 2-*bis*, ovvero ancora non sia possibile procedere a tali esami per carenza del personale sanitario ausiliario, il guidatore verrà accompagnato presso una struttura sanitaria accreditata per subire il prelievo di campioni biologici da analizzare.

Si fatica ad approdare a diverse interpretazioni del dato normativo. Il riferimento operato dall'ultimo capoverso del dell'art. 187 comma 3 c.d.s., secondo il quale le stesse disposizioni «si applicano in caso di incidenti, compatibilmente con le attività di rilevamento e di soccorso», suggerisce che al verificarsi di un sinistro stradale seguano le procedure di rilevamento delle droghe indicate dallo stesso comma terzo, ossia il prelievo di campioni biologici presso la struttura ospedaliera. Ritenerne esperibili tutti i controlli – compreso quello di recente introduzione, disciplinato dall'art. 187 comma 2-*bis* c.d.s. – anche nel caso di incidente, infatti, equivarrebbe a spostare il riferimento al sinistro stradale nell'*incipit* del comma 2-*bis*, ove si elencano i presupposti per procedere, appunto, al prelievo di mucosa del cavo orale.

Tuttavia, una simile lettura della norma presta il fianco a critiche, poiché ne emerge una disciplina sperequata: il conducente coinvolto in un incidente e che non mostri evidenti segni di alterazione psicofisica verrebbe sottoposto subito al prelievo ospedaliero, solitamente un'analisi del sangue, mentre quello colto in evidente stato di alterazione o che sia risultato positivo ai c.d. *rapid test* subirebbe un prelievo di minor invasività. Il guidatore coinvolto in un sinistro

sulle diverse posizioni emerse nella giurisprudenza prima e dopo la riforma, si rinvia alle considerazioni svolte nel cap. IV, § 9.

stradale subirebbe, nella sostanza, un'intrusione nella sfera fisica inspiegabilmente più profonda rispetto a quella che il guidatore "comune" è chiamato, almeno in prima battuta, a sopportare.

Sembra preferibile tentare di fornire un'interpretazione alternativa delle norme che assicuri un trattamento equivalente nei confronti di tutti i guidatori sottoposti agli accertamenti del caso. Nulla esclude che anche il conducente ricoverato in seguito ad incidente stradale possa subire un prelievo di saliva e, solo se questo non sia possibile, si passi ad esaminare l'urina o il sangue. La generica indicazione fornita dall'art. 187 comma 3 c.d.s. al «prelievo di campioni di liquidi biologici», non pare escludere questa modalità. Non si nasconde, però, che la soluzione proposta sarebbe praticabile solo allorquando, nell'emanazione dei decreti attuativi, si optasse per l'adozione di strumenti atti ad esaminare il fluido salivare e non la mucosa del cavo orale, la quale non può certo essere considerata un "fluido corporeo".

Altro quesito, poi, riguarda la sorte del conducente sottoposto agli accertamenti sulla saliva: soggiace comunque ai prelievi di campioni biologici *ex art. 187 comma 3*? La risposta dev'essere negativa; la disposizione va interpretata in senso restrittivo. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per consentire una moltiplicazione di atti che, anche se incoercibili, sono comunque capaci di incidere sulla libertà personale del soggetto, che sarebbe obbligato a tollerare più di un'intrusione nella propria sfera corporale.

4) Tra ispezione amministrativa ed indagine penale: la difficoltà di tracciare una linea di confine

Così chiarite le modalità esecutive delle procedure di verifica su ebbrezza ed alterazione da droghe, occorre interrogarsi sulla natura amministrativa o giudiziaria di questi atti.

Un'analisi della giurisprudenza di legittimità lascia immediatamente cogliere un consolidato indirizzo interpretativo ⁽²⁹⁾, secondo cui essi sarebbero

⁽²⁹⁾ Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., 5 marzo 2009, Bonanno, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 102; Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2007, Nania, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 236933; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2006, Menardo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 233717; Cass. pen., sez. IV, 22 aprile 2004,

una specificazione degli accertamenti urgenti di polizia giudiziaria *ex art. 354 c.p.p.* Seguirebbero, pertanto, le disposizioni dettate dal codice di procedura penale per l'istituto citato.

Isolati arresti giurisprudenziali sono giunti a contraddire questa impostazione con argomenti sui quali occorre riflettere. Le ricadute sul piano delle garanzie difensive, qualora si accogliesse l'indirizzo minoritario, sarebbero, infatti, allarmanti.

Sono quantomeno due i casi in cui la Corte di cassazione ha ritenuto di collocare gli accertamenti in esame tra le generiche attività di polizia amministrativa volte alla ricerca della notizia di reato: secondo i giudici, solo al termine dell'intera procedura, che si conclude con l'esito dell'*alcoltest*, il guidatore assumere la veste d'indagato⁽³⁰⁾.

Secondo queste decisioni, l'*alcoltest* si collocherebbe, infatti, su una «linea di displuvio quanto mai impalpabile tra l'attività c.d. di polizia amministrativa e quella di polizia giudiziaria»⁽³¹⁾. Ed infatti, ad eccezione della «sola ipotesi in cui la polizia giudiziaria ritenga di poter desumere lo stato di alterazione psicofisica, derivante dall'influenza dell'alcool, da qualsiasi elemento sintomatico dell'ebbrezza», in tutti gli altri casi sarebbe proprio «l'*alcoltest*, all'esito dell'intera sequenza procedimentale, a portare all'acquisizione di una notizia di reato sulla condotta tenuta dal conducente del

P.M. in proc. Siciliano, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1675; *Cass. pen.*, sez. IV, 11 marzo 2004, Elgharras, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 229114; *Cass. pen.*, sez. IV, 17 dicembre 2003, Perugini, in *Cass. pen.*, 2005, p. 583 s.; *Cass. pen.*, sez. VI, 6 marzo 2003, Casula, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 227420; *Cass. pen.*, sez. V, 22 febbraio 1996, Maccari, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1128; *Cass. pen.*, sez. IV, 10 maggio 1995, n. 5296, Pisaniello, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1995, p. 1056 s.

In dottrina, nello stesso senso, R. SANLORENZO, *Commento all'art. 354*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 145; A. TRICOCI, *Commento all'art. 354*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 1191; L. D'AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 2007, p. 229 s.; D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2550.

⁽³⁰⁾ Ci si riferisce a *Cass. pen.*, sez. fer., 19 agosto 2004, Ferri, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 230061 ed a *Cass. pen.*, sez. IV, 12 febbraio 2008, Rizzi, in *Arch. giur. circ. sin. strad.*, 2008, p. 852 s. L'*alcoltest* si collocherebbe, infatti, su una «linea di displuvio quanto mai impalpabile tra l'attività c.d. di polizia amministrativa e quella di polizia giudiziaria».

⁽³¹⁾ Così, *Cass. pen.*, sez. fer., 19 agosto 2004, Ferri, cit.

veicolo»⁽³²⁾.

Anche nella letteratura non sono mancate opinioni dissenzienti rispetto a quella che inquadra l'accertamento in questione nell'alveo dell'art. 354 c.p.p. Secondo taluni, infatti, «la verifica del tasso alcolico mediante etilometro [...] pertiene ad attività ed accertamenti di pubblica sicurezza. [...] Lo stesso esito [di tali esami] non sarebbe compatibile con la natura investigativa dell'accertamento. Infatti [...] tutte le attività d'indagine svolte dalla polizia giudiziaria, anche di iniziativa, sono sottoposte a necessaria comunicazione all'autorità giudiziaria, quando non a convalida, e non possono sfociare in autonoma "archiviazione" da parte dell'autorità di polizia operante»⁽³³⁾.

Un primo quesito da porsi per risolvere la problematica qui espressa è il seguente: posto che il controllo nasce il più delle volte come attività di natura amministrativa, in quale momento questa si tramuta in indagine penale?

Mentre i controlli eseguiti grazie ai *rapid test* sembrano avere natura amministrativa⁽³⁴⁾, quelli dettati dagli artt. 186 comma 4 e 187 comma 2-bis e comma 3 c.d.s. sono successivi all'acquisizione dell'indizio di reato necessario a varcare la soglia fissata dall'art. 220 disp. att. c.p.p., ovvero ci si trova ancora nella fase di ricerca della *notitia criminis*, con conseguente inapplicabilità delle garanzie difensive proprie del codice di rito⁽³⁵⁾?

La questione è complessa: prende le mosse dall'annosa *actio finium*

⁽³²⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 12 febbraio 2008, Rizzi, cit., p. 853.

Si segnala la lettura di S. RENZETTI, *Guida in stato di ebbrezza. Quando la violazione delle garanzie difensive invalida il test*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1065, che propone di interpretare il riferimento all'*alcoltest* presente in sentenza non come esame etilometrico, ma come controllo svolto in via esplorativa mediante i c.d. *rapid test*. In tal modo, la pronuncia in discorso non si discosterebbe dall'orientamento maggioritario, che, nel qualificare gli atti in parola nell'istituto disciplinato dall'art. 354 c.p.p., accorda al sospettato quantomeno le garanzie difensive previste dall'art. 114 disp. att. c.p.p.

⁽³³⁾ Così, E. ALBAMONTE, *In tema di valore probatorio dell'accertamento condotto con etilometro*, in *Giud. di pace*, 2003, p. 168-169.

⁽³⁴⁾ Uno sguardo alla disciplina d'insieme, che li relega a meri presupposti rispetto alle prove dell'etilometro o degli esami tossicologici su mucosa o fluidi biologici, sembra indicare la loro natura di strumenti di ricerca della notizia di reato.

⁽³⁵⁾ Sulla sostanziale equivalenza tra la scoperta dell'indizio e l'acquisizione della notizia di reato, si vedano V.A. MANFREDI, *La polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale. Linee generali e alcuni aspetti particolari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 218 e R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 156.

regundorum tra attività ispettiva e di indagine penale ⁽³⁶⁾ e soffre della mancata definizione legislativa del termine “indizio” che, ai sensi dell’art. 220 disp. att. c.p.p., dovrebbe segnare il confine tra una sfera normativa e l’altra.

La delicatezza della fase di passaggio dall’ispezione amministrativa all’accertamento penale esige che al termine venga attribuita un’accezione il più ampia possibile, sino a comprendere la sfera del mero sospetto ⁽³⁷⁾. Sarà dunque sufficiente individuare «fatti dai quali, per via deduttiva, si possa ricavare l’esistenza di un fatto ulteriore riconducibile ad una norma penale incriminatrice». In altri termini, l’indizio consiste in una «ragionevole supposizione circa l’esistenza del reato» ⁽³⁸⁾.

Sulla base di tali elementi, appare del tutto condivisibile l’opinione della Suprema Corte, che ravvisa in quel «motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall’influenza dell’alcool» ⁽³⁹⁾ la traccia del reato idonea a far scattare le garanzie processuali. Tuttavia, se si ragiona in questi termini, non si vede per quale ragione non dovrebbe ritenersi fatto idoneo a scatenare il medesimo sospetto anche

⁽³⁶⁾ Sulla discussa distinzione tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria, *ex pluribus*, G. BELLANTONI, *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, in Id., *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 105 s.; L. D’AMBROSIO, *op. cit.*, p. 229 s.; N. FURIN, *Polizia amministrativa e polizia giudiziaria: possono le pretese distinzioni tra queste funzioni limitare le garanzie difensive nell’ambito dell’attività ispettiva e di vigilanza amministrativa?*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2437 s.

In tema di accertamenti stradali, si veda V.F. TERRUSI, *L’esame ematologico sul soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993, p. 855. Secondo l’autore, «il prelievo ematico, per ciò che concerne la materia della circolazione stradale, non costituisce esso stesso attività processuale: trattasi semmai di un intervento amministrativo prodromico all’acquisizione della *notitia criminis*: di un intervento, cioè, solo eventualmente collegato all’insorgere del procedimento penale».

⁽³⁷⁾ Si veda R.E. KOSTORIS, *Commento all’art. 220 disp. att. c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale, Appendice, Norme di coordinamento e transitorie*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, Giuffrè, Milano, app. II, 1992, p. 78-79, il quale teme che «si riproponga un atteggiamento giurisprudenziale simile a quello che nel vigore del vecchio codice faceva leva su questa difficoltà per escludere sistematicamente l’applicazione delle garanzie difensive, sostenendo che il soggetto era solo sospettato e non ancora indiziato».

Per una ricostruzione generale della letteratura in tema di indizio e mero sospetto di reato, si rinvia a N. FURIN, *Diritto di difesa. Indizi, sospetti e l’art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2713 s.

⁽³⁸⁾ Per questa e per la citazione precedente, D. POTETTI, *Attività del p.m. diretta all’acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 125.

⁽³⁹⁾ Al pari del «ragionevole motivo di ritenere che il conducente si trovi sotto l’effetto conseguente all’uso di sostanze stupefacenti o psicotrope».

l'eventualità di un esito positivo dei *rapid-test*. Non sembra possibile, invece, affermare lo stesso per il caso dell'incidente, previsto dal legislatore come terzo presupposto per l'espletamento delle procedure di accertamento *ex artt.* 186 e 187 c.d.s. Parrebbe quantomeno azzardato ed arbitrario ritenere che, ogniqualvolta si verifichi un sinistro stradale, in ciò solo si ravvisi l'emersione di un sospetto del reato di guida in stato di ebbrezza o alterazione da droghe e non, invece, di illeciti penali di altra specie. Peraltro, non tutti gli incidenti sono aprioristicamente imputabili all'abuso di alcol o droghe: le cause sono quanto mai varie e vanno dall'ipotesi di un improvviso colpo di sonno, ad un malfunzionamento del veicolo, o a mille altre e diverse variabili che potrebbero influire sulla guida ⁽⁴⁰⁾. Ne deriverebbe, in assenza di ulteriori indizi, l'inapplicabilità delle garanzie difensive del codice di rito al caso di verifica dell'idoneità psicofisica del guidatore che sia seguita ad un incidente ⁽⁴¹⁾.

Inaccettabili, tuttavia, le conseguenze di una simile impostazione: nei confronti di colui che venga colto con i sintomi dell'ebbrezza o dell'alterazione da droghe, ovvero risulti positivo agli accertamenti precursori, la prova verrebbe acquisita nel rispetto delle garanzie di difesa; un *minus* di tutela sarebbe, invece, accordato al conducente coinvolto – financo senza responsabilità – in un sinistro stradale. Solo nei confronti di quest'ultimo, infatti, la prova sarebbe acquisibile senza le garanzie di difesa proprie dell'indagine penale.

La soluzione sembra doversi ricercare altrove: un'ancora di salvataggio giunge dall'interpretazione che le Sezioni unite forniscono dell'espressione «quando emergano indizi di reato» ⁽⁴²⁾. Richiamandosi alle travagliate vicende che hanno condotto alla nascita dell'art. 220 disp. att. c.p.p., necessarie ad individuarne la *ratio legis* ⁽⁴³⁾, la Corte constata quanto sia vaga l'espressione

⁽⁴⁰⁾ Cfr. V. BAGLIONE, *L'accertamento della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza*, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 114.

⁽⁴¹⁾ A simili conclusioni giunge V. BAGLIONE, *op. cit.*, c. 115, il quale rileva che nel caso di incidente stradale dal quale non emergano indizi di reato, «si può procedere all'accertamento etilometrico, [...] senza alcuna garanzia difensiva».

⁽⁴²⁾ Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2001, Raineri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 35 s.

⁽⁴³⁾ Ci si riferisce ad una serie di celebri pronunce della Corte costituzionale, che, sotto

scelta dal legislatore del 1988 e come questa si presti a strumentalizzazioni volte a far ritardare l'applicabilità delle garanzie difensive. Occorre dunque attribuire alla nozione il significato più ampio possibile: la disciplina del codice di rito troverà applicazione anche di fronte alla «mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa»⁽⁴⁴⁾. Difatti, un «procedimento penale [...] ha inizio non soltanto nel caso dell'acquisizione della *notitia criminis* e della conseguente iscrizione della stessa nel registro delle notizie di reato, ma anche nell'ipotesi alternativa in cui vengano posti in essere nei confronti di un determinato soggetto atti idonei a conferirgli automaticamente la qualifica di “persona sottoposta alle indagini”»⁽⁴⁵⁾.

Nel caso che qui ci occupa, dunque, pur non potendosi ricollegare al verificarsi di un incidente stradale l'emersione di un vero e proprio indizio dei reati in esame, occorrerà applicare comunque le disposizioni del codice di rito già prima di procedere agli accertamenti previsti dagli artt. 186 comma 4 e 187 comma 3 c.d.s.

Gli argomenti sin qui svolti paiono sufficienti a ritenere superato quell'indirizzo giurisprudenziale che ricaccia i controlli stradali tra le attività ispettive e di vigilanza. Resta ad ogni modo da affrontare l'obiezione per cui l'omessa trasmissione della notizia di reato da parte della polizia all'autorità giudiziaria, quando l'esito dell'esame sia negativo, sarebbe indice del fatto che gli atti in discorso sono eseguiti in via meramente esplorativa⁽⁴⁶⁾.

la vigenza del codice del 1930, hanno posto l'accento sulla necessità di garantire il diritto di difesa anche al soggetto che, coinvolto in attività di ispezione e vigilanza, assumesse sostanzialmente la qualifica di indiziato pur non risultando ancora formalmente iscritto nel registro delle notizie di reato. Cfr., *ex pluribus*, sent. n. 86/68; sent. n. 149/69; sent. n. 179/71; sent. n. 248/83; sent. n. 15/86.

⁽⁴⁴⁾ Sulle medesime posizioni, D. POTETTI, *Gli accertamenti del reato di cui all'art. 187 c. strad. dopo la l. n. 120 del 2010 e la scomparsa della visita medica*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2717; S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1065.

⁽⁴⁵⁾ Così, A. BONOMI, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. – (I parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1225-1226, secondo il quale «l'atto in cui si esplica il prelievo di sangue operato su un soggetto che sia stato condotto in una struttura ospedaliera dopo essere rimasto coinvolto in un sinistro» rientra certamente in quelle attività astrattamente idonee ad assicurare una prova utilizzabile nel processo penale e, dunque, deve essere eseguito nel rispetto delle regole previste per l'indagine penale.

⁽⁴⁶⁾ Si veda nt. 33.

La deduzione non sembra del tutto corretta. Innanzitutto, il metodo d'approccio al problema – indagare la natura di un fenomeno giuridico partendo dall'applicazione pratica che se ne fa – è, già di per sé, criticabile. Non si dubita, infatti, dell'importanza che la prassi di polizia riveste in materia, ma ciò non può innalzarla a chiave di lettura delle situazioni che si osservano. Inoltre, non sempre quando la polizia procede *ex artt.* 186 comma 4 e 187 commi 2-*bis* e 3 c.d.s., la *notitia criminis* si è già manifestata: questa potrebbe addirittura sopraggiungere all'esito dell'intera procedura di acquisizione della prova. Come si è detto, però, accordare la tutela delle disposizioni del codice di rito soltanto *dopo* questo momento, sarebbe un'operazione per molti aspetti inutile, poiché il conducente verrebbe privato delle garanzie di difesa che assumono pregnanza soltanto *prima* che la prova sia formata.

Nei restanti casi, ossia quando l'accertamento che si giustifichi sull'emersione di un concreto sospetto di reato ⁽⁴⁷⁾ dia, nonostante ciò, esito negativo, l'atto di indagine andrebbe comunicato senza ritardo al pubblico ministero *ex art.* 331 comma 4 c.p.p. Se la denuncia non giunge al *dominus* delle indagini, ciò è il frutto di una prassi giuridicamente biasimevole, della quale pur tuttavia si intuiscono gli scopi: evitare l'accumulo di un numero esorbitante di procedimenti che, fisiologicamente orientati verso l'archiviazione, rischierebbero di ostruire ulteriormente il già gravoso lavoro delle procure.

5) Un tentativo di inquadramento sistematico degli atti d'indagine

Se si condividono le premesse sin qui poste, per cui le procedure disciplinate dagli artt. 186 comma 4 e 187 commi 2-*bis* e 3 c.d.s. si inserirebbero a pieno titolo tra gli atti di indagine penale svolti dalla polizia giudiziaria, resta comunque da chiarire quale istituto del codice di procedura penale sia maggiormente idoneo ad accoglierli.

⁽⁴⁷⁾ Si pensi al caso in cui il conducente mostri evidenti segni di alterazione psicofisica astrattamente riconducibili ad uno stato di ebbrezza alcolica, ovvero risulti positivo agli *screening* rapidi disciplinati dagli artt. 186 comma 3 e 187 comma 2 c.d.s.

La conclusione cui aderiscono giurisprudenza e dottrina ⁽⁴⁸⁾ appare solo superficialmente motivata e non sembra cogliere il problema nella sua complessità. Si afferma, come si è notato, che i controlli della strada sarebbero una specificazione degli accertamenti urgenti di polizia giudiziaria; la ragione risiederebbe nella rapida ed inarrestabile modificabilità cui è sottoposta la sostanza biologica da prelevare ed analizzare. Tale inquadramento sistematico pare consentito dalla natura stessa dell'art. 354 c.p.p., il quale contempla operazioni essenzialmente atipiche, suscettibili di assumere nella prassi i contenuti più vari in relazione alla tipologia di reato ed alle condizioni spazio-temporali in cui debba svolgersi l'atto. Inoltre, essa trova giustificazione nell'identità finalistica – la raccolta delle tracce del reato – e nelle caratteristiche di irripetibilità ed urgenza proprie dei controlli in esame.

La motivazione alla base di una tale scelta ermeneutica desta però qualche perplessità perché sembra prendere a modello il solo esame etilometrico, senza verificare se realmente la soluzione prescelta sia valida per l'intera gamma di atti che qui si esamina.

L'ebbrezza da alcolici è percepibile soltanto entro un tempo limitato dopo l'ingestione della bevanda, la cui durata dipende da fattori variabili quali la massa corporea, il sesso dell'interessato, la gradazione alcolica del liquido ingerito, etc. ⁽⁴⁹⁾. L'accertamento sul respiro svolto attraverso la strumentazione indicata dall'art. 379 reg. c.d.s. è dunque caratterizzato da particolare urgenza e non richiede specifiche competenze tecniche nell'operatore preposto all'atto: il

⁽⁴⁸⁾ Si veda *retro*, nt. 29. L'inquadramento sistematico degli atti in discorso nell'art. 354 c.p.p., peraltro, è confortato dalla Circolare del Ministero dell'Interno, 29 dicembre 2005, cit. In particolare, al punto 4.1, si afferma che «gli esami previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 186 c.d.s.» e «l'attività compiuta dagli organi della polizia stradale per accertare il reato di guida in stato di alterazione correlata all'uso di droghe, ad esclusione degli accertamenti preliminari» sarebbero «da ricondursi tra gli atti di polizia giudiziaria urgenti ed indifferibili previsti dall'art. 354 comma 3 c.p.p.».

⁽⁴⁹⁾Cfr., *ex multis*, F. PIANI, *Diagnostica e terapia dell'ebbrezza alcolica e dell'alcolismo*, in AA. VV., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, vol. V, Cedam, Padova, 2009, p. 386 s.; R.C. DENNEY, voce *Alcohol. Body Fluids*, in *Encyclopedia of Forensic Sciences*, Academic Press, San Diego, 2000, p. 83 s.

L'urgenza caratterizzante questo tipo di accertamento è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza europea in materia di diritti umani, in una risalente pronuncia della Commissione europea (dec. 4 dicembre 1978, X c. *Olanda*, in *Decisions and Reports* (DR) 16, ed. Consiglio d'Europa, Strasbourg, p. 189). Secondo i giudici europei, infatti, «*No objection can be raised to the fact that the test was carried out before a formal charge was made. In fact, the test is only on use when carried out immediately*».

“campione d’aria” emesso dal conducente viene infatti analizzato in via autonoma dal *software* dell’etilometro. Non sono necessarie specifiche conoscenze per leggere l’esito che compare sul *display* del macchinario e sugli “scontrini” che questo emette.

L’atto sembra, dunque, risolversi in un mero rilievo eseguito con l’ausilio di strumentazione tecnica, al pari di quanto avviene per il c.d. *stub* ⁽⁵⁰⁾. Tale soluzione sembra peraltro preferibile rispetto a quella che inserisce l’etilometro nell’istituto dell’ispezione personale ⁽⁵¹⁾. Le argomentazioni a sostegno di questa tesi, nel considerare l’*alcoltest* un «controllo endocorporeo», non tengono conto del fatto che la verifica si compie in maniera incruenta, senza penetrare nel corpo del conducente. Ed infatti, oggetto di analisi è un campione di aria espirata, dunque l’atto non invade la sfera corporale dell’indagato.

Qualche ulteriore considerazione meritano le procedure dettate dall’art. 187 comma 3 c.d.s.

Al prelievo di mucosa del cavo orale, di sangue o di urine eseguito da un sanitario segue l’analisi dei campioni, attività di carattere scientifico da svolgersi in laboratorio ad opera di personale tecnico specializzato ⁽⁵²⁾. La ricerca di sostanze stupefacenti o psicotrope nei fluidi biologici esige capacità analitiche che non sembrano differire troppo da quelle necessarie per adempiere gli incarichi peritali disciplinati dagli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p. ⁽⁵³⁾: ciò che

⁽⁵⁰⁾ Sulla giurisprudenza che qualifica l’analisi della polvere pirica come un accertamento urgente di polizia, si veda, per tutte, Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2002, Maisto ed altro, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3100 s.

⁽⁵¹⁾ In questo senso, M. BISCARDI, *Nota – Accertamenti urgenti di P.G. e garanzie difensive: l’etilometro*, in *P.Q.M.*, 2001, n. 2, p. 84, secondo il quale l’etilometro consisterebbe in un «controllo endocorporeo approfondito che, al pari di un controllo ematico o una radiografia, fa pensare più ad una ispezione che a un mero rilievo».

⁽⁵²⁾ L’analisi dei fluidi biologici esige il rispetto di norme protocollari che, se trascurate, possono compromettere il corretto esito dell’esame. Sul punto, si veda S. ZACÀ-S. PELLEGRINO, *Manuale di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 47 s. Sull’esame della mucosa del cavo orale – ovvero della saliva – introdotto dalla l. n. 120/2010 all’art. 187 comma 2-*bis* c.d.s. si conosce ben poco: la mancata attuazione della norma mediante i promessi decreti interministeriali impedisce, allo stato, di poter approfondire lo studio delle modalità di indagine sui campioni biologici in questione.

⁽⁵³⁾ Per un primo approccio alla normativa in materia di prelievi “sanitari” ed indagini genetiche, si rinvia alla già copiosa letteratura in materia. Tra gli altri, R. DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, in AA.VV. *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L.

distingue gli esami di laboratorio che qui ci occupano dalle analisi biologiche introdotte di recente nel codice di rito sta nella coercibilità dei secondi, contrapposta alla mera obbligatorietà dei primi. Entrambi, infatti, contemplano un prelievo di fluidi biologici; entrambi prevedono che il fluido prelevato sia sottoposto ad analisi di laboratorio ⁽⁵⁴⁾.

Pare quantomeno apodittico affermare che solo l'analisi disciplinata dall'art. 224-bis c.p.p. abbia natura peritale: in ambo i casi, infatti, l'esame dei fluidi corporei è svolto da personale specializzato mediante strumentazione di laboratorio; al termine dell'analisi, poi, i risultati forniti dagli elaboratori possono essere compresi soltanto da chi possieda una determinata competenza tecnica ⁽⁵⁵⁾.

La particolare complessità degli esami tossicologici ⁽⁵⁶⁾ sembrerebbe idonea a sottrarli alla competenza della polizia giudiziaria ed a pretendere che si osservino le garanzie dell'art. 360 c.p.p. ⁽⁵⁷⁾. Ed infatti, secondo l'opinione

Marafioti-L. Lupària, Giuffrè, Milano, 2010, p. 61 s.; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 s.; P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, *ivi*, 2009, p. 6 s.; C. GABRIELLI, "Accertamenti medici" dai confini troppo incerti, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 71 s.; ID., *La decisione del "prelievo" torna al giudice*, *ivi*, 2009, n. 30, p. 67 s.; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1221 s.; P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 3 s.; ID., *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, *ivi*, 2010, p. 883 s.

⁽⁵⁴⁾ Nel primo caso, lo scopo è rinvenire tracce di alcol e droghe; nel secondo, solitamente, s'intende estrarre il profilo genetico del soggetto sottoposto al prelievo, al fine di confrontarlo con quello ricavato da tracce già repertate rinvenute, ad esempio, sulla scena del crimine.

⁽⁵⁵⁾ Non sembra, dunque, di potersi riferire agli esami volti alla ricerca di sostanze stupefacenti o psicotrope come di «minimi ed elementari atti di elaborazione tecnico-critica, utili alla immediata prosecuzione delle indagini» che non potrebbero «assurgere al rango di accertamenti» (così, in materia di *narcotest*, L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 366-367). A differenza degli *screening* utilizzati quali accertamenti precursori, gli esami del sangue e delle urine svolti *ex art.* 187 comma 3 c.d.s. richiedono infatti tempi e conoscenze scientifiche che escludono ogni dubbio sulla loro natura di accertamenti tecnico-peritali.

⁽⁵⁶⁾ È lo stesso legislatore, al comma 5-bis dell'art. 187 c.d.s. a contemplare la possibilità che «l'esito degli accertamenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non sia immediatamente disponibile», ammettendone, pertanto, la complessità tecnica.

⁽⁵⁷⁾ L'astratta configurabilità dell'art. 360 c.p.p. viene esaminata anche da S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1066-1067, con riguardo all'*alcoltest*. L'autrice esclude che l'esame spirometrico possa essere considerato alla stregua di un accertamento tecnico irripetibile del pubblico ministero, in quanto, come si è sostenuto *supra*, «l'operazione è di una semplicità tale da non richiedere certo l'ausilio di esperti né, conseguentemente, il rispetto dell'articolata procedura

preferibile gli accertamenti di cui all'art. 354 c.p.p. hanno una funzione di carattere descrittivo, preopedeutica rispetto all'esame tecnico ⁽⁵⁸⁾, mentre soltanto al pubblico ministero spettano quelle attività aventi un contenuto di carattere peritale, anche quando queste siano caratterizzate dai tratti dell'urgenza ⁽⁵⁹⁾.

Gli ostacoli che si frappongono ad una simile ricostruzione, tuttavia, non appaiono agilmente superabili. Se, infatti, è noto che le droghe possono restare in circolo nell'organismo per un tempo a volte molto lungo, che può raggiungere diverse settimane ⁽⁶⁰⁾, la differenza nelle tempistiche di rilevanza delle sostanze non elimina l'esigenza di svolgere il prelievo dei campioni biologici con una certa premura: il fine è comunque quello di evitare che le tracce del reato si alterino (diminuirebbe la concentrazione della sostanza nel sangue). L'impellenza che connota il caso di specie, poi, non afferisce soltanto alla raccolta del fluido corporeo. A questa si lega un'altra ragione di urgenza: procedere con celerità alla verifica del sospetto nei confronti del guidatore. La *ratio* stessa degli artt. 186 e 187 c.d.s., infatti, esclude che si possano attendere le gravose tempistiche dettate dall'art. 360 c.p.p. per verificare se il conducente, positivo agli *screening* tossicologici, costituisca o meno un pericolo per la circolazione stradale e debba, quindi, subire il ritiro della patente ed il sequestro cautelativo del veicolo ⁽⁶¹⁾.

dell'art. 366 c.p.p.».

⁽⁵⁸⁾ In questo senso, L. D'AMBROSIO-P.L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 1998, p. 231.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso, G. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 698; L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. 359 e 360*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 199; A. SCCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 278; M. VESSICHELLI, *Sulla possibilità della p.g. di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 684.

Contra, G. AMATO-M. D'ANDRIA, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 13, secondo il quale la polizia avrebbe la facoltà di compiere i suddetti accertamenti nelle situazioni di urgenza, salvo che questo non abbia ad incidere sulle prerogative del pubblico ministero.

⁽⁶⁰⁾ Si veda S. ZACÀ-S. PELLEGRINO, *op. cit.*, p. 47.

⁽⁶¹⁾ Vero è che l'urgenza nel provvedere in via cautelativa al ritiro della patente è tale che il comma 5-bis dell'art. 187 c.d.s. prevede la possibilità di prendere simili provvedimenti anche in attesa dell'esito positivo degli accertamenti di cui agli artt. 186 comma 5 o 187 commi 3, 4 e 5 c.d.s., tuttavia ciò non toglie il fatto che per la conferma di un simile provvedimento, è

Sembra soluzione obbligata quella di abbandonare la strada dell'art. 360 c.p.p. e, d'altra parte, essi possono ben inserirsi nell'alveo dell'art. 354 c.p.p., il quale, oltre ai rilievi, consente alla polizia giudiziaria di svolgere anche accertamenti tecnici. Se, quindi, s'impone un sacrificio delle garanzie difensive, immolate in nome dell'esigenza di sicurezza, ciò non esclude la percorribilità di altre strade che consentano di ampliare gli spazi di tutela accordati alla difesa dell'imputato.

Come si è detto, il *prelievo* viene effettuato in via d'urgenza, ricorrendo ad un istituto caratterizzato da irripetibilità ed indifferibilità⁽⁶²⁾. Se, però, non v'è dubbio sull'esigenza di raccogliere senza indugio i campioni per fotografare la situazione attuale, ciò non deve incidere sulla possibilità di ripetere l'*analisi* degli stessi in dibattimento. Il fatto che quest'ultima operazione comporti la distruzione del materiale che esamina non la qualifica come atto ontologicamente irripetibile. Per consentire un nuovo esame sui dati materiali prelevati, sarà sufficiente prevedere che al momento della raccolta se ne collezioni una quantità tale⁽⁶³⁾ da assicurare la rinnovazione dell'analisi di laboratorio: il sangue, repertato e conservato incorrotto, sarà fruibile per esami futuri anche dopo molto tempo⁽⁶⁴⁾.

La soluzione appena tracciata consentirebbe di assicurare il pieno rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova, derogabile nei soli casi descritti dall'art. 111 comma 5 Cost., e di riportare la disciplina in parola in linea con il dato costituzionale. Salvo ipotizzare il ricorso

necessario che la procedura probatoria venga avviata sul conducente al momento del controllo stradale o subito dopo il verificarsi dell'incidente che ne costituisca il presupposto.

⁽⁶²⁾ Sulla necessaria distinzione tra la nozione di irripetibilità e quella di non rinviabilità dell'atto, si veda C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 44 s.

⁽⁶³⁾ Ogni esame del fluido ematico richiede circa 1cc di sangue: basterà allo scopo, quindi, prelevare una quantità pari ad almeno 2cc di sangue. Utili chiarimenti al riguardo sono stati forniti dal Prof. G. Pierini, tossicologo dell'Università degli Studi di Bologna.

⁽⁶⁴⁾ A tal fine, è sufficiente che i campioni di fluido prelevati siano correttamente conservati attraverso la «stabilizzazione mediante aggiunta di opportuni conservanti (floruro di sodio 0.1% ad una aliquota di sangue per la stabilizzazione dell'alcolemia) ed [il] congelamento ad una temperatura di -20° C» (così, S. ZACÀ-S. PELLEGRINO, *op. cit.*, p. 55). Più in particolare, secondo il Prof. G. Pierini, il sangue prelevato si conserva per alcuni giorni, se portato ad una temperatura di -4° C; per mesi, se congelato a -40° C.

a procedimenti speciali che, passando attraverso il consenso dell'imputato al rito, consentano di utilizzare anche prove che non sarebbero fruibili in dibattimento, la mancata previsione della possibilità di ripetere l'analisi dei campioni in giudizio suscita perplessità circa la rispondenza alla citata disposizione costituzionale. Se, infatti, come si è detto, l'accertamento in questione è ripetibile nel corso del dibattimento, o comunque acquisibile in una sede che assicuri il rispetto del contraddittorio, non si ricade qui nella situazione di «accertata impossibilità di natura oggettiva» prevista dal citato art. 111 comma 5 Cost.

La situazione contingente, che vede la decisione di conservare campioni dei fluidi prelevati al guidatore affidata al rispetto dei protocolli operativi dettati dalla tossicologia forense⁽⁶⁵⁾, appare francamente inaccettabile. Serve, dunque, un intervento del legislatore, che regolamenti in maniera puntuale i casi in cui gli operatori sanitari debbano conservare – e come tale refertazione vada svolta – una parte dei campioni biologici prelevati al conducente, quella che renderà possibile ripetere le analisi di laboratorio nelle successive fasi processuali.

6) Garanzie difensive connesse all'accertamento: a) l'avviso della facoltà di farsi assistere da un avvocato

L'inserimento dei controlli dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe nella categoria degli atti urgenti di polizia *ex art. 354 c.p.p.* impone il rispetto delle garanzie difensive previste dalla disciplina codicistica. Prima fra queste, l'obbligo per la polizia stradale di avvertire il conducente che ha facoltà di farsi assistere da un difensore durante le operazioni, senza che quest'ultimo abbia però diritto al preavviso.

La *ratio* dell'art. 114 disp. att. c.p.p. è facilmente intellegibile: assicurare l'effettività della tutela difensiva accordata dall'art. 356 c.p.p., che, in assenza di una previsione che imponesse di avvertire il conducente del suo diritto,

⁽⁶⁵⁾ Sul punto, Trib. Savona, 2 aprile 2009, in *DeJure*. Nonostante nella motivazione della pronuncia citata si affermi che «la conservazione di un campione di riscontro è oggi pratica costantemente seguita da tutti i laboratori o centri di analisi, che custodiscono il materiale biologico per sei, dodici o più mesi», tale prassi non era stata rispettata proprio nel caso di specie.

resterebbe lettera morta ⁽⁶⁶⁾. Condivisibile nelle premesse, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale in materia di violazione dell'obbligo: il mancato avviso della facoltà di assistenza difensiva all'atto inficia l'accertamento stesso, travolgendo il verbale di polizia. Si verifica, infatti, una nullità a regime intermedio *ex art. 178 comma 2 lett. c) c.p.p.* per violazione del diritto all'assistenza difensiva ⁽⁶⁷⁾.

Non altrettanto convincenti appaiono le considerazioni svolte dalla giurisprudenza sui tempi di rilevazione del vizio. Secondo i supremi giudici, opererebbe qui la sanatoria prevista dall'art. 182 comma 2 c.p.p., secondo cui ogniqualvolta una parte assista al compimento dell'atto, la nullità dev'essere eccepita da quest'ultima prima del compimento dell'atto stesso, ovvero, quando ciò non sia possibile, immediatamente dopo ⁽⁶⁸⁾. Ne consegue, nel pensiero della Corte, che la sanatoria *de qua* è destinata ad operare ogniqualvolta il conducente assista alle procedure di verifica del proprio stato psicofisico, cioè *sempre*.

Bisogna osservare, però, che proprio in ragione del mancato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, il

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, F. LA MARCA, *Commento all'art. 114 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1992, p. 404.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, Moretti, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245462; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, Maci, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245797; Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2008, Alberti, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 495; Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2007, Nania, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2589; Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 2007, Bradaschia, *ivi*, 2008, p. 2549; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2006, n. 34764, Gharbi, in *Guida dir.*, 2006, n. 45, p. 60; Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2006, n. 18351.

Sempre in materia di violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., ma con riguardo a perquisizione e sequestro, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2010, n. 8107, in *Cass. pen.*, 2011, p. 317; Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2008, Alberti, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 495; Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1997, Pata, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 468; Cass. pen., sez. I, 30 giugno 1992, Ritrecina, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 191920.

Secondo l'opinione giurisprudenziale, la forma dell'avvertimento, in assenza di indicazioni legislative, è libera e non richiede particolari formalità (Trib. Milano, 28 febbraio 2007, R., in *Corr. merito*, 2007, p. 600).

Quanto alle tempistiche dell'avvertimento, la giurisprudenza ha ritenuto che la locuzione normativa «al momento di procedere al compimento degli atti» sia da intendere nel senso che l'avviso non debba essere dato prima della richiesta di sottoposizione alla prova del respiro, ma prima di espletare l'atto stesso. «[A]nticipare la presenza del difensore al momento della richiesta del consenso [...] finirebbe per snaturare la funzione difensiva» che consiste nella partecipazione «a un atto probatorio per garantirne la legalità, esigenza, questa, che nasce solo dopo che l'interessato ha prestato il consenso all'alcoltest». Così, Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2011, P., in *Guida al dir.*, 2011, n. 28, p. 79.

⁽⁶⁸⁾ Si veda, per questo orientamento, la medesima giurisprudenza citata in nt. 67.

guidatore chiamato a sottoporsi alle procedure di cui agli artt. 186 e 187 c.d.s. è *solo* di fronte all'autorità nel momento in cui si forma l'atto viziato. Chi assiste al compimento dell'atto, dunque, è unicamente l'indagato e non anche il suo difensore.

Il ragionamento dei giudici di legittimità sembra compiere un salto logico: se la "parte" presente all'atto è il solo conducente sospettato, come possono valere anche per il suo difensore gli stringenti tempi di rilevazione del difetto indicati dall'art. 182 comma 2 c.p.p. ⁽⁶⁹⁾? Forse che la presenza del solo imputato è sufficiente a far scattare per entrambi – accusato e difensore – la sanatoria del vizio?

La risposta sta nel significato che si intenda attribuire al termine «parte» nella locuzione della norma «quando la parte vi assiste».

I due «contendenti nel processo» ⁽⁷⁰⁾, solitamente denominati "parti", sono imputato e pubblico ministero. Il primo, però, non è solo: la necessità di affiancargli una difesa tecnica porta ad affermare che «non v'è imputato senza difensore». Insieme, pertanto, essi formano una «parte-difesa, una parte [unica], [...] titolare di un complesso di diritti processuali adeguati e contrari all'accusa». Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di creatura bicefala, rappresentata ora dall'accusato, ora dal suo difensore; quest'ultimo, «in ordine a molti atti può sostituirsi all'imputato e [...] l'imputato, in ordine a molti altri, può sostituirsi a lui» ⁽⁷¹⁾.

Una lettura garantista dell'art. 182 comma 2 c.p.p. non può che tenere conto di questi rilievi. Nella situazione che si esamina, la «parte-difesa» cui si riferisce la norma in discorso deve individuarsi, per evidenza logica, nell'unico soggetto che possieda le conoscenze tecniche indispensabili per eccepire la nullità: il difensore. La presenza del solo indagato è, dunque, del tutto

⁽⁶⁹⁾ In particolare, proprio l'assenza all'atto da parte del difensore gli impedisce di eccepire la nullità *prima* dell'esecuzione dell'atto stesso. Pertanto, il vizio dovrà essere eccepito dal difensore *immediatamente dopo* il perfezionamento dell'atto nullo.

⁽⁷⁰⁾ Così, G. GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano, 1949, p. 13; ID., voce *Parti (Diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 501.

⁽⁷¹⁾ Per questa e le precedenti citazioni, G. GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, cit., p. 219.

irrilevante ed inidonea a costituire il presupposto richiesto perché operi la sanatoria del vizio.

Tali affermazioni trovano conforto se si leggono le disposizioni in gioco nel prisma delle finalità poste dall'art. 114 disp. att. c.p.p.: sostenere che la presenza al compimento dell'atto viziato da parte della sola persona indagata, che si presume digiuna delle necessarie nozioni di diritto, sia idonea ad integrare il requisito posto dall'art. 182 comma 2 c.p.p. stride con gli stessi scopi di tutela difensiva perseguiti dalla norma di attuazione e finisce per svuotarla completamente di significato ⁽⁷²⁾. Quella che si propone appare, dunque, l'unica interpretazione della sanatoria in oggetto compatibile con il diritto fondamentale sancito dall'art. 24 comma 2 Cost. ⁽⁷³⁾.

Qualora si accolgano le premesse sin qui poste, si giunge, peraltro, ad eliminare alla radice un problema che occupa da tempo quella giurisprudenza di legittimità che, come abbiamo visto, ritiene che il vizio vada eccepito dal difensore "immediatamente dopo" il compimento dell'atto. In estrema sintesi, partendo dalla convinzione che al caso in esame si applichi l'art. 182 comma 2 c.p.p., la giurisprudenza di legittimità ha tentato di individuare il termine entro cui il difensore possa eccepire la nullità a regime intermedio. Rileva qui il significato che s'intenda attribuire alla locuzione avverbiale *immediatamente*, che si ritrova nel predetto articolo.

Secondo un primo orientamento, giungerebbe tardiva la rilevazione della

⁽⁷²⁾ In questo senso anche V. DI MASI, *Diritto dell'imputato all'assistenza del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 499, secondo la quale «un'attenta disamina del caso, induce a ritenere che lo stesso art. 182 c.p.p. nella parte in cui impone all'interessato che vi assiste di eccepire la nullità dell'atto prima del suo compimento, presuppone che comunque sussistano le condizioni necessarie perché la parte sia in grado di conoscerla». Con toni critici anche M. PAGLIA, *Nota in materia di accertamenti tecnici non ripetibili*, in *Giur. it.*, 1997, p. 11 s.

⁽⁷³⁾ Negli stessi termini, Trib. Varese, 27 ottobre 2008, s.m., in *Foro ambr.*, 2008, p. 421. La pronuncia è isolata ed è stato possibile rinvenirne soltanto la massima, tuttavia il principio di diritto ivi enunciato non lascia spazio a fraintendimenti: «Il termine parte che vi assiste di cui all'art. 182 c.p.p. non può essere riferito all'indagato ma ad un soggetto che sia in grado di rilevare e, quindi, eccepire la nullità prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo. In caso di mancato avvertimento dell'indagato, ex art. 114 disp. att. c.p.p., della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, il termine parte che vi assiste di cui all'art. 182 c.p.p. deve intendersi riferito proprio al difensore, il quale avrebbe potuto essere presente al compimento dell'atto ove l'indagato fosse stato correttamente avvertito e messo in grado di contattarlo; ciò proprio al fine di rendere concreto ed effettivo il fondamentale principio costituzionale del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.».

nullità presentata a distanza di parecchi giorni dal compimento dell'atto, cioè in occasione del primo atto successivo del procedimento ⁽⁷⁴⁾. Un altro indirizzo, invece, attribuisce al termine controverso il significato di “subito dopo la nomina del difensore” o, comunque, entro i cinque giorni successivi al deposito degli atti *ex art. 366 c.p.p.* ⁽⁷⁵⁾.

Persa l'occasione di ottenere un intervento chiarificatore delle Sezioni unite ⁽⁷⁶⁾, la disputa giurisprudenziale non pare di agevole soluzione. Le difficoltà che s'incontrano nell'interpretare la norma dipendono proprio dall'errata applicazione della medesima: cucita su misura per il caso in cui la parte *assista* effettivamente all'atto, mal si adatta a regolamentare quelli in cui quest'ultima sia addirittura all'oscuro dell'accertamento compiuto. Questi rilievi, sommati a quelli svolti sopra, inducono a rivedere la strada eletta dalla giurisprudenza di legittimità: se non s'intenda seguire la via qui indicata, occorrerà comunque individuare soluzioni alternative.

Restano da spendere alcune brevi parole sulle vicende che caratterizzano il caso in cui la polizia rispetti l'obbligo di avvertimento. Neppure in tal caso, infatti, è scontato che le garanzie difensive trovino soddisfazione.

Rileva, infatti, quel consolidato indirizzo interpretativo secondo il quale qualora il conducente avvisato della facoltà di contattare un difensore non ne conosca uno di fiducia prontamente reperibile ⁽⁷⁷⁾, alla polizia giudiziaria non

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, Moretti, cit.; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, Maci, cit.; Cass. pen., sez. IV, 18 settembre 2006, Bradaschia, cit.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso, con riferimento alla violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p. nel caso in cui la polizia proceda a perquisizione, sequestri ovvero rilievi *ex art. 354 c.p.p.* (dunque, anche nel caso dell'*alcoltest*), si sono pronunciate Cass. pen., sez. IV, Alberti, cit.; Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2006, Moldoveanu e altro, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 235545; Cass. pen. sez. I, 21 maggio 2004, Defina, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 228509; Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1997, Pata, cit.

Gli si contrappone quella corrente che ritiene tempestiva l'eccezione sollevata con la richiesta di riesame della misura cautelare avverso il sequestro. In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2009, Di Sturco, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244370.

⁽⁷⁶⁾ Persa l'occasione di ottenere una pronuncia delle Sezioni unite (nel marzo 2010 il Supremo collegio ha giudicato inammissibile il quesito), sul punto persiste ancora oggi un forte contrasto giurisprudenziale.

⁽⁷⁷⁾ Non soltanto al difensore non è dato preavviso dell'operazione, ma neppure sembra necessario attendere il suo arrivo sul posto, qualora il ritardo nell'esecuzione dell'atto sia idoneo a comportare un'alterazione dell'esito del *test*. Secondo la circolare del Ministero del 29 settembre 2005, cit., l'attesa del difensore costituirebbe, al più, una mera cortesia. In questi termini anche D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicabilità dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2552.

spetterebbe il compito di nominargliene uno d'ufficio ⁽⁷⁸⁾. Secondo questo condivisibile orientamento giurisprudenziale, la nomina del difensore di fiducia sarebbe preclusa dal dato letterale ed, in particolare, dalla mancata previsione espressa in seno all'art. 354 c.p.p., ciò che lo differenzia dagli artt. 350, 364, 365 c.p.p.

**7) (Segue): b) inosservanza della disciplina sul deposito dei verbali:
quale sanzione?**

Se le conseguenze processuali derivanti dall'omesso avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore sono oggetto di un indirizzo giurisprudenziale unanimemente condiviso (per lo meno con riguardo al verificarsi di una nullità intermedia), non altrettanto può dirsi con riguardo alle vicende del deposito del verbale di accertamenti redatto ai sensi dell'art. 357 comma 2 lett. e) c.p.p.

Il quadro sin qui ricostruito è completato dalle garanzie *post factum* ⁽⁷⁹⁾ accordate dall'art. 366 c.p.p.: i verbali degli atti di polizia giudiziaria ai quali il difensore ha diritto di assistere vanno depositati presso la segreteria del pubblico ministero entro il terzo giorno dal compimento dell'atto stesso; il difensore, avvisato del deposito mediante apposita notifica (ciò soltanto quando non abbia assistito all'atto), può prendere visione del verbale ed estrarne copia nei cinque giorni successivi.

Quid iuris quando il verbale non venga depositato nel termine? E che accade, inoltre, quando lo stesso giaccia presso la segreteria dell'inquirente, pur non essendosi provveduto a notificarne l'avvenuto deposito al difensore?

Il caleidoscopio interpretativo offerto dalla giurisprudenza reclama a gran voce un intervento chiarificatore delle Sezioni unite. Attualmente, infatti,

⁽⁷⁸⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 16548, in *Guida al dir.*, 2011, n. 25, p. 73; Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2006, n. 26738, in *Arch. giur. circ. e sinistri*, 2007, p. 259; Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2004, n. 21738, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3031; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 18610, in *Cass. pen.*, 2005, p. 583. Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Roma, sez. I, 14 gennaio 2010, n. 538, in *Ius ac bonum*, 2010.

⁽⁷⁹⁾ Il termine è di F. CORDERO, *Commento all'art. 366 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 2° ed., Torino, Utet, 1992, p. 436.

si registrano almeno quattro indirizzi tra loro assolutamente inconciliabili. La tesi secondo cui l'art. 366 c.p.p. non sarebbe neppure applicabile agli accertamenti in discorso ⁽⁸⁰⁾ si contrappone agli indirizzi che, invece, ritengono la disposizione applicabile, ma ricollegano alla sua violazione sanzioni processuali ben diverse tra loro; dalla mera irregolarità ⁽⁸¹⁾ si passa alla nullità relativa ⁽⁸²⁾, fino a quella a regime intermedio ⁽⁸³⁾.

L'argomento principe che sorregge l'indirizzo secondo cui l'art. 366 c.p.p. non sarebbe neppure applicabile agli accertamenti di cui all'art. 354 c.p.p. fa leva sul dato letterale delle disposizioni in gioco. Si afferma che la differenza terminologica che caratterizza gli artt. 356 e 366 c.p.p. – si parla di una «*mera facoltà* di ottenere la presenza al compimento dell'atto dell'eventuale difensore di fiducia» ⁽⁸⁴⁾, nel primo caso, di un «diritto di assistere», nel secondo – condurrebbe all'inapplicabilità *tout court* dell'art. 366 c.p.p. ⁽⁸⁵⁾. A questo si aggiunge la considerazione per cui, in assenza di un obbligo di designare un

⁽⁸⁰⁾ Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2006, n. 26738, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, p. 359; Cass. pen., sez. fer., 19 agosto 2004, Ferri, in *Cass. pen.*, 2006, p. 11; Cass. pen., sez. IV, 22 aprile 2004, p.m. in proc. Siciliano, in *Giur. merito*, 2005, p. 1675; Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2004, Elgharras, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3031; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2004, Perugini, in *Cass. pen.*, 2005, p. 583. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, sez. I, 14 gennaio 2010, n. 538, cit.

⁽⁸¹⁾ Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2011, n. 41991, in *De Jure*; Cass. pen., sez. IV, 15 ottobre 2009, Tamburini, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, p. 528; Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 2008, Castelli, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2009, p. 53; Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2007, F., in *Guida al dir.*, 2007, n. 48, p. 92; Cass. pen., sez. IV, 21 marzo 2007, G., in *Guida al dir.*, 2007, n. 35, p. 84; Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2005, Cacciatori, in *Guida dir.*, 2005, n. 18, p. 87; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2004, Nuciforo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 230276; Cass. pen., sez. IV, 4 maggio 2004, Ciacci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1006; Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 2003, De Sannio, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 226033.

⁽⁸²⁾ Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2006, S., in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 80; Cass. pen., sez. IV, 16 settembre 2003, Della Luna, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1675; Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2002, Curzel, in *Arch. circ. strad.*, 2003, p. 113; Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 1996, Maccari, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 205122. Nella giurisprudenza di merito, si veda G.d.P. Foggia, 8 aprile 2004, Mendolicchio, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2004, p. 777 e G.d.P. Grosseto, 5 novembre 2002, n. 33, inedita.

⁽⁸³⁾ Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 1994, Baglio, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 196709. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, Gi.p./G.u.p. 25 novembre 2009, in *Giur. merito*, 2011, p. 1057 s.

⁽⁸⁴⁾ Così Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2004, Elgharras, cit.

⁽⁸⁵⁾ In questo senso, G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, a cura di M.G. Aimonetto, Torino, Utet, 1999, p. 209. *Contra*, G. SALVI, *Commento all'art. 118 disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale. Normativa complementare*, vol. I, coordinato da M. Chiavario, Torino, Utet, 1992, p. 421.

difensore d'ufficio da parte della polizia giudiziaria, mancherebbe il soggetto destinatario della garanzia.

Agilmente superabili, le conclusioni qui sintetizzate non possono in alcun modo essere condivise. Un primo ostacolo si rinviene già nelle stesse indicazioni fornite dalla citata Circolare del Ministero dell'Interno del 29 dicembre 2005, che al punto 4.1 riferisce senza dubbio la disciplina dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe, prevedendo che «i verbali di cui ai punti a) e b), unitamente a tutta la documentazione probatoria dell'esito dell'attività di accertamento svolta sulla persona (ad es. il tagliando stampato dall'etilometro) nonché la certificazione medica rilasciata dalla struttura sanitaria presso la quale la persona è stata accompagnata, dovranno essere depositati entro il terzo giorno successivo presso la cancelleria del pubblico ministero, affinché del deposito sia dato avviso al difensore nominato».

Alla valorizzazione delle indicazioni esplicative contenute nella predetta Circolare, si aggiunge un dato letterale. Con riguardo al primo argomento addotto dalla tesi che qui si critica, si è osservato come «la facoltà [sia] una manifestazione del diritto soggettivo che non ha carattere autonomo ma è in esso ricompreso» ⁽⁸⁶⁾. Inoltre, «la previsione dell'art. 365 c.p.p. usa indifferentemente nel testo e nella rubrica i termini «facoltà» e «diritto», facendo sorgere il dubbio che le due espressioni siano usate come sinonimi» ⁽⁸⁷⁾.

Appare illogico, inoltre, il ragionamento seguito dai giudici di legittimità: l'assenza di un difensore designato, cui notificare l'atto di deposito, per quanto frequente, costituisce un caso specifico e non può seriamente costituire il punto di partenza per argomentare sull'applicabilità o meno di una norma generale ed astratta ⁽⁸⁸⁾. Pur mancando il difensore di fiducia nei confronti del quale eseguire la notifica, infatti, essa dovrà comunque essere

⁽⁸⁶⁾ Trib. Bologna, G.i.p./G.u.p. 25 novembre 2009, cit., p. 1058.

⁽⁸⁷⁾ Così, M. BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcoltest compiuto dalla polizia giudiziaria su un conducente di autoveicolo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1009, nt. 18.

⁽⁸⁸⁾ Negli stessi termini, S. RENZETTI, *Guida in stato di ebbrezza*, cit., p. 1069.

effettuata nei confronti di quello individuato d'ufficio dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 97 comma 3 c.p.p. Qualora sia stato nominato un difensore di fiducia, poi, appare ineludibile la necessità di notificargli l'avvenuto deposito del verbale, sempre che questi non sia riuscito ad intervenire tempestivamente durante l'accertamento ⁽⁸⁹⁾.

Sconfessata la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe, l'individuazione del tipo di vizio da invocare in caso di inosservanza delle prescrizioni in materia di deposito del verbale è operazione ermeneutica relativamente agevole ⁽⁹⁰⁾. Stupisce, dunque, la frammentazione di indirizzi che divide la giurisprudenza di legittimità in materia.

L'orientamento che ha creduto di ravvisare l'esistenza di una nullità relativa non può in alcun modo essere accolto: esso appare *ictu oculi* errato in quanto incompatibile con il principio di tassatività ⁽⁹¹⁾ e va, pertanto, abbandonato senz'altro indugio ⁽⁹²⁾.

Resta da verificare se l'inottemperanza al disposto dell'art. 366 c.p.p. sia idonea a generare una nullità a regime intermedio oppure resti priva di sanzione.

La tesi adottata da quel filone interpretativo che ravvisa una mera irregolarità nella violazione dell'art. 366 c.p.p. si fonda sull'assunto per cui non sarebbe possibile individuare una nullità a regime intermedio *ex art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.*, giacché le ipotesi enucleate da questa disposizione atterrebbero soltanto alla presenza del difensore al momento del compimento dell'atto

⁽⁸⁹⁾ Il difensore che si rechi in tempo per assistere all'atto non ha diritto a ricevere notifica del deposito del verbale, in quanto si presume sia già a conoscenza del medesimo. Si rientra, pertanto, nella previsione dettata dall'art. 366 comma 1 c.p.p. Lo chiarisce, tra gli altri, G. SALVI, *Commento all'art. 366 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, coordinato da M. Chiavario, Torino, Utet, 1990, p. 251.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso anche S. RENZETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹¹⁾ Come noto, le nullità relative sono ravvisabili soltanto in presenza di una disposizione specifica che non appaia riconducibile ai casi delle nullità generali, previsti dall'art. 178 c.p.p. Sul punto, per tutti, G.P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 284 s.

⁽⁹²⁾ Sulle medesime posizioni, M. BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore*, cit., p. 1011; D. POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicabilità dell'art. 366 c.p.p.*, cit., p. 2554; S. RENZETTI, *op. loc. ult. cit.*

processuale, prevista come obbligatoria per legge.

Una tale ricostruzione del diritto di assistenza non persuade; troppo angusti i limiti nei quali si tenta di ingabbiarla. Da sempre, la letteratura ricomprende in questa estrinsecazione del principio di difesa tutte le attività compiute dal difensore per far valere diritti ed interessi del suo assistito ⁽⁹³⁾. In tale ottica, si è affermato che «ogni difetto del contraddittorio cade sotto questa figura» ⁽⁹⁴⁾.

Non potrà negarsi che la funzione dell'art. 366 c.p.p. sia proprio quella di instaurare «un contraddittorio imperfetto a due» ⁽⁹⁵⁾, attraverso il quale si pone il difensore in grado di apprendere dalla lettura del materiale dell'accusa in quale senso sviluppare la strategia difensiva. Non è dunque sulla mancata presenza all'esecuzione dell'atto che bisogna ragionare, quanto piuttosto sulle conseguenze negative che subisce una difesa ignara dell'avvenuto deposito degli atti presso la segreteria del pubblico ministero ⁽⁹⁶⁾.

Il *vulnus* alle guarentigie difensive appare evidente. La tesi della nullità a regime intermedio, pur essendo quella meno battuta dalla giurisprudenza, rimane, dunque, l'unica via percorribile ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ In tal senso, V. CAVALLARI, *Commento all'art. 178 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, coordinato da M. Chiavario, Utet, Padova, 1990, p. 307; G. VOENA, *Atti*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 2008, p. 285.

Si noti, peraltro, che, sotto la vigenza del codice abrogato, il regime delle nullità era stato esteso finanche agli atti propedeutici e funzionalmente orientati a far valere le prerogative della difesa. Cfr. R.E. KOSTORIS, *La rappresentanza dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 361.

⁽⁹⁴⁾ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 1085.

⁽⁹⁵⁾ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 887.

⁽⁹⁶⁾ Nello stesso senso, M. BORDIERI, *op. cit.*, p. 1011.

⁽⁹⁷⁾ Così anche, M. BORDIERI, *op. cit.*, p. 1012; D. POTETTI, *op. loc. ult. cit.*; S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1070; F. VIGGIANO, *Omessi avvisi in tema di sequestri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 303.

La tesi della nullità a regime intermedio è sostenuta anche da D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 134.

8) (Segue): c) effetti della declaratoria di nullità per violazione dell'art. 366 c.p.p.

L'omesso deposito del verbale, ovvero l'omesso avviso del deposito stesso, costituiscono un aperto caso di mancata *discovery* di un atto del procedimento che appare senz'altro idonea a generare un'inevitabile e forse irrecuperabile *deminutio* nel potere di organizzare una tempestiva ed efficace strategia difensiva.

Il rimedio, lo si è visto, è una declaratoria di nullità. Ma quale atto è destinato a subire le conseguenze del vizio?

Di norma, quando la prova è acquisita in violazione del diritto di difesa, il suo apporto conoscitivo viene espunto dal fascicolo del giudice. Così accade, ad esempio, nel caso in cui l'accertamento non sia preceduto dall'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore. Ma è ipotizzabile il medesimo rimedio, anche quando la lesione delle garanzie difensive sia successiva all'acquisizione del dato probatorio e si risolva nel mancato accesso alla prova stessa ⁽⁹⁸⁾?

Un tentativo di fornire risposta al problema non può prescindere da un'analisi delle soluzioni prospettate nella giurisprudenza e nella letteratura.

Occorre partire da quel minoritario indirizzo che, nell'accogliere la tesi della nullità a regime intermedio, pare riferire il vizio al verbale di accertamento, dal quale sembra ricavare l'inutilizzabilità della prova ⁽⁹⁹⁾. A conseguenze del tutto simili è pervenuta anche quella letteratura secondo la quale, una volta accertata la violazione del diritto di difesa e l'assenza di cause di sanatoria, l'atto su cui si abbatterebbero le conseguenze del vizio sarebbe

⁽⁹⁸⁾ In questi termini, A. CAMON, *Nullità probatorie, omesso deposito di atti d'indagine e principio di non regressione*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 765.

⁽⁹⁹⁾ Questo è quanto si deduce dalla massima di Cass. pen., 28 gennaio 1994, Baglio, cit., p. 2208, con commento di E. DI PALMA, di cui non è stato possibile rinvenire la motivazione. Il caso sottoposto ai giudici in quella sede riguardava un verbale di sequestro, le cui risultanze erano state determinanti per consentire l'emissione di una misura cautelare di tipo personale. L'omesso deposito di detto verbale, secondo i giudici, genererebbe una nullità generale a regime intermedio i cui effetti invalidanti si ripercuoterebbero «sul procedimento di convalida, ma non su quello riguardante l'emissione di misura cautelare personale e il connesso riesame».

La tesi della nullità di *tertium genus* è stata accolta anche dalla giurisprudenza di merito; resta però senza soluzione la scelta dell'atto che dovrebbe subire le conseguenze del vizio. Cfr. Trib. Bologna, G.i.p./G.u.p. 25 novembre 2009, cit.

proprio l'esito conoscitivo dell'*alcoltest* ⁽¹⁰⁰⁾. Il verbale di accertamento resterebbe, anche secondo questa tesi, inutilizzabile.

Così poste, tali affermazioni non appaiono condivisibili a chi scrive.

Come noto, l'effetto caducante delle nullità non retroagisce ⁽¹⁰¹⁾; esso riguarda *in primis* l'atto dichiarato nullo ed, in secondo luogo, ove siano ravvisabili, gli atti a questo «consecutivi» ⁽¹⁰²⁾. Nel caso che si esamina, però, è compito arduo individuare l'atto direttamente colpito dalla nullità: il vizio nasce dall'inottemperanza ad un obbligo di *discovery* che non si risolve, a ben guardare, in nessun atto del procedimento. Se si accoglie la tesi per cui la *discovery* prevista dall'art. 366 c.p.p. «garantisce un'attività distinta e cronologicamente successiva rispetto a quella rappresentata nei verbali da depositare» ⁽¹⁰³⁾, allora far ricadere il vizio sul verbale di prova redatto in un momento precedente potrebbe esser visto come effetto retroattivo del vizio.

La ricerca dell'atto destinato a subire le conseguenze invalidanti del vizio non sembra trarre beneficio neppure dal riferimento alla distinzione tra «atti propulsivi del procedimento» ed «atti di acquisizione probatoria» ⁽¹⁰⁴⁾, secondo cui soltanto per i primi la nullità dell'atto a monte comporta il propagarsi del vizio a quelli a valle, che andranno rinnovati a partire dal momento in cui si è verificata la causa invalidante. Perché tale distinzione sia fruibile, infatti, è necessario che l'interprete conosca già ciò che qui è oggetto di ricerca: l'atto colpito da nullità. Nel caso che ci occupa, però, anche a voler individuare come invalido l'atto di deposito – quando presente –, esso non sembra comunque rientrare in nessuna delle due categorie sopra richiamate.

Anche ipotizzandolo come prodromico ad atti successivi, sui quali far ricadere il vizio, la ricerca approda comunque a risultati sterili. Alla contratta

⁽¹⁰⁰⁾ M. BORDIERI, *op. cit.*, p. 1012.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda, *ex multis*, P. DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 285.

⁽¹⁰²⁾ Sul concetto di atti «consecutivi» *ex art.* 189 c.p.p. si rinvia, tra gli altri, ad A. GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 934 s.; G. P. VOENA, *Atti, cit.*, p. 290 s.

⁽¹⁰³⁾ F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 304.

⁽¹⁰⁴⁾ Così, F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 253; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui, ivi*, 1961, p. 694.

fase d'indagine che caratterizza il procedimento volto ad accertare i reati stradali in discorso segue, nella quasi totalità dei casi, la domanda di emissione del decreto penale di condanna ovvero, quando si percorrano le vie ordinarie, la richiesta di rinvio a giudizio. Pare quanto mai arduo ravvisare una dipendenza funzionale di questi atti dalla procedura di deposito prevista dall'art. 366 c.p.p. La *discovery*, infatti, non ha effetti propulsivi, né appare preordinata a preparare la difesa ad uno specifico atto; essa si pone come obiettivo quello di consentire l'esercizio del diritto di prendere visione dell'atto ed estrarne copia ⁽¹⁰⁵⁾.

Ritenere la violazione dell'art. 366 c.p.p. priva di conseguenze «per mancanza dell'atto garantito» ⁽¹⁰⁶⁾, tuttavia, suscita nell'interprete un'invincibile repulsione; sarebbe «un risultato inaccettabile» ⁽¹⁰⁷⁾. Gli sforzi ermeneutici sinora compiuti per superarla, tuttavia, non ci sembrano risolutivi.

Si è sostenuto che la perdita di *chance* difensive ⁽¹⁰⁸⁾ derivante dalla mancata conoscenza del deposito del verbale si porterebbe dietro conseguenze tali da poter riparare al pregiudizio solo considerando invalida tutta la catena di atti successivi alla violazione dell'art. 366 c.p.p., con regressione del procedimento al momento in cui si è verificata la violazione del diritto di difesa ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 303. Nello stesso senso anche F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 570, secondo cui «[i]l deposito del verbale ha una funzione diversa a seconda che il difensore fosse o meno presente all'atto investigativo: nel primo caso, permette all'avvocato di verificare la correttezza della documentazione e di conservarne copia; nel secondo, gli consente di apprendere *ex post* contenuti ed esiti dell'attività investigativa svolta».

⁽¹⁰⁶⁾ F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 306.

⁽¹⁰⁷⁾ S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1073.

⁽¹⁰⁸⁾ Un'immediata conoscenza del contenuto del verbale, infatti, consentirebbe alla difesa di svolgere alcune controverifiche il cui buon esito è intimamente legato alla tempestività con cui si agisca. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di far sottoporre il conducente ad accertamenti urgenti che dimostrino eventuali cause alternative del superamento della soglia massima di alcol nel sangue (in tal senso anche S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1071, nt. 47) ovvero alla raccolta di dichiarazioni di persone informate dei fatti, che potrebbero essere prodotte dalla difesa prima dell'instaurazione del rito monitorio.

⁽¹⁰⁹⁾ In questi termini, S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1073.

La soluzione proposta dall'autrice riecheggia le conclusioni cui era pervenuto A. CAMON, *op. cit.*, p. 796, con riguardo all'omesso deposito di verbali di intercettazioni presso la segreteria del pubblico ministero, così come vorrebbe invece l'art. 268 comma 4 c.p.p. In quel caso, tuttavia, la gravità della violazione alle garanzie difensive era fondata sul fatto che di tali verbali non v'era traccia neppure nel fascicolo delle indagini preliminari. Se, infatti, la lacuna fosse stata colmata mediante una reintegrazione dei diritti della difesa – seppur tardiva – con

Il tentativo è apprezzabile ma presta il fianco a critiche. Sostenere che la nullità in discorso sia capace di invalidare il successivo *iter* procedimentale stride con la logica della derivazione causale: il contagio agli atti successivi non può prescindere da un rapporto di dipendenza logico-giuridica di questi ultimi dalla causa invalidante.

Neppure i risvolti pratici di tale soluzione appaiono del tutto soddisfacenti. Anche qualora la nullità tempestivamente eccepita invalidasse l'atto con cui viene esercitata l'azione penale, facendo regredire il procedimento, non potrebbe dirsi reintegrato il diritto della difesa di conoscere il contenuto del verbale al fine di esercitare le proprie prerogative. Alcune attività d'indagine difensiva saranno inevitabilmente precluse dal trascorrere del tempo che porta alla dispersione delle tracce ⁽¹¹⁰⁾. Rimarrebbe in ogni caso frustrato lo scopo perseguito dall'art. 366 c.p.p., volto a porre la difesa nella condizione di agire in tempi rapidi.

La seconda soluzione proposta adduce argomenti più suggestivi. Si è tentato di ravvisare un'inutilizzabilità del verbale di accertamento *ex art.* 354 c.p.p., come conseguenza della nullità generale intermedia data dalla violazione del diritto di difesa ⁽¹¹¹⁾. Lo spunto giunge da una recente pronuncia a Sezioni Unite ⁽¹¹²⁾, intervenuta ad illuminare il contrasto interpretativo sorto in seguito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 268 comma 4 c.p.p. ⁽¹¹³⁾, nella parte in cui non prevede il diritto del difensore di ottenere copia integrale delle registrazioni di intercettazioni i cui brogliacci siano posti a fondamento dell'ordinanza che applica una misura cautelare prima del deposito previsto dal suddetto comma 4. Posto che la violazione di tale diritto comporta

successivo deposito degli atti nel fascicolo del pubblico ministero, secondo l'autore non sarebbe stato applicabile l'art. 185 comma 4 c.p.p. Tuttalpiù, il pubblico ministero sarebbe stato passibile di sanzione disciplinare.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. nt. 108.

⁽¹¹¹⁾ La tesi è sempre di S. RENZETTI, *op. cit.*, p. 1073 s.

⁽¹¹²⁾ Cass. pen., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Cass. pen.*, 2011, p. 461, con nota di L. MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni Unite non sciogliono tutti i dubbi.*

⁽¹¹³⁾ Ci si riferisce a Corte cost., sent. 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3761 s., con nota di G. ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia.*

una compressione del diritto all'assistenza difensiva, i giudici di legittimità hanno individuato in tale causa invalidante i tratti della nullità a regime intermedio ⁽¹¹⁴⁾. Secondo il Supremo collegio, il vizio si ripercuote sul materiale conoscitivo, inficiando l'utilizzabilità delle intercettazioni al fine dell'applicazione della misura cautelare. Tuttavia, al di fuori della nicchia processuale costituita dall'incidente cautelare, la prova resta valida.

È proprio da quest'ultima precisazione che nascono alcune perplessità. Una trasposizione del principio enucleato dal Supremo collegio al di fuori del sistema delle cautele sembra azzardata: essa pretenderebbe, attraverso un ragionamento di tipo induttivo, di applicare all'*iter* procedimentale principale soluzioni create *ad hoc* per il particolarissimo mondo delle cautele ⁽¹¹⁵⁾.

Il problema rischia di restare senza soluzione. Per uscire dall'*impasse* occorre uno sforzo interpretativo. Scartate le prime due soluzioni, ovvero quella per cui l'art. 366 c.p.p. è norma scritta sull'acqua ⁽¹¹⁶⁾, destinata a restare priva di conseguenze processuali e quella che vuole nulli tutti gli atti d'indagine conseguenti alla causa invalidante ⁽¹¹⁷⁾, resta una terza via.

Rompe gli schemi tradizionali, eppure la lettura che si propone ci appare

⁽¹¹⁴⁾ Nel senso della risoluzione del contrasto interpretativo mediante individuazione di una nullità di *tertium genus* si era già espresso, prima dell'intervento del Supremo collegio, M. SIMONATO, *Violazione del diritto ad ottenere copia delle registrazioni delle comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare: quali conseguenze?*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1650, secondo il quale il vizio si dovrebbe propagare a tutti gli atti successivi alla causa invalidante.

⁽¹¹⁵⁾ Si riferisce al sistema delle misure cautelari come ad un «vero e proprio sottosistema normativo» V. GREVI, *Misure cautelari*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 387.

⁽¹¹⁶⁾ In questo senso, F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 307. Nello stesso senso, con riferimento alle conseguenze processuali dell'omesso avviso di deposito (ovvero omesso deposito) delle intercettazioni *ex art. 268 comma 4 c.p.p.*, cfr. M. CIAPPI, *Questioni in tema di deposito delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 584, secondo cui la norma avrebbe «il senso di una nullità solo "virtuale" [poiché] pur potendo ridurre – di fatto – le potenzialità investigative della difesa, con l'impedire l'accesso a talune conoscenze, l'omesso deposito non spiega effetti né su uno specifico atto d'indagine o (*rectius*) di acquisizione probatoria, né sulla fase procedimentale in cui avrebbe dovuto collocarsi, né, infine, sull'atto che tale fase viene a concludere».

⁽¹¹⁷⁾ Già si è detto circa l'incompatibilità di questa soluzione con il principio di derivazione delle nullità. Si aggiunge, qui, una notazione pratica: nel caso dei controlli dell'ebbrezza e dell'alterazione da droghe, l'indagine si risolve quasi sempre in un atto unico, consistente nell'analisi dell'aria espirata o del fluido biologico. Pertanto, far ricadere sugli atti successivi le conseguenze invalidanti si risolverebbe, alla resa dei conti, in un nulla di fatto.

l'unico strumento idoneo a riempire di significato la disciplina dettata dall'art. 366 c.p.p. Presupposto di questa tesi è un inquadramento del deposito dei verbali come ultimo tassello del procedimento di formazione della prova.

Se manca una definizione normativa di quella serie di «operazion[i], più o meno compless[e], con cui la prova è formata o introdotta nel processo»⁽¹¹⁸⁾, nulla vieta di ritenere che la “genesì della prova” non si esaurisca con la redazione del verbale, ma conosca limiti più estesi, che giungono a comprendere anche la procedura di deposito del medesimo.

Come noto, la sede naturale per la nascita della prova è quella dibattimentale; qui il dato probatorio è plasmato nel contraddittorio tra le parti⁽¹¹⁹⁾. Eccezionalmente⁽¹²⁰⁾ l'assunzione può avvenire nella fase delle indagini, ove è più frequente che l'urgenza e l'irripetibilità dell'atto giustificino menomazioni al principio del contraddittorio⁽¹²¹⁾. Non stupisce che, in questi casi, il legislatore risarcisca la difesa della mancata presenza all'atto – ovvero della mancata previa conoscenza del medesimo – con uno strumento che consente un contraddittorio posticipato. Specularmente all'acquisizione delle prove nel dibattimento, ove il contraddittorio si attua in concomitanza dell'assunzione della prova stessa, qui il controllo della difesa sull'operato degli organi inquirenti si colloca nella fase immediatamente successiva all'apprensione del dato. Se si attendesse il dibattimento, infatti, la concessione delle garanzie giungerebbe tardiva.

L'attuazione di tali guarentigie, dunque, ben può essere letta come un tassello del procedimento di formazione della prova. Non è casuale, peraltro, la sensibilità mostrata dal legislatore nei confronti dell'esigenza di intervenire in tempi rapidi – deposito del verbale entro tre giorni; termine di cinque giorni per prendere visione ed estrarre copia degli atti – che consentano alla difesa di

⁽¹¹⁸⁾ Così, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 53.

⁽¹¹⁹⁾ Sul principio del contraddittorio nella formazione della prova, per tutti, P. FERRUA, *Il giusto processo*, 2^a ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 94 s.

⁽¹²⁰⁾ Nel caso che ci interessa tale eccezione, tuttavia, rappresenta la regola.

⁽¹²¹⁾ L'eccezione al principio sancito dall'art. 111 comma 4 Cost. è prevista dal comma successivo, ove si stabilisce la derogabilità al contraddittorio nella formazione della prova, tra l'altro, per «accertata impossibilità di natura oggettiva».

interloquire fruttuosamente sul dato probatorio acquisito.

Qualora si accolgano queste premesse, la nullità generata dalla violazione del diritto di difesa non cadrà nel vuoto: essa insisterà su un segmento del procedimento di acquisizione della prova, giungendo a viziare l'esito probatorio stesso. Le conseguenze dell'invalidità ricadranno sul verbale di accertamenti urgenti di polizia, che risulterà inutilizzabile ai fini della decisione.

9) Il prelievo di sangue in ambito ospedaliero: normativa, prassi deviante, correttivi giurisprudenziali

Al verificarsi di un incidente in ragione del quale i conducenti dei veicoli coinvolti riportino lesioni tali da richiedere cure mediche ⁽¹²²⁾, il codice della strada detta modalità di verifica dei reati in parola che differiscono dal canale di accertamento sin'ora esaminato. Si tratta di una disciplina – quella dettata dagli artt. 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s. – che intende conciliare le esigenze dell'indagine con quelle sanitarie. Il risultato, però, è una norma dai contorni nebulosi, che lascia aperte diverse interpretazioni, alcune delle quali in odore di illegittimità costituzionale.

Nei casi indicati, la verifica del tasso alcolemico e della presenza di sostanze droganti nell'organismo dev'essere eseguita dal personale della struttura sanitaria, su richiesta degli organi di polizia stradale. Quest'ultima provvede, poi, a farsi consegnare la relativa certificazione, riportante anche la prognosi delle eventuali lesioni accertate, nel rispetto della riservatezza del paziente.

Secondo i protocolli operativi del 25 febbraio 2005, adottati dal

⁽¹²²⁾ Appare evidente la necessaria coesistenza di entrambi i presupposti individuati dalla norma: il verificarsi di un incidente stradale, da un lato, e l'esigenza di sottoporre il guidatore a cure mediche, dall'altro. Nei confronti del conducente del veicolo coinvolto in un sinistro stradale, il quale non abbisogni di medicazioni – si pensi al caso di un lieve tamponamento, in seguito al quale il guidatore non riporti lesioni né traumi di alcun genere – continuano a valere le disposizioni precedenti. Considerata acquisita la notizia di reato, si procederà a verifica dell'eventuale stato di alterazione mediante le procedure ordinarie dell'esame etilometrico e degli accertamenti *ex art. 187 comma 2-bis e 3 c.d.s.*

Ministero dell'Interno, della Salute e delle Infrastrutture e dei Trasporti ⁽¹²³⁾, gli accertamenti *ex artt.* 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s. sono svolti dai sanitari del nosocomio presso il quale il conducente è ricoverato, avvalendosi di dispositivi in grado di misurare la concentrazione di alcol nell'aria espirata e di mezzi che rilevano le droghe nei fluidi biologici. Si tratta, all'evidenza, delle stesse metodologie di accertamento disciplinate dagli artt. 186 comma 4 e 187 comma 3 c.d.s.

Quando, invece, non sia possibile utilizzare detti congegni ⁽¹²⁴⁾, si prevede che l'esame sia effettuato, previo consenso del paziente, su un campione di sangue mediante analisi immunochimiche e cromatografiche regolamentate da protocolli operativi medico-legali ⁽¹²⁵⁾. Il certificato riportante gli esiti dell'indagine sarà trasmesso dall'ospedale alla polizia che ne abbia fatto richiesta ⁽¹²⁶⁾.

Già dalla lettura di queste indicazioni, secondo cui il conducente può vedersi privato della facoltà di effettuare il c.d. *test* del respiro per ragioni strettamente logistiche (assenza di un etilometro presso la struttura sanitaria), sorgono alcune considerazioni. L'eventualità che il guidatore subisca un prelievo ematico in luogo di un esame meno invasivo ⁽¹²⁷⁾, quale è quello

⁽¹²³⁾ Si tratta del «Protocollo operativo per gli accertamenti richiesti ai sensi del comma 5 dell'art. 186 del dl.vo 30.4.1992 n. 285 e successive modificazioni sui conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti a cure mediche presso le strutture sanitarie di base ovvero presso quelle accreditate o comunque equiparate» e del «Protocollo operativo per gli accertamenti richiesti dall'art. 187 del d lgs. 30 aprile 1992 n. 285 e successive modificazioni sui conducenti che si presume siano in stato di alterazione psico-fisica conseguente all'uso di sostanze stupefacenti e/o psicotrope».

⁽¹²⁴⁾ Ad esempio, perché la struttura sanitaria non è dotata della strumentazione adeguata, in particolare di un etilometro.

⁽¹²⁵⁾ Sulla necessità di eseguire l'analisi in questione nel rispetto dei protocolli operativi, si veda Trib. Savona, 2 aprile 2009, cit., secondo cui la elevata probabilità che i *test* eseguiti in via di *screening* rapido sui campioni prelevati sfoci in un "falso positivo" comporta la necessità di conservare i campioni al fine di poter ripetere gli esami di laboratorio e confermare la prima valutazione.

⁽¹²⁶⁾ Non si condividono le conclusioni raggiunte da C. LAZZARI, *La guida in stato di ebbrezza tra modalità di accertamento del tasso alcol emico e il reato di omissione di referto ai sensi dell'art. 365 c.p.*, in *Rass. giur. umbra*, 2003, p. 223, secondo cui la comunicazione dell'esito delle analisi costituirebbe una modalità di acquisizione della notizia di reato, sotto la veste di referto medico-sanitario. Come si è detto *supra*, infatti, l'acquisizione della *notitia criminis* non può collocarsi in un momento tanto avanzato dell'accertamento, tale da frustrare qualsivoglia tutela del diritto di difesa. Si veda, *retro*, § 4.

⁽¹²⁷⁾ La natura di "atto invasivo" attribuita al prelievo di sangue appare indiscussa sin

etilometrico, crea nei fatti una inaccettabile disparità trattamentale tra chi sia sottoposto ai controlli su strada e chi, invece, necessiti di cure ospedaliere. Sarebbe preferibile che, esclusi i casi in cui l'impossibilità di procedere all'*alcoltest* sia imputabile proprio allo stato del paziente ⁽¹²⁸⁾, quest'ultimo fosse posto sempre nella condizione di scegliere quale controllo subire.

Le tematiche legate all'acquisizione del certificato medico non si esauriscono qui. Preoccupa soprattutto l'utilizzo distorto che si fa di queste norme, adoperate per svolgere accertamenti "a tappeto" su pressoché tutti i conducenti di veicoli coinvolti in incidenti stradali. Per comprendere la portata del tema, occorrono alcune brevi premesse.

Come noto, il conducente ricoverato presso una struttura sanitaria ha diritto di essere edotto del trattamento diagnostico-terapeutico al quale s'intenda sottoporlo, onde prestare il c.d. consenso informato ⁽¹²⁹⁾. Ma neppure sotto il profilo più strettamente connesso all'indagine in discorso sembra di poter prescindere dal consenso del paziente quando il prelievo di campioni biologici sia finalizzato ad eseguire esami di laboratorio per scopi d'indagine. Va da sé che un eventuale rifiuto all'atto non resterebbe privo di sanzione: gli accertamenti svolti dal personale sanitario dell'ospedale presso cui il guidatore sia ricoverato rientrano fra le condotte punite dagli artt. 186 comma 7 c.d.s. e 187 comma 8 c.d.s. Tuttavia, l'informazione circa le finalità dell'atto e l'acquisizione del consenso al medesimo sembrano imprescindibili presupposti logici per l'esercizio da parte del conducente del suo (seppur limitato) diritto di autodeterminarsi. Ne costituisce riprova il fatto che, come per la prova acquisita "su strada", anche qui non sembra di potersi prescindere dal generale avvertimento *ex art. 114 disp. att. c.p.p.*

Non sempre, tuttavia, le cose vanno in questo modo.

Mentre in alcuni casi sono le condizioni stesse del guidatore a non

dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2142 s.

⁽¹²⁸⁾ Viene alla mente il caso in cui il paziente versi in uno stato di incoscienza provocato dalle gravi lesioni riportate in seguito all'incidente stradale.

⁽¹²⁹⁾ Lo impongono le norme contenute nel capo IV (artt. 30-35) del Codice deontologico medico del 1998. L'unica deroga prevista all'obbligo di ottenere il consenso informato del paziente è prevista per quelle situazioni d'urgenza e che comportino un pericolo per la vita del paziente stesso.

consentire materialmente che costui sia edotto delle conseguenze dell'atto, né che vi presti il consenso ⁽¹³⁰⁾, anche al di fuori di queste situazioni si registra una generale e criticabile tendenza a non informarlo dei possibili utilizzi in sede giudiziaria dell'analisi cui viene sottoposto, o addirittura a non acquisirne neppure il benessere al prelievo ⁽¹³¹⁾. Se da un punto di vista deontologico un simile comportamento non pare scusabile, sotto il profilo giuridico ciò sembra consentito dall'assenza di un obbligo espresso di comunicare al conducente ricoverato la mera obbligatorietà dell'accertamento.

La disparità di trattamento tra il guidatore fermato nell'ambito dei routinari controlli della circolazione stradale – e che, dunque, non abbisogna di cure mediche – e quello coinvolto in un sinistro e poi ricoverato appare, ancora una volta, evidente. Mentre il primo, invitato a sottoporsi all'esame etilometrico o agli *screening* tossicologici, non può non comprendere lo scopo di quegli accertamenti, il secondo dovrebbe essere sempre informato della finalità d'indagine cui mira la raccolta del campione.

Solo in tal modo egli sarebbe in grado di rifiutare scientemente l'analisi del sangue e pretendere, ad esempio, di eseguire la “prova del respiro”. Viceversa, in assenza dell'avvertimento, l'atto sembra risolversi in un'indebita intrusione nella sfera corporale dell'individuo. Ne deriva un sostanziale aggiramento del disposto dell'art. 13 Cost., secondo cui le limitazioni della libertà personale sono coperte da riserva di legge, oltre che di giurisdizione.

Se si pretendesse, poi, di fondare una simile costrizione della libertà personale sulla regola contenuta negli artt. 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s., essa non parrebbe rispettosa delle pretese costituzionali. Innanzitutto, manca una chiara indicazione legislativa delle modalità di esecuzione del prelievo ⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. nt. 129.

⁽¹³¹⁾ Denuncia con toni aspri tale prassi M. BARNI, *Il dosaggio alcoolemico è possibile anche senza il consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 670 s., secondo il quale «sta passando, in tema di riscontro del tasso alcoolemico dei conducenti di autoveicoli sorpresi in stato di sospetta ebbrezza, un principio quanto meno sconcertante per la tradizionale sensibilità medica e per la cultura medico-legale in particolare: che cioè l'esame alcolimetrico può essere legittimamente effettuato su semplice richiesta della Polizia Giudiziaria anche prescindendo dal consenso specifico del conducente malcapitato in un ospedale, ferito e stordito al seguito di incidente stradale ed evidentemente non sottoposto alla analisi dell'aria espirata».

⁽¹³²⁾ Non sembra sufficiente l'indicazione che vuole assicurato il rispetto della

A ciò, poi, si aggiunge che la norma non contempla in alcun modo un intervento del giudice, atto a disporre *ex ante* o convalidare *ex post* l'atto che costringe l'*habeas corpus*.

Neppure nelle disposizioni del codice di procedura penale si ravvisa una disciplina idonea a giustificare le operazioni sopra descritte. Trattandosi di prelievo di sangue, si potrebbe pensare alla normativa di nuovo conio introdotta in tema di perizia biologica ⁽¹³³⁾, ma già ad un rapido sguardo ci si accorge che le indagini sull'ebbrezza e sull'alterazione da droghe non possono in alcun modo essere ricondotte all'art. 224-*bis* c.p.p. Lo impediscono numerosi ostacoli.

Innanzitutto, i reati contravvenzionali della guida in stato di ebbrezza o di alterazione da droghe non rientrano tra i casi per cui è consentita l'invasione della sfera corporale del soggetto ⁽¹³⁴⁾. Peraltro, nessuna delle norme in questione parrebbe comunque idonea a soddisfare le esigenze di celerità ed urgenza che connotano gli accertamenti stradali: l'art. 224-*bis* c.p.p. si colloca in una fase ancora solo eventuale – il dibattimento –, nella quale sarebbe evidentemente tardivo un controllo sul conducente che si assumeva ebro o alterato al momento della guida.

Nemmeno l'atto omologo a quello della c.d. perizia biologica, l'art. 359-*bis* comma 2 c.p.p., è idoneo a soddisfare le esigenze del caso: si prevede che, nei casi d'urgenza, il magistrato inquirente possa disporre il prelievo con un decreto motivato i cui contenuti sono disciplinati dall'art. 224-*bis* comma 2

riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge, peraltro riferita al rilascio del certificato medico e non del momento esecutivo del prelievo stesso. Occorrerebbero disposizioni che, al pari di quelle dettate dall'art. 224-*bis* commi 4 e 5 c.p.p. per i prelievi biologici nell'ambito peritale, tutelassero beni quali l'integrità fisica, la salute, la dignità o il pudore.

⁽¹³³⁾ Ci si riferisce agli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., inseriti nel codice di rito dalla legge 30 giugno 2009, n. 85, attuativa del Trattato di Prüm, i quali giungono infine a regolamentare un tema sul quale per oltre un decennio si era invocata la parola del legislatore. Si tratta di quegli accertamenti capaci di incidere sull'integrità fisica della persona, sui quali era scesa la scure della Consulta nella ormai lontana sentenza n. 238/1996, in *Giur. cost.* 1996, p. 2142 s. (sentenza con la quale, come noto, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 224 comma 2 c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice, nel dettare le modalità di espletamento della perizia, di ordinare che il periziando subisse, anche coattivamente, accertamenti invasivi della sfera corporale). Per riferimenti bibliografici, si veda nt. 53.

⁽¹³⁴⁾ La norma è applicabile soltanto nelle indagini relative a delitti non colposi per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli «altri casi *espressamente* previsti dalla legge» (il corsivo è dell'autrice).

c.p.p. Ma la predisposizione di un atto che contenga l'ordine del pubblico ministero è attività temporalmente incompatibile con l'immediatezza dell'accertamento in questione; attenderlo rischierebbe di compromettere irrimediabilmente il buon esito della ricerca. Unico rimedio ipotizzabile – in prospettiva *de jure condendo* – sarebbe prevedere un caso speciale di autorizzazione telefonica alla polizia, già contemplato in alcune disposizioni in materia di perquisizioni ⁽¹³⁵⁾.

Neppure l'art. 349 comma 2-*bis* c.p.p., infine, appare invocabile. La finalità identificativa di questa norma, infatti, deve considerarsi rafforzata dopo l'introduzione delle succitate disposizioni volte all'individuazione dell'autore del fatto ⁽¹³⁶⁾ e dunque anche questa disposizione esula dal contesto in cui servirebbe applicarla.

Alla luce di questi rilievi, non sembra potersi esimere dal rilevare che gli artt. 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s., nella parte in cui non prevedono espressamente che il conducente ricoverato presso la struttura ospedaliera venga edotto della facoltà di rifiutare il prelievo ematico, quando questo sia svolto per finalità d'indagine, sono potenzialmente lesivi dell'art. 13 Cost.

Per ovviare a simili conseguenze, la giurisprudenza di legittimità si è sforzata di fornire una lettura della norma compatibile con le disposizioni costituzionali. Il principio di diritto che ne è emerso, tuttavia, suscita non poche perplessità.

Si afferma che soltanto il prelievo di sangue effettuato secondo i protocolli medici di pronto soccorso durante il ricovero presso una struttura ospedaliera ed a fini terapeutici offrirebbe un campione le cui analisi sarebbero correttamente utilizzabili in giudizio: ai fini dell'acquisizione della prova, resta irrilevante la mancanza di un esplicito consenso informato all'atto da parte del paziente ⁽¹³⁷⁾. Viceversa, sarebbe sempre inutilizzabile l'esito del prelievo

⁽¹³⁵⁾ Si pensa, ad esempio, all'art. 103 della legge n. 309 del 1990.

⁽¹³⁶⁾ Per una ricostruzione di quella disciplina, si vedano, tra gli altri, F. DE LEO, *Terrorismo: le "scappatoie" per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 37, p. 11; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti e L. Lupària, Giuffrè, Milano, 2010, p. 276.

⁽¹³⁷⁾ Particolarmente prolifica la giurisprudenza in materia. Si vedano, *ex pluribus*,

svolto dal personale sanitario su espressa richiesta degli operatori di polizia stradale ⁽¹³⁸⁾. In questo caso, infatti, si realizza una lesione dell'integrità personale non giustificata dal dettato normativo né da un provvedimento del giudice. Il *vulnus* arrecato al bene giuridico supremo tutelato dall'art. 13 Cost. genera un'inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p.

La questione è decisamente più articolata di quanto appaia *prima facie*. Si rende opportuno esaminare le diverse situazioni che possono manifestarsi.

Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38787, in *De Jure*; Cass. pen., sez. IV, 29 aprile 2011, n. 23311, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2011, n. 22319, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, Boraco, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2010, p. 538; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2008, Ahmetovic, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242834; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2008, Esposito, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242769; Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2007, Saltari, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237780; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, P.M. in proc. Campagnutta, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2007, p. 378; Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 2006, Nassiri, in *Riv. pen.*, 2007, p. 561; Cass. pen., sez. IV, 13 maggio 2005, P.M. in proc. Romano, in *Guida al dir.*, 2005, n. 31, p. 70; Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 2005, P.M. in proc. Vit., in *Guida al dir.*, 2005, p. 40, p. 83; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2004, n. 4862, in *Cass. pen.*, 2006, p. 209; Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 2004, n. 7639, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 669 s.; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2003, Triolo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 229596; Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2003, Carloni, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 226257; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 1998, P.G. in proc. Bertuzzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 221.

Anche nella giurisprudenza di merito si è fatta ampia applicazione del principio enucleato dai giudici del Palazzaccio. Si vedano C. App. Trieste, sez. I, 14 luglio 2011, Mi.Ly., in *Massima redazionale*, 2011; Trib. Lodi, 31 marzo 2010, *ivi*, 2010; Trib. Ariano Irpino, 13 gennaio 2010, in *Rass. Foro arian.*, 2010, p. 152; Trib. Lucera, 18 novembre 2009, in *Red. Giuffrè*; Trib. Milano, 27 maggio 2008, in *Foro ambr.*, 2008, p. 431; Trib. Cesena, 20 novembre 2006, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 378; Giud. di Pace Ancona, 7 aprile 2004, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2004, p. 1027; Giud. di Pace Torino, 6 maggio 2002, Baracchino c. Min. int., *ivi*, 2002, p. 674; Trib. Busto Arsizio, 21 aprile 2000, in *Foro ambr.*, 2000, p. 380; Trib. Treviso, 11 dicembre 1997, Lamberti, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 1998, p. 358 s.

Aderisce all'orientamento della Suprema corte, definendolo «coerente e convincente», C.A. ZAINA, *Guida in stato di ebbrezza e utilizzabilità processuale dei prelievi ematici*, in www.altalex.com.

Isolate le voci contrarie. Cfr. Giud. di Pace Oderzo, 21 novembre 2000, Taloute c. Pref. Treviso, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2001, p. 134, secondo cui «non è previsto il prelievo ematico [quale metodo di accertamento dell'ebbrezza alla guida], costituendo l'esame del sangue un vero e proprio accertamento invasivo, la cui esecuzione coattiva, contrasta con i principi costituzionali violando i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Si veda anche Trib. Monza, 6 maggio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, p. 493, secondo il quale «l'esito delle analisi del sangue che consente di accertare il tasso alcolico di una persona, effettuato secondo modalità invasive della sfera di integrità fisica e di autodeterminazione del soggetto, senza il consenso di quest'ultimo, non è utilizzabile ai fini della decisione sulla sussistenza o meno della contravvenzione di cui all'art. 186 c.d.s., in assenza di elementi esteriori che consentano di affermare che il soggetto alla guida si trovava in stato di ebbrezza».

⁽¹³⁸⁾ Sull'inutilizzabilità derivante da un divieto contenuto in una pronuncia costituzionale (ci si riferisce al divieto di procedere ad accertamenti corporali coattivi, in assenza di un'apposita disciplina, come enucleato dalla citata sent. n. 238 del 1996) si vedano R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 762, nt. 1 e P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, *ivi*, 2005, p. 617.

10) (*Segue*): una casistica che disorienta

Le situazioni di mancanza del consenso al prelievo individuate dalla giurisprudenza sono essenzialmente due. Il primo caso si verifica qualora l'operatore sanitario effettui il prelievo dietro domanda della polizia, senza informare il paziente delle finalità d'indagine. Ed in tal caso il divieto d'uso consegue direttamente all'assenza di un obbligo di comunicare al paziente la facoltà di rifiutare l'atto d'indagine e finisce per incidere sull'art. 13 Cost. Sembrano dunque condivisibili le conclusioni raggiunte dai giudici di legittimità: inutilizzabile la prova formatasi in violazione della libertà personale.

Quando la raccolta di sangue serva per ragioni di accertamento diagnostico-terapeutico ⁽¹³⁹⁾, i meccanismi mutano. L'atto si colloca in una dimensione privatistica che esula dall'indagine penale ⁽¹⁴⁰⁾. La legittimità dell'invasione nella sfera corporale del paziente, pertanto, non va parametrata sulle esigenze di tutela della libertà personale rispetto alle intrusioni dell'autorità, ma risponde alle disposizioni che regolano la materia sanitaria ⁽¹⁴¹⁾.

Tale evenienza, tuttavia, sembra doversi restringere a casi limite, ossia quando non sia consentito procedere secondo le norme del codice della strada. Viene alla mente il caso del conducente ricoverato in condizioni di salute tanto gravi da richiedere, tra l'altro, un'analisi del sangue urgente. In queste circostanze, la celerità con cui si svolge l'operazione di soccorso non consente alla polizia di godere di tempi e spazi necessari per richiedere l'espletamento del prelievo *ex art.* 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s. Le esigenze di tutela

⁽¹³⁹⁾ Mentre in questa sede si illustrano due situazioni peculiari, A. BONOMI, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s.*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1223 s. ne ravvisa tre. Ai casi descritti, si affianca quello che si verifica qualora il prelievo sia effettuato con un duplice scopo: da un lato le ragioni terapeutiche, dall'altro la finalità d'indagine. Secondo l'autore, anche qui la raccolta di sangue sarebbe effettuata in violazione dell'art. 13 Cost. Le ragioni di accertamento penale paiono sufficienti, anche se affiancate a quelle terapeutiche, ad imporre il rispetto delle previsioni contenute nel codice della strada.

⁽¹⁴⁰⁾ Della medesima opinione, la giurisprudenza tedesca esaminata nel cap. I, § 9.

⁽¹⁴¹⁾ Si veda, sul punto, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 2468.

della salute dell'individuo hanno la precedenza su quelle di indagine.

Per finalità terapeutiche, dunque, il medico preleva una provetta di sangue nel rispetto dei protocolli medici di pronto soccorso (¹⁴²). Tale campione – o meglio, ciò che ne resta una volta compiute le indagini diagnostiche in laboratorio – costituisce una *res* suscettibile di apprensione da parte dell'autorità giudiziaria secondo le modalità previste dal codice di rito per il sequestro (¹⁴³). Alle stesse conclusioni – lo si ricorda – era giunta la dottrina tedesca, criticando quell'orientamento giurisprudenziale che aveva ritenuto utilizzabile l'esito di un'analisi di laboratorio svolta su campioni ematici assunti senza il rispetto delle garanzie per il sequestro in ambito medico (¹⁴⁴).

L'acquisizione delle provette di sangue – ovvero del certificato riportante l'esito degli esami di laboratorio che abbiano riguardato proprio la ricerca di alcol e droghe (¹⁴⁵) – segue la disciplina dettata dall'art. 256 c.p.p.

(¹⁴²) Il ricovero di un paziente in seguito ad incidente stradale richiede una prima rapida valutazione del quadro diagnostico, valutazione che dev'essere verificata attraverso esami clinici regolamentati dai c.d. protocolli medici di pronto soccorso (si tratta di indicazioni di massima dettate per le emergenze; tali protocolli sono periodicamente aggiornati e diffusi su scala nazionale. Tuttavia, soltanto le strutture ospedaliere più importanti, solitamente legate ad un polo universitario, sono solite osservarli), che soltanto in specifici casi richiedono la sottoposizione a prelievo di sangue del paziente.

Se si pensa che il paziente abbia riportato un trauma cranico, lo si sottopone ad una TAC; in caso di sospette fratture, si effettua una radiografia. Le analisi del sangue sono invece necessarie, tra l'altro, in caso di emorragia, al fine di verificare la quantità di emoglobina nel sangue, in caso di sospetto arresto cardiaco, ovvero quando si sospettino danni a certi organi.

(¹⁴³) Sulla sequestrabilità del campione di sangue prelevato con finalità diverse da quelle d'indagine, sembrerebbe peraltro applicabile in via analogica quella giurisprudenza di legittimità secondo cui i «materiali che, in precedenza legittimamente prelevati, non fanno più fisicamente parte della “persona” e non richiedono alcun intervento manipolatorio su di essa, o comunque limitativo della sfera di libertà del soggetto» sono sempre passibili di apprensione tramite sequestro (così, Cass. pen., sez. I, 22 giugno 1999, Fata, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3101. Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2003, Carloni, in *Riv. polizia*, 2004, p. 714; *contra* P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 16, secondo cui «resta controversa [...] la diversa ipotesi della perizia su materiale biologico che sia già nella disponibilità di terzi [...]: in proposito residuano perplessità sulla possibilità di sequestrare il materiale sul quale ordinare successivamente un esame peritale»).

(¹⁴⁴) Cfr. cap. I, § 9, segnatamente nt. 126.

(¹⁴⁵) È un'eventualità, questa, che si verifica raramente. Riguarda i casi in cui la ricerca di alcol e droghe nel sangue del paziente sia finalizzata ad escludere ulteriori patologie che presentino sintomi simili (come il torpore o un eccessivo nervosismo) oppure a sincerarsi della possibilità di somministrare determinati farmaci che reagirebbero con determinate sostanze alteranti.

(¹⁴⁶). Il medico chiamato a consegnare la *res* è, infatti, un soggetto titolare di segreto professionale o d'ufficio (¹⁴⁷). Si ritengono applicabili, inoltre, gli artt. 354 comma 2 ult. cpv. e 355 c.p.p. Il contesto entro cui dovrebbe svolgersi l'apprensione delle provette di sangue, infatti, è caratterizzato da una particolare urgenza. In mancanza di un intervento della polizia giudiziaria volto a conservare le tracce del reato – nello specifico le cose pertinenti al reato (¹⁴⁸) – è facile immaginare che il residuo di campione non distrutto durante lo svolgimento delle analisi di laboratorio svolte a fini diagnostici verrebbe rapidamente smaltito dal personale addetto.

La via appena indicata sembra l'unica capace di assicurare il rispetto dell'art. 256 c.p.p., il quale assicura al medico la facoltà di opporre il segreto professionale e rifiutare la consegna dell'oggetto da sequestrare. Quando il guidatore, ricoverato per le lesioni riportate in un sinistro stradale, sia sottoposto a trattamenti sanitari che esulano dall'indagine penale, si instaura tra medico e paziente un rapporto di tipo professionale, nel quale l'autorità non può ingerirsi liberamente. Diversamente opinando, si legittimerebbe una «ricerca incontrollata delle fonti di prova» la quale «rischia di dare luogo ad un sostanziale aggiramento del principio di cui all'art. 200, comma 3, c.p.p. e della disciplina di cui al successivo art. 256 c.p.p.» (¹⁴⁹).

In seguito al sequestro dei campioni, l'analisi di laboratorio sugli stessi

(¹⁴⁶) Sul punto, cfr. F. CEI, *Commento all'art. 187 c.d.s.*, in F.C. Palazzo-C.E. Paliero, *Commento breve alle leggi penali complementari*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2007, p. 757; F. CAPRARO-F. BONIFACIO, *Nuovi risvolti giurisprudenziali sulla guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ.*, 1998, p. 361.

(¹⁴⁷) Il problema si era posto anche nel diritto tedesco, in particolare con riguardo alla necessità di rispettare il § 97 comma 1 *StPO*, che prevede un divieto probatorio espresso in materia di sequestro di materiali detenuti presso medici. Si rinvia ancora una volta al cap. I, § 9.

(¹⁴⁸) Pare a chi scrive di poter inserire il reperto biologico prelevato al guidatore sospettato di aver causato un incidente stradale per via dell'alterazione da alcol o droghe tra le cose pertinenti al reato. La giurisprudenza in materia non sembra ostacolare una simile operazione ermeneutica: ben più ampia, infatti, è la definizione da questa adoperata della terminologia citata. Si veda, *ex pluribus*, Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1996, n. 4421, Patanè, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 206639, secondo cui nella nozione di cosa pertinente al reato rientra «non qualsiasi cosa che ha connessione con il delitto, ma soltanto quella che, pur essendo in rapporto indiretto con il reato, necessariamente concorre con gli altri elementi, alla ricostruzione oggettiva dell'episodio delittuoso ed all'attribuibilità soggettiva di esso».

(¹⁴⁹) Così, P. SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1360.

potrà svolgersi nelle forme dell'art. 359 ovvero 360 c.p.p.

Il primo strumento consente di acquisire elementi di prova in tempi più rapidi, ma è subordinato ad alcune condizioni: l'esame di laboratorio non dovrà consumare tutto il campione, onde consentire la ripetizione del *test* in contraddittorio con la difesa.

Maggiormente idoneo ad assicurare le garanzie difensive è l'istituto degli accertamenti irripetibili del pubblico ministero: pur non essendo rinviabile alla sede dibattimentale per ragioni legate alla completezza delle indagini, l'acquisizione del dato probatorio non appare neppure caratterizzata dalla medesima urgenza che connota gli accertamenti "su strada". Una volta cristallizzato con il prelievo il dato probatorio che qui preme conservare, l'analisi del campione non è indifferibile: non ostano ad un suo rinvio né ragioni di ordine tecnico-scientifico ⁽¹⁵⁰⁾ né esigenze di prevenzione di ulteriori e più gravi pericoli per la sicurezza della circolazione stradale ⁽¹⁵¹⁾.

In alternativa alla strada che passa per l'acquisizione del residuo di sangue prelevato dai medici di pronto-soccorso e la conseguente analisi *ex art.* 360 c.p.p., si potrebbe pensare alla possibilità che la polizia intervenga in tempo per chiedere al personale di laboratorio una collaborazione *ex art.* 348 comma 4 c.p.p. Dopo aver svolto le analisi necessarie ai fini diagnostico-terapeutici, questi dovrebbero eseguire sui medesimi campioni biologici alcuni *test* specifici per rilevare la presenza di alcol e droghe. L'atto sarebbe inquadrabile nell'istituto degli accertamenti urgenti di polizia giudiziaria *ex art.* 354 c.p.p., svolti mediante l'ausilio tecnico di esperti ⁽¹⁵²⁾.

Tuttavia, i dubbi circa l'esperibilità di accertamenti urgenti di polizia che richiedano un così elevato grado di tecnicismo, oltre all'assenza, in queste situazioni, delle ragioni d'urgenza che connotano l'art. 354 c.p.p. ⁽¹⁵³⁾,

⁽¹⁵⁰⁾ Sul punto, cfr. § 5, in particolare nt. 64.

⁽¹⁵¹⁾ Pare ragionevole affermare che il paziente non verrà dimesso tanto presto dal nosocomio e comunque non prima che si sia esaurito l'effetto alterante dell'alcol o della sostanza stupefacente o psicotropa.

⁽¹⁵²⁾ Sul punto, G. DE LEO, *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, cit., p. 697; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009, p. 98.

⁽¹⁵³⁾ Ove il campione sia già stato prelevato, risultano già soddisfatte le esigenze di celerità poste dalla norma codicistica. In questo caso, poi, è difficile pensare che l'analisi sui

inducono a ritenere preferibile l'altra via.

Non si nasconde, però, che la soluzione ritenuta preferibile lascia comunque scoperti alcuni casi. Si pensa, ad esempio, all'eventualità in cui la polizia intervenga troppo tardi, ossia quando l'analisi sul sangue prelevato a scopi terapeutici sia già stata effettuata dal laboratorio dell'ospedale, distruggendo l'intero campione. L'unica via che sembra qui percorribile è quella che passa attraverso le vie canoniche di accertamento previste dagli artt. 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s., non tralasciando di informare il soggetto delle finalità di questo secondo prelievo.

Ancor più complesso il caso del paziente in stato d'incoscienza. Preclusa l'applicazione delle norme del codice della strada appena citate ⁽¹⁵⁴⁾, non resta che sperare nella necessità che il personale sanitario svolga un prelievo di sangue a fini diagnostici ⁽¹⁵⁵⁾ e sequestrare eventuali campioni residui, ovvero, per non rischiare di perdere ogni fonte di prova, intervenire tempestivamente fra il prelievo e l'analisi di laboratorio per richiedere ai tecnici di ricercare eventuali tracce di alcol e droghe. Quest'ultima soluzione stride, invero, con le avvertenze poste sopra circa l'esigenza di passare per l'istituto degli accertamenti irripetibili del magistrato inquirente. Tuttavia, salvo pensare di attendere il risveglio del conducente per acquisire da questi il consenso all'atto e procedere – a distanza di ore o addirittura giorni dall'incidente – *ex artt. 186 comma 5 e 187 comma 4 c.d.s.*, essa ci pare l'unico mezzo *de jure condito* per acquisire la prova dell'ebbrezza o dell'alterazione da droghe.

Così ricostruito, il quadro degli accertamenti ospedalieri appare un dedalo intricato che, per evitare il pericolo di veder invalidata la prova, si tende a semplificare mascherando la prova illecitamente acquisita dietro l'esigenza

fluidi corporei non sia rinviabile: il trattenimento a scopi terapeutici del guidatore presso il nosocomio riduce l'esigenza di scongiurare ulteriori ed imminenti pericoli per la circolazione stradale.

⁽¹⁵⁴⁾ L'impossibilità di ottenere l'assenso del soggetto al prelievo, imporrebbe di procedere in violazione della libertà personale del paziente. La prova così ottenuta sarebbe inutilizzabile.

⁽¹⁵⁵⁾ Speranza che, per la verità, non sembra vanamente riposta. Pare alquanto improbabile, infatti, che un individuo ricoverato in seguito ad un sinistro stradale privo di sensi non sia quantomeno sottoposto ad un prelievo di sangue per verificarne i valori e procedere alla somministrazione di farmaci o a trasfusioni ematiche.

terapeutica del prelievo. Ancora una volta ⁽¹⁵⁶⁾ il filo di Arianna per uscire dal labirinto punta nella direzione di un intervento legislativo che, in casi di straordinaria urgenza quali sono quelli qui esaminati, consenta alla polizia di ordinare un prelievo ematico coattivo, ovvero di ottenere un'autorizzazione telefonica dal magistrato. In ogni caso, resterebbe ferma la necessità di un intervento di convalida postuma dell'atto che abbia limitato l'*habeas corpus* da parte del giudice per le indagini preliminari.

11) Brevi note sulla natura del certificato medico

Giunti a questo punto, resta da spendere qualche parola su quell'orientamento giurisprudenziale che inquadra nell'istituto della prova documentale il certificato medico acquisito dalla polizia presso il nosocomio ⁽¹⁵⁷⁾. Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, non sarà difficile comprendere come questo indirizzo sia censurabile per la sua genericità: bisogna distinguere, infatti, tra i *rari* casi in cui il prelievo e l'analisi siano svolti con scopi diagnostico-terapeutici proprio alla ricerca di alcol e droghe ⁽¹⁵⁸⁾, e quelli in cui l'accertamento sul fluido biologico avvenga su richiesta dell'autorità secondo le norme del codice della strada ⁽¹⁵⁹⁾.

Solo nel primo, infatti, il certificato sarà qualificabile come “documento” e dovrà essere acquisito, lo si è visto, secondo la disciplina dettata dagli artt. 354, 355 e 256 c.p.p. Nel secondo, invece, l'operatore di laboratorio svolge un'attività a supporto della polizia giudiziaria *ex art.* 348 comma 4 c.p.p.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. cap. II, § 9.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 3559, in *Guida al dir.*, 2010, n. 10, p. 96; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, p.m. in proc. Campagnutta, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, p. 378; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 1998, p.m. in proc. Bertuzzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 221; Cass. pen., 13 novembre 1996, p. m. in proc. Piaser, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 160.

Più in generale, sulla qualificazione del referto e del certificato medico formatosi esternamente e, dunque, non strumentale rispetto al procedimento penale per cui rileva, si vedano Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2009, Yakoubi, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 245035; Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 1998, Zizzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 207; Cass. pen., sez. V, 12 novembre 1997, Domenici, in *Riv. pen.*, 1998, p. 158; Cass. pen., 9 novembre 1995, Casillo, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 174.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. nt. 146.

⁽¹⁵⁹⁾ Negli altri contesti esaminati non v'è acquisizione di certificato medico, ma soltanto del campione biologico.

che, dunque, non si colloca certo “al di fuori del procedimento” ⁽¹⁶⁰⁾. Al certificato prodotto in tal sede sembra più correttamente doversi attribuire la natura di «documentazione» di un «atto» compiuto entro i confini dell’indagine penale ⁽¹⁶¹⁾. In particolare, si tratterà di un accertamento urgente *ex art.* 186 comma 5 o 187 comma 4 c.d.s., in quanto specificazioni dell’art. 354 comma 2 c.p.p. Le sorti dell’atto, dunque, saranno le medesime che si son già viste con riferimento alla prova etilometrica, sia sotto il profilo delle garanzie di difesa ⁽¹⁶²⁾, che sotto quello delle modalità di acquisizione al fascicolo del dibattimento ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Sulla necessità di formazione al di fuori del procedimento della prova documentale, si veda *retro*, nt. 24.

⁽¹⁶¹⁾ In questi termini anche S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 703.

La conclusione qui accolta corre parallela a quella sostenuta da chi ha ritenuto che il certificato medico fosse ascrivibile alla categoria dei documenti (A. PROCACCINO, *Certificato medico e disciplina del doppio fascicolo: perplessità in merito ad una «leggerezza» processuale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 4 s.). Ad avviso di chi scrive, infatti, non è possibile stabilire *ex professo* se il referto medico appartenga alla categoria della prova precostituita ovvero costituisca atto del procedimento. L’ago della bilancia si dirigerà verso l’una o l’altra direzione in dipendenza dalle modalità attraverso cui si è formato l’atto (o documento), oltre che delle finalità perseguite dall’attività del medico.

⁽¹⁶²⁾ Ne deriverà l’assoggettamento dell’atto alla *discovery* prevista dall’art. 366 c.p.p. per gli atti ai quali il difensore abbia diritto di assistere e, come corollario, la nullità di *tertium genus* per il mancato rispetto della disciplina di deposito ed avvertimento del difensore, dalla quale è parso di poter far discendere l’inutilizzabilità della prova. Si vedano, in questo cap., i §§ 7 e 8.

⁽¹⁶³⁾ Si veda *retro*, § 4.

CAPITOLO IV

VALUTAZIONE DELLE PROVE

SOMMARIO: 1) *Alcoltest*: quale valore probatorio? - 2) Osservanza dei protocolli e conseguenze sulla valutazione della prova tecnica. - 3) Sempre necessaria la prova etilometrica o basta l'accertamento sintomatico? - 4) (*Segue*): a) orientamenti della giurisprudenza prima della modifica del 2007. - 5) (*Segue*): b) valutazione del dato sintomatico e fattispecie tripartita. - 6) Considerazioni critiche: un tentativo di razionalizzazione. - 7) La verifica dell'alterazione da droghe. - 8) (*Segue*): la prova dell'*assunzione* di sostanze stupefacenti. - 9) (*Segue*): l'accertamento dell'*alterazione* psicofisica tra il dato sintomatico e la visita medica.

1) *Alcoltest*: quale valore probatorio?

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, di cui si dirà meglio oltre ⁽¹⁾, la prova dell'ebbrezza alla guida può essere fornita con qualsiasi mezzo. Nondimeno, tra le diverse modalità attraverso cui è possibile accertare l'alterazione da alcolici del conducente, l'*alcoltest* è andato sempre più rivestendo il ruolo di "prova principe": nella puntuale regolamentazione che il legislatore ne dà, infatti, si individuano chiari indizi del privilegio attribuito a tale prova scientifica ⁽²⁾. Occorre, dunque, prestare particolare attenzione alle dinamiche di accertamento sottese da questo mezzo d'indagine, anche al fine di comprendere quali siano i compiti ed i limiti del giudice nel valutarne l'esito probatorio.

L'etilometro è uno strumento che misura la concentrazione di alcol nell'aria alveolare espirata, detta BrAC ⁽³⁾, fornendo un'espressione indiretta

⁽¹⁾ Si veda oltre, § 3 s.

⁽²⁾ Quello in esame costituisce un raro esempio di indicazione, da parte del legislatore, di quali siano i mezzi di ricerca della prova idonei ad accertare un particolare tipo di illecito.

⁽³⁾ L'acronimo BrAC sta per *Breath Alcohol Concentration*. «La determinazione dell'alcol nell'aria espirata è fondata sul principio di ripartizione dell'alcol tra sangue polmonare circolante e aria alveolare, secondo il meccanismo della diffusione semplice», così R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *Alcol etilico nell'aria*

della concentrazione di alcol nel sangue (c.d. BAC). Quest'ultimo dato si ricava utilizzando un fattore di conversione, il quale, tuttavia, è caratterizzato da particolare variabilità ⁽⁴⁾: dipende, infatti, dalle differenze interindividuali delle variabili fisiologiche – come il sesso, l'età, la corporatura, il patrimonio genetico dell'assuntore, l'induzione degli enzimi metabolici in funzione dell'utilizzo abituale o saltuario, etc. ⁽⁵⁾ – e patologiche del soggetto esaminato. Errori ed incertezze nella bontà della misurazione sono dunque dietro l'angolo.

Non stupisce, pertanto, che si sia giunti a sollevare dubbi sulla razionalità di un sistema che, da un lato esige rigore e precisione scientifica nel fissare precisi valori di soglia, dall'altro adotta un sistema di misurazione del tasso alcolemico che appare inidoneo a raggiungere il grado di certezza della prova ematica ⁽⁶⁾ e si espone inevitabilmente a critiche nell'ambito del dibattito scientifico ⁽⁷⁾.

espirata. Comparazione BrAC/BAC in una popolazione di conducenti, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1481.

⁽⁴⁾ Studi più datati lo individuano oscillante tra 830:1 e 9000:1 (cfr. F.E. ANSTIE, *Final Experiments of the Elimination of Alcohol of the Body*, in *Practitioner*, 1847, 13, p. 15; T.A.A. ALOBAIDI-D.W. HILL-J.P. PAYNE, *Significance of Variations in Blood: breath Partition Coefficient*, in *Br. Med. J.*, 1976, 18, p. 1479; J. BRUGSCH-H. FINK-H. FROMM-W. HABERZETH, *Quantitative Untersuchungen der Ausscheidung von Substanzen durch die Lungen aus der Blutbahn*, in *Z. Schr. in Med.*, 1959, p. 647).

In tempi più recenti, l'impiego di una strumentazione maggiormente evoluta ha consentito di giungere a risultati più rassicuranti, ma comunque significativi della particolare variabilità del suddetto fattore di conversione. Ci si riferisce agli studi condotti da A.W. JONES, L. ANDERSSON, *Variability of the Blood/Breath Alcohol Ratio in Drinking Drivers*, in *Journal of Forensics Science*, 1996, n. 41, p. 916, secondo cui il fattore di conversione oscillerebbe tra 1981:1 e 2833:1.

⁽⁵⁾ Si vedano, in proposito, R. MANCINELLI-M.S. GUIDUCCI, *Donne e vulnerabilità biologica all'alcool*, in *Annuali Istituto Superiore della Sanità*, 2004, n. 40, p. 13 s.; N.A. PIKAAR-M. WEDEL-R.J. HERPES, *Influence of several factors on blood ethanol concentrations after drinking alcohol*, in *Alcohol and alcoholism*, 1988, n. 23, p. 289 s.; LI TH-YIN SJ CRABB DW-CONDOR SO-RAMCHANDANI VA., *Genetic and environmental influences on alcohol metabolism in humans*, in *Alcoholism clinical and experimental research*, 2001, n. 25, p. 136 s.

⁽⁶⁾ La primazia dell'analisi del sangue rispetto a quella dell'aria espirata è cosa nota ai più. Per una critica basata su argomentazioni scientifiche, si vedano, *ex multis*, R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit., passim* e P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *Considerazioni medico-legali sulle modifiche apportate all'art. 186 C.d.S.*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 239, secondo i quali «[a]ppare imprescindibile, pertanto, l'adozione di una riserva di legge che risolva, una volta per tutte, il problema del prelievo ematico coattivo, così da poter utilizzare il sangue come campione di elezione, anche in virtù del fatto che le attuali indagini hanno solo valenza presuntiva e quindi una limitata utilizzabilità probatoria».

⁽⁷⁾ R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, p. 1481. Si veda anche P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. cit.*, p. 235, secondo cui

Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti ⁽⁸⁾, nei quali si riscontra il pregevole tentativo di risolvere il problema individuando, all'interno della fattispecie di guida in stato di ebbrezza, due distinti valori di soglia BrAC e BAC, in Italia si è optato per una predeterminazione del citato fattore di conversione, individuandolo nella misura di 2300:1 ⁽⁹⁾. La soluzione adottata suscita notevoli problemi di attendibilità scientifica del risultato così ottenuto: in funzione di tale rapporto, infatti, studi scientifici di settore hanno rilevato che «la valutazione estrapolata dell'alcolemia è da considerarsi corretta durante l'intera fase di eliminazione, mentre può essere sovrastimata durante la fase di assorbimento» ⁽¹⁰⁾. Ciò si verifica con maggior frequenza per i valori più bassi,

«aver standardizzato il rapporto di conversione, uniformandolo ad ogni soggetto, indistintamente dalle caratteristiche individuali e dalle possibili variabili soggettive, potrebbe non apparire in linea con il limite, necessariamente tassativo, indicato dal legislatore per la guida in stato di ebbrezza da alcool».

Sul punto, si vedano anche M. CINGOLANI-P. FRATI-R. FROLDI, *Qualche ulteriore considerazione giuridica e tecnico-applicativa in tema di accertamenti previsti per alcool e stupefacenti dagli artt. 186 e 187 del codice della strada*, in *Zacchia*, 2000, n. 18, p. 75; O. CRIPPA-A. GROPPI-P. PAPA, *In tema di alcool nell'espriato: possibili problemi derivanti dall'impiego di calibratori commerciali*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1990, p. 107 s.; M. BERNINI, F. DE FERRARI-R. FROLDI-V. GAMBARO-S. PEDROTTI-R. NEDROTTI, *Alcoolimetria nel sangue e nell'aria espirata: confronto tra diverse metodiche*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1988, p. 380; L. COSTAMAGNA-S. DEZZI-N. VOCI, *Alcool e idoneità alla guida: comparazione tra valori ematici reali e valori teorici desunti dall'esame dell'aria espirata*, in *Zacchia*, 1989, p. 91.

⁽⁸⁾ Ci si riferisce al § 24a *StVG* tedesco, che individua non soltanto il valore BAC, ma anche una soglia limite BrAC, accertata la quale il conducente è passibile di condanna amministrativa per la fattispecie in discorso. Per l'accertamento del fatto di reato, poi, il rigorismo probatorio si innalza sino a pretendere, di fatto, l'espletamento del prelievo di sangue. Per un esame più articolato della disciplina, si veda il cap. I, § 2.

Soluzioni analoghe, peraltro, risultano adottate anche negli ordinamenti della Gran Bretagna e del Giappone (R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, p. 1482).

⁽⁹⁾ Il rapporto fra concentrazione alcolemica presente nell'espriato e quella contenuta nel sangue è indicato dall'art. 2.1 dell'allegato al D.M. 22 maggio 1990 n. 196 (*Regolamento recante individuazione degli strumenti e delle procedure per l'accertamento dello stato di ebbrezza*). Il decreto ministeriale contenente la descrizione dell'etilometro chiarisce che questo è uno «strumento che misura la concentrazione di alcool per analisi dell'aria alveolare espirata (espresso in milligrammi per litro di aria) in condizioni definite di prova e in corrispondenza di ciascun valore di aria espirata indica il valore della concentrazione alcolemica (espressa in grammi di alcol per litro di sangue) ottenuta moltiplicando la misura per il fattore convenzionale 2.300». In altri termini, la concentrazione dell'alcol in 230 litri di aria espirata è considerata equivalente alla concentrazione in 100 millilitri di sangue venoso.

⁽¹⁰⁾ Così, R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. loc. ult. cit.* Cfr. anche p. 1491 s. per i risultati dell'esperimento, da cui emerge circostanziata e puntuale l'analisi della sovrastima cui può andarsi incontro mediante l'utilizzo della strumentazione etilometrica.

i quali conoscono una percentuale di fallibilità che rasenta il 30% ⁽¹¹⁾. A questo si deve aggiungere che l'esito del rilevamento è estremamente influenzabile da fattori ambientali ⁽¹²⁾, dalle modalità di utilizzo, dall'assunzione di farmaci o alimenti particolari da parte del conducente ⁽¹³⁾.

Ne deriva che «la misurazione dell'etilometro [non] è una prova, come troppo spesso si ritiene in ambienti giudiziari, irrefutabile» ⁽¹⁴⁾. Al contrario, essa richiede particolari cautele nella valutazione. Lungi dal costituire, dunque, quella «prova legale» tanto paventata dalla giurisprudenza di legittimità ⁽¹⁵⁾, l'evidenza fornita dall'etilometro è idonea a divenire *proof* soltanto dopo aver passato l'attento vaglio del giudice, che non può ignorare le suddette cautele richieste dalla tossicologia forense. L'esito fornito dall'etilometro è, infatti, una prova critica ⁽¹⁶⁾: non fornisce una rappresentazione diretta del fatto da accertare – la percentuale di alcol nel sangue – bensì accerta un elemento – il livello di alcol nell'aria espirata – da cui è possibile ricavare solo in via indiretta quel medesimo fatto oggetto d'indagine ⁽¹⁷⁾.

È da escludere, poi, che la fissazione del predetto fattore di conversione

⁽¹¹⁾ Il margine di errore è, precisamente, del 29,2% secondo gli studi condotti da R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, p. 1493 s.

⁽¹²⁾ Si fa riferimento ai casi – frequenti in verità – nei quali la percentuale di umidità risulti superiore al 95%, la temperatura scenda al di sotto degli 0° C, oppure ad accertamenti etilometrici svolti ad un'altitudine superiore ai 2000 metri.

⁽¹³⁾ L'estrema sensibilità degli strumenti per accertare la presenza di alcol nell'aria espirata è stata motivo di scandalo nell'ottobre del 2009, quando il quotidiano *Haaretz* ne ha denunciato la imbarazzante vulnerabilità al calore, l'umidità, le varianti atmosferiche.

Nonostante in Italia si utilizzi il medesimo modello di etilometro, il Dräger Alcotest 7110, la notizia non ha suscitato grande clamore. A quanto risulta, infatti, l'unico articolo che la riporta è *Lo scandalo etilometri in Israele può avere ripercussioni anche in Italia?*, pubblicato in *La Stampa*, 29 ottobre 2009.

⁽¹⁴⁾ Così, R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 987.

⁽¹⁵⁾ Si veda oltre, § 3 s.

⁽¹⁶⁾ Sono critiche quelle prove che richiedono una valutazione inferenziale da parte del giudice, che può ritenere provato il fatto da accertare «solo attraverso un'operazione mentale di tipo induttivo, fondata sulle regole della logica o su massime di esperienza» (così, V. GREVI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, V ed., Cedam, Padova, 2010, p. 305).

⁽¹⁷⁾ Suddivide le metodologie di accertamento in dirette ed indirette anche A. ALIBRANDI, *Cenni sul reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ.*, 1991, p. 450, precisando che «la prima è costituita dai dosaggi analitici sul sangue a seguito di prelievo ematico; le seconde si basano sul dosaggio dell'alcool presente nell'aria alveolare espirata».

standard abbia creato una presunzione *iuris et de iure* di corrispondenza tra il dato BrAC e quello BAC. Innanzitutto, la fonte contenente l'indicazione in parola non ha rango di legge. In secondo luogo, come ha correttamente affermato la Corte di cassazione, il giudice resta comunque libero di formare il suo convincimento, anche disattendendo l'esito probatorio fornito dall'etilometro ⁽¹⁸⁾.

Altro discorso riguarda le modalità attraverso cui tali elementi di prova a discarico entrino nel compendio probatorio conosciuto dal giudice. Secondo un criticabile orientamento della Suprema Corte, l'esito dell'*alcoltest* costituirebbe una prova già in sé completa del fatto da dimostrare; spetterebbe pertanto all'imputato l'onere di fornire la prova contraria, «dimostrando vizi o errori di strumentazione o di metodo nell'esecuzione dell'espiazione» ⁽¹⁹⁾. Una simile inversione dell'*onus probandi* non può essere accettata: si finirebbe per attribuire all'*alcoltest* un valore di prova rafforzata, che rasenta quello delle prove legali.

Le affermazioni dei magistrati penali italiani riecheggiano le parole spese sulla medesima materia dai giudici amministrativi tedeschi. Nella giurisprudenza d'oltralpe, infatti, si è affermato che l'*alcoltest* costituisce un "procedimento standardizzato" tanto affidabile da esonerare il giudicante dall'obbligo di motivazione al riguardo: solo qualora egli voglia disattendere l'esito, dovrà fornire adeguato supporto argomentativo della propria scelta ⁽²⁰⁾. È noto anche come il giudice entri in possesso di elementi che rilevino eventuali errori nella misurazione: spetta al difensore che voglia minare la fiducia del

⁽¹⁸⁾ In tal senso, già Cass. pen., sez. un. 27 settembre 1995, Cirigliano, in *Foro it.*, 1996, II, c. 641 s., con nota di F. LANZARONE. Più di recente, tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2009, Miccoli, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, p. 538; Cass. pen., 27 giugno 2006, Comi, *ivi*, 2007, p. 515; Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2004, Ciacci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1006; Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 2004, P.M. in proc. Massacesi, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2005, p. 400; Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2001, P.M. in proc. Moscoso, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 218998; Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2000, Caldaras, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 999.

⁽¹⁹⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2009, Miccoli, cit. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. IV, 15 marzo 2011, n. 14689, inedita; Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2011, n. 29953, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008, Letteriello, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2004, P.M. in proc. Gervasoni, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2006, p. 279.

⁽²⁰⁾ Cfr. cap. I, § 6, in particolare nt. 85.

magistrato nell'esito scientifico di tale prova attivarsi ⁽²¹⁾.

Ben diverse, invece, sono le valutazioni svolte dalla giurisprudenza penale teutonica. La diversa stigmatizzazione del comportamento impone un maggior rigore nell'accertamento del fatto oggetto di reato rispetto a quello cui corrisponde una sanzione amministrativa. Ne discende l'inaffidabilità, da cui discende una inutilizzabilità, della prova etilometrica in sede penale.

Suscita uno stupito allarme constatare che il giudice penale italiano giunga a conclusioni che tanto si discostano da quelle cui approda il giudice penale straniero. A fronte della sostanziale identità degli strumenti utilizzati in Italia ed in Germania – i congegni, lo ricordiamo, provengono dalla medesima casa produttrice e, dunque, presenteranno i medesimi difetti di attendibilità – ben diversa è la credibilità loro attribuita nei due sistemi giuridici.

Occorre, dunque, richiamare il giudicante al ruolo attivo che gli compete nella valutazione delle prove: egli non può adagiarsi sulle risultanze dell'accertamento etilometrico, ma deve interrogarsi sull'idoneità, attendibilità e completezza della prova. In quest'ottica, non può passare inosservato quell'elevato margine di errore dell'*alcoltest* rilevato nella fase discendente della c.d. curva di assorbimento dell'alcol. Se, in tali casi, poco meno di una volta su tre l'etilometro rischia di fornire risultati che si discostano non di poco da quelli rilevati mediante l'analisi ematica, ciò non può essere ignorato da un giudice chiamato a pronunciarsi al di là di ogni ragionevole dubbio. Ad ogni buon conto, trattandosi di valutazioni ad elevato contenuto scientifico, potrà tornare utile disporre una perizia che guidi il giudicante nel difficile compito di apprezzare l'esito della prova del respiro.

Ritenere che il giudice sia libero di prescindere dal tasso di conversione indicato nel D.M. n. 196 del 1990 è, d'altronde, una scelta che appare costituzionalmente obbligata: diversamente opinando, ne uscirebbe menomato il «diritto di difendersi provando» ⁽²²⁾ dell'imputato, al quale verrebbe sostanzialmente sottratto il diritto alla prova contraria. Non solo: il diritto di

⁽²¹⁾ Si veda, al riguardo, cap. I, nt. 86.

⁽²²⁾ L'espressione è celebre; compare per la prima volta in uno scritto considerato una pietra miliare nella rilettura costituzionalmente orientata del diritto alla prova. Si veda G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 s.

difesa sarebbe vulnerato anche nella sua accezione più ampia, giacché una decisione che ometta di dar conto delle ragioni per cui il giudice ritiene attendibile l'esito della prova e, dunque, emessa in violazione dell'obbligo del magistrato di motivare analiticamente ogni dato gnoseologico sul quale si fonda il suo giudizio ⁽²³⁾, priverebbe la difesa della possibilità di confutare le argomentazioni assunte a fondamento della decisione.

2) Osservanza dei protocolli e conseguenze sulla valutazione della prova tecnica

La scarsa attenzione che il legislatore dimostra per le esigenze espresse dalla tossicologia forense in materia di accertamento dell'aria espirata non si arresta al solo problema del fattore di conversione *standard* dei valori BrAC in BAC, ma si estende alle regole da osservare per ottenere una prova scientifica il più "veritiera" possibile. Se posta a confronto con quella dettata dal legislatore tedesco ⁽²⁴⁾, infatti, la disciplina della procedura acquisitiva della prova appare laconica.

All'art. 379 comma 2 reg. c.d.s. si stabilisce soltanto che «la concentrazione di cui al comma 1 dovrà risultare da almeno due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di tempo di 5 minuti». La rilevanza del tempo di attesa tra la prima e la seconda misurazione appare evidentemente connessa con l'esigenza di scongiurare falsi positivi che potrebbero derivare dalla presenza di residui di alcol buccale. Per tali motivi, l'intervallo di tempo di cinque minuti deve considerarsi come intervallo minimo necessario; nulla osta ad una misurazione effettuata ad un intervallo superiore ⁽²⁵⁾.

L'indicazione, però, non è sufficiente ad assicurare un corretto utilizzo della strumentazione in discorso.

La letteratura scientifica ha evidenziato quanto fondamentale sia il

⁽²³⁾ Sul punto, *ex multis*, G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 504.

⁽²⁴⁾ Sui riferimenti che si faranno di seguito, si vedano le nozioni già svolte nel cap. I, § 6.

⁽²⁵⁾ In tal senso anche L. BENINI-G.A. DI BIASE, *La guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti*, La Tribuna, Piacenza, 2009, p. 31.

rispetto di un periodo di attesa di almeno venti minuti dal momento in cui il soggetto abbia assunto la bevanda alcolica (detto *Wartenzeit* nell'ordinamento tedesco), così come occorra monitorare il conducente per un tempo di circa dieci minuti, durante i quali egli non potrà fumare o utilizzare *spray* per la bocca che possano in qualche modo alterare l'esame (si tratta del *Kontrollzeit*, come definito nell'ordinamento tedesco).

Di questi aspetti il giudice non può non tenere conto nell'esaminare l'attendibilità del materiale probatorio in suo possesso ai fini della decisione. A nulla rileva eccepire la mancanza di vizi, quali l'inutilizzabilità della prova, per assenza di prescrizioni sul punto da parte del legislatore: l'osservanza di quelle regole scientifiche da applicarsi nell'acquisizione della prova è di primaria importanza a prescindere dall'accettazione parziale che il legislatore ne abbia fatto nel regolamento. La prova etilometrica, in quanto appartenente alla categoria degli accertamenti tecnico-scientifici, si sottrae al totale dominio normativo del legislatore, ed anzi fa parte di quelle prove che «appartengono al patrimonio delle ricerche scientifiche e tecnologiche ed esorbitano dalla normazione di “competenza” della legge».

La cautela del giudicante nella valutazione delle circostanze in cui sia stata assunta la prova da esaminare dovrebbe pertanto caratterizzarsi per un rigore estremo, modulato sulle linee guida indicate dalla tossicologia forense. Nel valutare le prove tecniche, infatti, s'impone un giudizio sull'idoneità delle stesse alla ricostruzione del fatto, unito ad un vaglio di attendibilità dell'elemento acquisito ⁽²⁶⁾. Similmente a quanto accade nella valutazione della perizia, anche con riferimento all'esito dell'accertamento etilometrico spetta al giudice «verificare la validità teorica del principio, del metodo, della regola, dello strumento tecnico utilizzati» ⁽²⁷⁾.

Nulla di tutto ciò sembra tuttavia accadere nelle nostre aule di tribunale. A differenza dei giudici tedeschi, che non solo escludono la rilevanza dell'accertamento etilometrico nel processo penale, ma esigono che

⁽²⁶⁾ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 323.

⁽²⁷⁾ G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. II, Utet, Torino, 2008, p. 284.

l'*Atemalkoholtest* sia effettuato nel pieno rispetto dei protocolli tecnici perché gli sia riconosciuta dignità di prova entro il processo amministrativo, quelli italiani adottano un'impostazione quantomeno "formalistica".

Infatti, anziché farsi guidare nella valutazione della prova dalle copiose indicazioni che provengono dalla letteratura scientifica sul punto, la giurisprudenza italiana sposta l'attenzione sull'istituto processuale dell'inutilizzabilità, perdendo di vista l'aspetto che dovrebbe apparire dirimente: se siano state rispettate le regole tecnico-scientifiche necessarie per ammantare l'accertamento in questione di una qualche dignità gnoseologica.

L'esempio di tale tendenza emerge chiaramente dal caso che di seguito si espone.

Avviene con una certa frequenza che gli agenti accertatori non osservino il dettato dell'art. 379 commi 1 e 2 reg. c.d.s., secondo cui la misurazione deve risultare da almeno due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di tempo di cinque minuti.

Quid iuris quando la seconda misurazione venga effettuata ad un intervallo temporale inferiore? Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la rilevanza probatoria di una misurazione così "irritualmente" ottenuta non potrà dirsi inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p. e ciò in quanto le disposizioni sull'acquisizione della prova etilometrica sono di rango inferiore alla legge⁽²⁸⁾.

Ulteriori casi di irritualità dell'accertamento possono darsi qualora, effettuata la prima misurazione, risulti impossibile completare l'accertamento,

⁽²⁸⁾ Così, *ex pluribus*, Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2009, Miccoli, cit.; Cass. pen., sez. IV, 16 dicembre 1998, Polesinati, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 212308. Nello stesso senso si era già espressa Cass. pen., sez. un., 27 settembre 1995, Cirigliano, cit.

Secondo questo indirizzo, il regolamento del codice della strada (D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) è norma di rango secondario e non ha valore di legge. Una violazione di disposizioni regolamentari in materia di modalità di esecuzione della prova etilometrica, pertanto, non costituisce premessa sufficiente per una dichiarazione di inutilizzabilità della prova. *Contra*, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 564 s., secondo il quale sarebbe possibile parlare di inutilizzabilità della prova «se l'indagine è compiuta in deroga alle prescrizioni tecniche previste (ad es. una misurazione tecnica anziché due, distanza diversa dai cinque minuti, ecc.)». In tal caso, «l'esito della prova non dovrebbe considerarsi utilizzabile e l'ipotesi potrebbe ricadere nel disposto dell'art. 191 c.p.p.: disposto non riferibile solo alla prova assunta in violazione dei limiti d'ammissibilità, ma anche alla violazione di regole fondamentali attinenti al meccanismo di acquisizione probatoria».

ossia non venga effettuata la seconda misurazione. In questo caso, il valore probatorio dell'unica misurazione effettuata appare ancora inferiore rispetto a quello di cui si è detto prima: inidoneo a fondare da solo un giudizio di responsabilità, potrà valere come blando indizio.

Concludendo, si ritiene che l'irritualità, anche se non sanzionata sotto il profilo formale, non potrà essere ignorata dal giudice penale. Se, infatti, la giurisprudenza tedesca è giunta ad espellere la prova etilometrica dal compendio probatorio utilizzabile nel processo penale, su questo occorre riflettere. Pur non rinnegando i vantaggi che un accertamento tanto poco invasivo della sfera personale offre, si vuole portare l'attenzione sui pericoli che si corrono nell'affidarsi "ciecamente" alle misurazioni elaborate dallo strumento. Di tali rischi il giudice dovrà tenere conto nella sede adeguata: la motivazione. Là, qualora si convinca della colpevolezza dell'imputato, non sembra possa limitarsi a riportare i dati forniti dall'*alcoltest*, ma questi andranno supportati da ulteriori indizi che corroborino l'esito positivo della misurazione.

3) Sempre necessaria la prova etilometrica o basta l'accertamento sintomatico?

Approfondito così il discorso sulla scarsa attendibilità dell'etilometro a dar prova del fatto di guida in stato di ebbrezza, stupisce rilevare come la giurisprudenza sia sempre stata molto elastica, non solo nella valutazione dell'esito dell'accertamento spirometrico, ma anche con riguardo alla possibilità di rinvenire altrove la prova dell'ebbrezza. Ci si riferisce all'annosa questione se l'accertamento dell'alterazione da alcolici sia esperibile con qualsiasi mezzo di prova ovvero se passi necessariamente attraverso l'espletamento dell'esame tecnico-scientifico (prova etilometrica o analisi del sangue).

La questione attraversa tutta la storia della contravvenzione in parola ed affonda le sue radici nella originaria formulazione della fattispecie incriminatrice, l'art. 132 c.d.s. abr. ⁽²⁹⁾. La sua soluzione, nient'affatto scontata,

⁽²⁹⁾ Si veda il cap. II, § 2.

appare «decisiva»⁽³⁰⁾: da essa dipende l'applicazione o la disapplicazione della norma penale in un cospicuo numero di casi.

Una ricognizione storica delle argomentazioni addotte dalla giurisprudenza aiuterà a comprendere le tematiche attuali ed azzardare una soluzione del problema.

4) (Segue): a) orientamenti della giurisprudenza prima della modifica del 2007

L'orientamento prevalente, che potremmo definire della “prova libera”, nasce sotto la vigenza dell'originaria norma incriminatrice, l'art. 132 c.d.s. abr., la quale concepiva lo stato di ebbrezza come una generica alterazione conseguente all'ingestione di sostanze alcoliche o stupefacenti. L'assenza di soglie di valore prefissate per legge consentiva alla giurisprudenza di affermare che «per l'accertamento dello stato di ebbrezza [...] non [fosse] necessario l'esame del tasso alcolimetrico del sangue, potendo detto stato essere legittimamente attestato dalla constatazione degli stessi organi di polizia»⁽³¹⁾.

L'elemento di rottura è costituito dall'art. 17 della l. 18 marzo 1988, n. 111, che, nel novellare l'art. 132 c.d.s. abr., poneva le premesse per l'introduzione degli accertamenti strumentali dell'alcolimetria: l'etilometro⁽³²⁾. Sono di allora i primi dubbi sulla possibilità di mantenersi nel solco dell'interpretazione tradizionale; le perplessità non tardano a palesarsi nel pensiero della giurisprudenza di legittimità.

All'orientamento classico, infatti, si contrappone un nuovo indirizzo, che chiameremo della “prova vincolata”, il quale sostiene l'obbligatorietà

⁽³⁰⁾ Così, R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza*, cit., p. 982.

⁽³¹⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 1973, Zanicchi, in *Giur. it.*, 1974, II, c. 450. Negli stessi termini, tra le altre, Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 1985, Bersani, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 168924; Cass. pen., sez. I, 14 luglio 1977, Fiore, in *Riv. pen.*, 1977, p. 816; Cass. pen., sez. I, 11 aprile 1969, Di Stilo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 111917; Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 1968, Paolilelli, *ivi*, Rv. 110801; Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 1966, Villarboito, *ivi*, Rv. 101115.

⁽³²⁾ Annunciato dalla l. n. 111/88, l'etilometro conosce la sua prima regolamentazione attraverso il D.M. n. 196/90, poi ripresa dal D.P.R. n. 495/92. Sul punto, più approfonditamente, cap. II, § 2.

dell'accertamento strumentale ⁽³³⁾, ritenuto «prova minima ma essenziale richiesta dal legislatore» ai fini dell'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza ⁽³⁴⁾. Secondo questo indirizzo, l'*alcoltest* è un accertamento maggiormente qualificato rispetto a quello sintomatico, giacché connota un eventuale giudizio di colpevolezza della “certezza” che, in questo campo, può derivare soltanto da un accertamento eseguito con «rigore scientifico» ⁽³⁵⁾. Esso solo può condurre a un'indubitabile affermazione di responsabilità del soggetto per il fatto contestato.

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale suggestiva corrente di pensiero, però, appaiono deboli. Originata da una considerazione scientifica di non poco momento – la facilità con cui il c.d. dato sintomatico dell'ebbrezza, se percepito da un soggetto non esperto, possa essere confuso con sintomi simili, imputabili a diverse cause di alterazione ⁽³⁶⁾ –, la tesi in parola non sembra adeguatamente motivata sotto il profilo giuridico. L'argomentazione addotta

⁽³³⁾ La tesi in parola venne propugnata per la prima volta da Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 1991, n. 11226, inedita e confermata in seguito da Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 1993, Nardoni, in *Foro it.*, 1994, II, c. 646; Cass. pen., sez. IV, 29 aprile 1994, Covallero, in *Arch. giur. circ. strad.*, 1995, p. 535 s.

Nella giurisprudenza di merito, cfr. Pret. Cremona, 11 luglio 1995, in *Arch. giur. circ. strad.*, 1995, p. 968 s.; Pret. Treviso-Vittorio Veneto, 4 agosto 1994, Jovic, *ivi*, 1994, p. 975, con nota di D. RIPONTI-M. JACONO; Corte d'App. Perugia, 27 agosto 1993, in *Rass. giur. umbra*, 1994, p. 141.

⁽³⁴⁾ Così, Corte d'App. Perugia, 27 agosto 1993, *cit.*, p. 141.

⁽³⁵⁾ Su queste posizioni, M. DUNI-D. CASSONE-F. GARRI, *op. cit.*, p. 1841 s.; T. PERSEO, *Commento teorico-pratico del codice della strada*, La Tribuna, Piacenza, vol. II, 1964, p. 479; F. RIGHI, *Guida in stato di ebbrezza*, in *Riv. circol.*, 1962, p. 395.

⁽³⁶⁾ È sufficiente un primo, superficiale approccio alla letteratura della tossicologia forense in materia di accertamento sintomatico per rendersi conto del giudizio estremamente negativo che questa dà con riguardo alla possibilità di determinare l'ebbrezza alcolica del soggetto sulla scorta dei soli dati sintomatici.

Se, infatti, già in tempi risalenti si affermava che «la diagnosi quantitativa di intossicazione etilica senza il sussidio dell'esame chimico dell'alcool nel sangue è impossibile» (L. ZANALDI, *Incidenti stradali. Problemi ed indagini medico legali*, Cedam, Padova, 1957, p. 280), anche in tempi più recenti si è sostenuto che «malgrado le sentenze della Corte di Cassazione [...] stabiliscano la “diretta rilevabilità di complessi sindromici ad opera delle Forze di Polizia, addirittura “sostitutiva” dell'analisi con etilometro, la garanzia piena dell'utente della strada può trovare fondamento solo nell'analisi del sangue» (R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, p. 1494).

Per un'indagine più approfondita della corposa letteratura in materia, si vedano anche M. GIARRUSSO-R. TITO, *La circolazione stradale, illeciti penali*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 262 s.; C. MELINO, *Alcool e traffico*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1970, p. 309; C. MOSCA-P. CESARI, *La guida in stato di ebbrezza: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1990, p. 544; L. ZANALDI, *Guida in stato di ebbrezza. Problemi e indagini tecniche*, in *Riv. pol.*, 1959, p. 9 s.; F. RIGHI, *op. loc. ult. cit.*

nasce come risposta alle considerazioni svolte dall'indirizzo classico, che ricava la libertà della prova dall'espressione «gli organi di Polizia stradale [...] hanno la *facoltà* di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento» ⁽³⁷⁾. Secondo i giudici della corrente avversa, tale *facoltà* non andrebbe intesa «nel senso che esso possa essere sostituito da un accertamento con modalità diverse, ma ha il significato ed il valore di autorizzazione ad eseguire l'accertamento poiché questo coinvolge questioni concernenti la sanità del soggetto interessato e, come tale, necessità di una previsione legislativa per poter essere praticato in ossequio al dettato costituzionale secondo il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (art. 32 Cost.)» ⁽³⁸⁾.

Già si è detto come le argomentazioni giuridiche addotte non convincano; ciò nonostante, alla tesi della “prova vincolata” va riconosciuto il merito di pretendere un maggior rigore nell'accertamento del fatto. Il risultato di una simile impostazione è la pretesa di uno *standard* probatorio particolarmente elevato. La rilevanza dei c.d. elementi sintomatici ne esce sensibilmente ridotta, ma non del tutto rinnegata. Alito vinoso, andatura barcollante, eloquio sconnesso ed altri sintomi dell'ebbrezza costituiscono mere prove indiziarie, di per sé insufficienti a supportare una pronuncia di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio ⁽³⁹⁾. La loro funzione resta

⁽³⁷⁾ Il corsivo è dell'autrice. La norma di cui si riporta uno stralcio è l'art. 186 comma 4 c.d.s.

⁽³⁸⁾ Così, in motivazione, Cass. pen., 7 maggio 1993, Nardoni, cit. Nello stesso senso anche Pret. Cremona, 11 luglio 1995, cit., secondo cui la *facoltà* attribuita agli operatori stradali di accertare l'ebbrezza con la strumentazione spirometrica, «lungi dal significare che l'accertamento possa essere sostituito da altro con modalità diverse, ha valore di autorizzazione in materia concernente la sanità del soggetto, che necessita di previsione legislativa, in ottemperanza al precetto di cui all'art. 32 Cost.».

Il riferimento all'art. 32 Cost. appare inconfidente: nelle disposizioni che regolano l'esame alcolemico, infatti, la finalità cui l'atto è preposto è unicamente d'indagine penale e nulla ha a che vedere con gli scopi terapeutici o diagnostici che caratterizzano i trattamenti sanitari obbligatori. La Corte costituzionale si è pronunciata più volte su casi simili, ribadendo che qualora non vengano in rilievo finalità sanitarie di carattere terapeutico o diagnostico, ma l'obiettivo delle disposizioni in discorso sia la tutela dell'ordine pubblico e l'effettività dell'attività d'indagine di polizia, il baluardo costituzionale da invocare è l'art. 13 Cost. (per una panoramica sul punto, si veda B. CARAVITA, *Commento all'art. 32 Cost.*, in V. Crisafulli-L. Paladin, *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 221 s.).

Rispetto alle problematiche legate al rispetto dell'art. 13 Cost., si veda il cap. II, § 4.

⁽³⁹⁾ Per un approfondimento sul valore essenzialmente indiziaro degli elementi

quella di costituire presupposti giustificanti la sottoposizione del conducente all'esame spirometrico ⁽⁴⁰⁾: «acquistano significato per sindacare la legittimità del ricorso all'accertamento alcoolimetrico e soprattutto – attesa la rilevanza penale autonoma di tale condotta – per permettere al giudice di sindacare la legittimità del rifiuto di sottoporsi all'esame alcoolimetrico, sanzionato ai sensi dell'art. 186, comma 6, codice della strada» ⁽⁴¹⁾.

Il contrasto giurisprudenziale appena evidenziato tra “prova libera” e “prova vincolata” è stato risolto dall'intervento delle Sezioni Unite, che si sono schierate sul fronte del primo e più risalente orientamento ⁽⁴²⁾.

Le argomentazioni addotte dalla Corte a supporto della decisione testé citata sono diverse.

La prima è di ordine letterale e s'incunea sull'art. 186 comma 4 c.d.s.,

sintomatici riportati dagli agenti verbalizzanti, i quali non sarebbero in grado di costituire prova certa del fatto oltre ogni ragionevole dubbio, si veda Pret. Tolmezzo, 13 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1996, p. 971.

⁽⁴⁰⁾ Ai sensi dell'art. 186 comma 4 c.d.s., oltre al caso di incidente che richieda la sottoposizione a cure mediche del soggetto ed a quello in cui i c.d. *rapid-test* forniscano esito positivo, gli agenti di polizia stradale hanno la facoltà di sottoporre il conducente alla prova dell'aria espirata quando abbiano motivo di ritenere che lo stesso si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcol.

⁽⁴¹⁾ G.B. BERTOLINI, *Brevi note critiche a proposito della guida in stato di ebbrezza*, in *Giur. merito*, 1996, p. 978.

⁽⁴²⁾ L'indirizzo in discorso è abbracciato da Cass., sez. un., 27 settembre 1995, Cirigliano, cit., ma si fregia di una corposa schiera di precedenti: cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 marzo 1995, Pisaniello, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1590; Cass. pen., sez. V, 1° febbraio 1995, Corradini, in *Giust. pen.*, 1995, p. 572; Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 1994, Malacrino, in *Il nuovo diritto*, 1995, p. 715 s.; Cass. pen., sez. IV, 1° giugno 1994, Calzia, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 1995, p. 968; Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 1994, Dal Molin, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1995, p. 374; Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 1989, Filippi, in *Arch. giur. circ. strad.*, 1990, p. 592.

Per pronunce che, già prima dell'introduzione della prova etilometrica, affermavano che la prova dell'ebbrezza potesse esser data con qualsiasi mezzo, si vedano, poi, Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 1985, Bersani, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 168924; Cass. pen., sez. I, 30 settembre 1977, Scognamiglio, in *Giust. pen.*, 1977, c. 661; Cass. pen., sez. I, 3 maggio 1977, Fiore, in *Riv. pen.*, 1977, p. 816; Cass. pen., sez. IV, 7 gennaio 1977, Benedetto, *ivi*, 1977, p. 465; Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 1975, Nobili, in *Arch. giur. circ.*, 1976, p. 249; Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 1970, Spadaro, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 114650; Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 1968, Paolinelli, *ivi*, Rv. 110801; Cass. pen., sez. IV, 25 gennaio 1966, Villarboito, in *Giust. pen.*, 1967, p. 204. Nella giurisprudenza di merito, Corte d'App. Palermo, 2 luglio 1984, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1985, p. 267.

In dottrina, C.M. GRILLO, *Gli illeciti penali dal vecchio al nuovo codice della strada*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 558; G. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2236; in tempi meno recenti, si vedano M. DUNI-D. CASSONE-F. GARRI, *Trattato di diritto della circolazione stradale*, III, Ed. Co.Na.La., Roma, 1961, p. 1841; F. RIGHI, *op. cit.*, p. 393; G. ZAPPA, *Ubriachezza e guida in stato di ebbrezza*, in *Nuovo dir.*, 1969, p. 670.

che attribuisce agli organi di polizia stradale la *facoltà* di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento. Se di mera facoltà si tratta, si afferma, non sussisterebbe alcun obbligo in capo agli agenti accertatori di raccogliere la prova secondo le modalità indicate nel regolamento di esecuzione.

La seconda, invece, fa leva sui principi di non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove. Da questi deriverebbe la possibilità per il magistrato di ricavare la prova dell'ebbrezza alla guida da qualsiasi strumento, anche diverso dall'accertamento tecnico. Secondo la Corte di cassazione, infatti, «la previsione [...] di un unico, esclusivo, mezzo di prova varrebbe a rendere tal mezzo “prova legale” del reato in questione»⁽⁴³⁾ e ciò costituirebbe un insanabile contrasto con il principio di libertà dei mezzi di prova.

In forza del «libero convincimento del giudice penale che può accertare i fatti e ritenere raggiunta la prova con qualsiasi strumento purché non sia contrario a divieti di legge e, come tale, inutilizzabile»⁽⁴⁴⁾, nonché per la necessità che la prova non dipenda dalla discrezionale volontà della parte interessata⁽⁴⁵⁾, questa può essere raggiunta anche attraverso le dichiarazioni di testimoni, compresi gli stessi agenti di polizia stradale, che riportino quanto da loro percepito circa lo stato psicofisico del conducente al momento del controllo. Non sarebbero necessari riscontri quali l'esito positivo dell'*alcoltest* o

⁽⁴³⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 1994, cit., p. 716.

⁽⁴⁴⁾ Così, Cass. pen., sez. un., 27 settembre 1995, cit., c. 647.

⁽⁴⁵⁾ Si fa riferimento al caso in cui il conducente rifiuti gli accertamenti. È pur vero che, per queste situazioni, gli artt. 186 e 187 c.d.s. prevedono autonome fattispecie di reato, ma queste, in quanto riguardano un differente bene giuridico rispetto a quello che interessa la contravvenzione “madre”, possono concorrere con il reato di guida in stato di ebbrezza o di alterazione da droghe (*ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 1997, P.M. in proc. Mela, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2111). Nell'un caso, infatti, si tutela la sicurezza del traffico stradale (cfr. F. CEI, *Commento all'art. 186 c.d.s.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo-C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2007, p. 750) ovvero, secondo altra opinione, l'ordine pubblico (v. M. ZINCANI, *I reati in materia di circolazione stradale*, in *I reati contro la persona. I) I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Utet, Torino, p. 882); nell'altro, invece, viene in rilievo il buon andamento della giustizia, inteso come interesse generale ad evitare intralci nell'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati svolta dai pubblici ufficiali (in tal senso, F. CEI, *op. ult. cit.*, p. 752).

il parere di un medico che abbia svolto una visita sul soggetto ⁽⁴⁶⁾.

In seguito all'intervento delle Sezioni Unite, la giurisprudenza di legittimità ha riposato a lungo su quest'indirizzo ⁽⁴⁷⁾. Non possono essere considerate innovative ⁽⁴⁸⁾, infatti, quelle decisioni che hanno precisato come le circostanze sintomatiche debbano provare «al di là di ogni ragionevole dubbio, [l']assunzione di bevande alcoliche in quantità tale che si possa affermare il superamento della soglia prevista dalla legge, non bastando al riguardo l'esistenza di elementi sintomatici di significato ambiguo» ⁽⁴⁹⁾.

L'orientamento maggioritario prima della riforma intervenuta nel 2007 si era dunque assestato sulla tesi della “prova libera”. Il giudice poteva ritenere accertato il fatto sulla base della prudente e puntuale valutazione di tutti gli elementi di prova a lui noti. Oltre all'esito dell'etilometro ed alle certificazioni mediche rilasciate dalle strutture sanitarie nel caso di incidente stradale, alle

⁽⁴⁶⁾ Ed infatti, la medicina legale chiarisce come al valore di soglia di 0,8 g/l allora fissato dal legislatore il soggetto manifesti determinati sintomi come la difficoltà dell'eloquio, l'andatura barcollante, la lentezza e la pesantezza dei movimenti, l'alito vinoso, il colorito roseo, che possono essere percepiti anche da persona non qualificata (come potrebbe essere un medico). Altro, però, è che un soggetto sia in grado di percepire detti sintomi, altro che possa con ragionevole certezza individuarne la causa nell'assunzione di bevande alcoliche, scartando ipotesi come lo *shock* per l'incidente stradale appena incorso, oppure uno stordimento dovuto ad una patologia in corso (si pensi, ad esempio, al trauma cranico). Sul punto, si veda oltre, § 6.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 2004, P.M. in proc. Massacesi, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 229087; Cass. pen., 4 maggio 2004, n. 39057, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1006; Cass. pen., 2 aprile 2004, Ottolini, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 228925; Cass. pen., 27 gennaio 2000, Caldaras, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 999.

⁽⁴⁸⁾ Descrive questa posizione come «più attenta alle garanzie difensive e più cauta nell'utilizzo della prova indiziaria» R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza*, cit., p. 985. Le conclusioni cui giunge la Corte nei casi citati, tuttavia, appaiono doverose, perché imposte dalla regola dettata dall'art. 533 c.p.p. («il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»).

Sul discusso concetto di “dubbio ragionevole”, si veda, per tutti, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51 s.

⁽⁴⁹⁾ In questi termini, Cass. pen., sez. IV, 12 ottobre 2005, Compagnucci, in *Guida al dir.*, 2005, n. 45, p. 57. Nel caso esaminato dagli ermellini, l'indicazione contenuta nel verbale di accertamento della polizia stradale era limitata al fatto che il conducente «non sembrava molto in sé» ed emanava alito vinoso al momento del controllo. La Corte ha rilevato come il primo di tali elementi non sia univocamente riferibile all'assunzione di sostanze alcoliche ed il secondo non costituisca prova inconfutabile dell'assunzione di alcolici sufficienti a superare la soglia massima consentita.

In termini simili, Cass. pen., sez. IV, 27 giugno 2006, Comi, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, p. 515. Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Milano, 8 febbraio 2006, *ivi*, 2007, p. 176.

quali la stessa lettera della norma sembra attribuire valore di prova “privilegiato”, una certa valenza probatoria veniva attribuita alle dichiarazioni rese dal conducente ⁽⁵⁰⁾, alle circostanze sintomatiche dello stato di alterazione del soggetto ed alla condotta di guida anomala riferite dai testimoni, all’eventuale rifiuto di prestarsi all’atto o alla difficoltà di espirare aria sufficiente per consentire la misurazione, spesso imputabile proprio all’elevata quantità di alcol assunta ⁽⁵¹⁾.

5) (Segue): b) valutazione del dato sintomatico e fattispecie tripartita

L’arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite non ha retto all’urto dei mutamenti normativi introdotti dal d.l. 3 agosto 2007, n. 117, convertito con modifiche nella l. 2 ottobre 2007, n. 160. La nuova formulazione dell’art. 186 c.d.s., infatti, ha riaperto le sopite braci del dibattito in merito alle vicende probatorie dell’accertamenti dell’ebbrezza.

Pomo della discordia, la formula letterale adottata dal novellato art. 186 comma 2 c.d.s.: «qualora *sia stato accertato un valore* corrispondente ad un tasso alcolemico superiore...».

Secondo una prima lettura, la nuova formulazione della norma avrebbe modificato la fattispecie penale sostanziale, rendendo l’accertamento

⁽⁵⁰⁾ Sulla rilevanza probatoria delle dichiarazioni rese dal conducente prima di mettersi alla guida del veicolo, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 20 novembre 2009, Maule, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2010, p. 608.

Si ricorda come anche nell’ordinamento germanico la giurisprudenza accolga come utilizzabili le dichiarazioni rese dall’interessato senza gli avvisi propri dell’interrogatorio. Ed anzi, a differenza di quanto avviene in Italia, le affermazioni autoaccusatorie del guidatore tedesco sono verbalizzate come risposte a specifiche domande. “Domande informative”, giudicate legittime nell’ambito dell’indagine amministrativa.

Sull’utilizzabilità di quelle che il più delle volte sono soltanto formalmente denominate “dichiarazioni spontanee” – ma seguono, nella realtà dei fatti, a precise e puntuali domande degli operatori stradali rivolte al conducente del veicolo immediatamente prima di sottoporlo agli accertamenti del caso non è possibile approfondire il discorso in questa sede. Sul tema si veda, per tutti, M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell’indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2002, in particolare p. 107 s.

⁽⁵¹⁾ «È noto [...] che in caso di manifesta ubriachezza spesso il soggetto non è neppure fisicamente in grado di soffiare la quantità di aria sufficiente per la misurazione»: così R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza*, cit., p. 987.

etilometrico «un vero e proprio elemento costitutivo del reato»⁽⁵²⁾, sicché il principio di tassatività della legge penale escluderebbe la configurabilità della fattispecie quando difetti la verifica del tasso alcolemico. Si tratta, all'evidenza, di una tesi non condivisibile, che confonde il piano dell'accertamento processuale con quello sostanziale della tipicità della fattispecie⁽⁵³⁾.

Una diversa lettura del medesimo dato testuale, invece, ha indotto la giurisprudenza a circoscrivere il problema all'ambito della prova, ritenendo non più percorribile la strada della verifica sintomatica⁽⁵⁴⁾. Ciò per due ordini di ragioni: la prima testuale, della quale si è appena detto; l'altra di tipo sistematico. Ed infatti, in assenza di un accertamento tecnico quale l'analisi dell'aria espirata mediante etilometro, diventerebbe quasi impossibile dare la prova del fatto, così come descritto dalle tre fattispecie di reato individuate dall'art. 186 comma 2 c.d.s. La specificità delle tre modulazioni su cui si articola la risposta sanzionatoria restringe sensibilmente gli spazi di discrezionalità di chi sia chiamato ad accertare il fatto: l'elevato grado tecnico che la prova dovrà raggiungere sembra difficile da ottenere attraverso la valutazione del dato sintomatico. Una prova tanto vaga mal si combina con la regola di giudizio della condanna oltre il ragionevole dubbio⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Così N. CANESTRINI-G. GUARINI, *Punibilità del reato di guida in stato di ebbrezza c.d. sintomatico, dopo la l. n. 160/2007*, in *www.penale.it*. Sulle stesse posizioni, si veda M. MANNUCCI, *Il nuovo art. 186 C.d.S.: norma con più reati alternativi o reato circostanziato?*, in *www.altalex.com*.

⁽⁵³⁾ In questo senso anche F. PICINALI, *L'accertamento sintomatico nei nuovi reati di "guida sotto l'influenza dell'alcool" alla prova del ragionevole dubbio*, in *Corr. merito*, 2008, n. 5, p. 603, al quale si rinvia per le argomentazioni a confutazione dell'indirizzo testé riportato.

⁽⁵⁴⁾ In questi termini, Trib. Aosta, 25 ottobre 2007, n. 249, in *DeJure*, secondo cui «attesa la chiara attuale formulazione dell'art. 186 cod. strad., formulato in modo da presupporre l'accertamento dello stato di ebbrezza tramite l'alcoltest», il fatto che non sia dimostrato per tali vie non costituirebbe reato. Si vedano anche Trib. La Spezia, 11 dicembre 2007, n. 1451, in *Riv. pen.*, 2008, p. 299 e Trib. Reggio Emilia, sez. Gi.p./Gu.p., 27 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 1314, con nota di V. PEZZELLA, *Guida in stato di ebbrezza: non convince la rinuncia agli indici sintomatici*.

⁽⁵⁵⁾ In questo senso anche M. PASSIONE, *Nota a Tribunale di Trento del 13 novembre 2007*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1395 s., secondo il quale «non può in ogni caso sottacersi come sia assolutamente improbabile decidere quale sia lo stato (e, prima ancora, la causa) di alterazione di un soggetto, vuoi poiché diverse sono le soglie di tolleranza (ed i sintomi da ciò derivanti) all'assunzione di alcool e/o stupefacenti, vuoi perché diverse potrebbero essere le sostanze assunte [...]. La nuova differenziazione delle fattispecie di reato per diversi tassi di alcolemia impone l'acquisizione di dati precisi». Sulle medesime posizioni, D. D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1277.

Fa da contraltare a quest'orientamento quello già esaminato della "prova libera" ⁽⁵⁶⁾. Esso mostra le fragilità dell'argomentazione letterale adottata dal primo indirizzo: il riferimento all'*accertamento del tasso alcolemico* non indica, in realtà, i modi attraverso cui tale verifica debba svolgersi; pertanto, non è escluso che tale *accertamento* passi proprio dalla prova indiziaria fornita dal dato sintomatico *ex art. 192 comma 2 c.p.p.* ⁽⁵⁷⁾. Inoltre, si afferma che l'introduzione normativa di una tripartizione della fattispecie di reato in parola non abbia alterato le considerazioni svolte dal Supremo Collegio, che rimangono pertanto valide. I sostenitori della riproposta tesi della "prova libera" si riferiscono, sul punto, ai richiami al principio del libero convincimento del giudice, all'assenza di prove legali, nonché alla necessità che la prova non dipenda dalla volontà dell'interessato ⁽⁵⁸⁾.

Le conseguenze della riforma avvenuta nel 2007 non finiscono qui. Sul fronte della "prova libera", la tripartizione della fattispecie penale ha causato una significativa crepa: sulla soluzione da adottarsi allorché l'accertamento del fatto si fondi unicamente su prove che riportino la percezione sintomatica dell'ebbrezza, la giurisprudenza si spacca.

Un primo indirizzo ha ritenuto che il giudice non potesse mai, sulla scorta delle sole dichiarazioni ed in mancanza del dato etilometrico, ritenere accertato il fatto di reato previsto dalla seconda o dalla terza fascia dettate

⁽⁵⁶⁾ Le prime pronunce in tal senso sono Trib. Rovereto, 6 novembre 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1508 e Trib. Trento, 13 novembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 1393 s., con nota di M. PASSIONE.

⁽⁵⁷⁾ In questo senso, Trib. Rovereto, 6 novembre 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1508. Sulle medesime posizioni, D. POTETTI, *Questioni in tema di nuovo art. 186 c. strad.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3818.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, si veda *retro*, nt. 45.

L'esigenza di non lasciare che dal comportamento tenuto dal conducente derivi la possibilità di acquisire la prova apparve addirittura rafforzata nel periodo immediatamente successivo alla novella del 2007. Con tale intervento legislativo, infatti, si era provveduto a depenalizzare la fattispecie di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti previsti dall'art. 186 c.d.s., trasformandola in illecito amministrativo. Per tali ragioni, l'esclusione dell'accertamento sintomatico dal novero delle prove valutabili dal giudice avrebbe comportato un'intollerabile arbitrarietà in capo al conducente, il quale avrebbe potuto sottrarsi alla sanzione penale opponendo il rifiuto all'esame spirometrico.

In tal senso, Trib. Rovereto, 6 novembre 2007, cit. Nella letteratura, si vedano F. COZZI, *Le nuove disposizioni penali in materia di circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 153; R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza*, cit., p. 986; D. POTETTI, *op. ult. loc. cit.*

dall'art. 186 comma 2 c.p.p. ⁽⁵⁹⁾). Secondo i sostenitori di questa tesi, la soluzione sarebbe imposta dalla presunzione di non colpevolezza e dal principio del *favor rei* ⁽⁶⁰⁾. Più correttamente, forse, si dovrebbe affermare che una simile lettura appare l'unica rispettosa della regola di giudizio che pone nel ragionevole dubbio un limite invalicabile per l'affermazione della responsabilità penale dell'imputato. Non può, infatti, affermarsi che la percezione sensoriale riportata dal teste ⁽⁶¹⁾ sia elemento sufficiente a ritenere provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato per i fatti descritti dall'art. 186 comma 2 lett. b) o c).

Di diverso avviso, invece, quel minoritario indirizzo secondo cui la prova indiziaria derivante dal mero accertamento sintomatico sarebbe comunque idonea ad accertare l'ebbrezza di seconda o di terza fascia, purché il giudice corredi d'idonea motivazione il suo convincimento, dando la prova della colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio ⁽⁶²⁾. In particolare, il pensiero dei giudici di merito che hanno optato per questa

⁽⁵⁹⁾ Così, per prima, Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2008, P.M. in proc. Scanziani, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2008, p. 730 s. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, P.G. in proc. Falaguerra, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, p. 538; Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2009, Zanetti, *ivi*, Rv. 245062; Cass. pen., sez. III, 6 novembre 2008, P.G. in proc. Salvini, *ivi*, Rv. 241794; Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2008, Corzani, *ivi*, Rv. 241764; Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2008, Dalla Vedova, *ivi*, Rv. 242765; Cass. pen., sez. fer., 28 agosto 2008, Cossu, *ivi*, Rv. 242045; Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 2008, P.G. in proc. Ohuda, *ivi*, Rv. 240850.

⁽⁶⁰⁾ Il principio in parola è stato richiamato dalla giurisprudenza anche per affrontare e risolvere il problema posto dall'esito spirometrico che riporti due misurazioni diverse, solo una delle quali superi una determinata soglia di valore (ad es., una sola misurazione supera la soglia di 0,8 g/l, mentre l'altra riporta valori inferiori). In tal caso, secondo l'indicazione dei giudici di legittimità, la fascia di reato da prendere in considerazione sarà sempre quella più bassa. In questo senso, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 38866, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 23263, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 8289, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2010, n. 27387, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 19 novembre 2009, n. 47101, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2009, n. 36576, *ivi*. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Camerino, 23 dicembre 2008, *ivi*.

⁽⁶¹⁾ Una dichiarazione testimoniale che riporti una percezione sensoriale riferita a distanza di mesi, se non di anni, suscita, già di per sé, non poche perplessità sotto il profilo della sua attendibilità. Si pensi, poi, che nella maggior parte dei casi, il teste d'accusa è uno degli agenti di polizia stradale autore del controllo sul guidatore imputato, il quale, per la quantità delle verifiche effettuate, avrà bisogno di consultare i verbali dell'accertamento per ricordare il fatto da descrivere. Il più delle volte, dunque, la dichiarazione del testimone si risolverà in una mera lettura del verbale. Sul punto, si veda oltre, nt. 90.

⁽⁶²⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 2008, Campregher, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242392. Nella giurisprudenza di merito, Corte d'App. Trento, 3 ottobre 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1507; Trib. Trento, 13 novembre 2007, *ivi*, p. 1508; Trib. Rovereto, 6 novembre 2007, *ivi*, p. 1508.

soluzione era rivolto a situazioni di tale evidenza da risultare inequivocabili. Si pensi ai casi di ubriachezza manifesta, in cui il conducente non riesce neppure a stare in piedi oppure non è capace di tenere gli occhi aperti (verosimilmente) per il torpore alcolico.

Il contrasto giurisprudenziale non sembra destinato a risolversi tanto presto. Peraltro, la posta in gioco appare ben più alta dal momento che la novella del luglio 2010 ⁽⁶³⁾ è intervenuta a depenalizzare il primo “scaglione” ⁽⁶⁴⁾.

Alcuni correttivi a questa tesi provengono da alcune pronunce che, pur aprendo alla possibilità di accertare l’ebbrezza prevista dalla seconda e dalla terza soglia dell’art. 186 comma 2 c.d.s., hanno notevolmente ridotto la portata di simili affermazioni: «è agevolmente intuibile che, sul piano probatorio, la possibilità per il giudice di avvalersi, ai fini dell’affermazione della sussistenza dello stato di ebbrezza, delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori sarà il più delle volte logicamente da circoscriversi alla sola fattispecie meno grave» ⁽⁶⁵⁾. L’eventuale inquadramento del fatto nell’alveo delle fattispecie di seconda o terza fascia non può essere affidato al solo ragionamento del giudice: seppur supportato da conoscenze tecnico-scientifiche appartenenti al proprio bagaglio culturale, questi dovrà avvalersi del

⁽⁶³⁾ Si fa riferimento alla l. 29 luglio 2010, n. 120, “Disposizioni in materia di sicurezza stradale”.

⁽⁶⁴⁾ Circoscrivono l’accertamento sintomatico ai soli casi più lievi, oggi depenalizzati, Cass. pen., sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 42031, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 2011, n. 38804, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38797, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 2011, n. 38717, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2011, n. 41999, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2011, n. 29458, *ivi*; Cass. pen. sez. IV, 12 maggio 2011, n. 35206, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2011, n. 35198, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27716, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 7 aprile 2011, n. 22336, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2011, n. 17464, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 12038, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2011, n. 8884, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 2010, n. 44871, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 2010, n. 6812, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 44851, *ivi*.

Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. La Spezia, 21 marzo 2011, S., in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2011, p. 408; Trib. Torino, sez. V, 19 gennaio 2011, in *DeJure*.

Ex adversis, Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 2011, n. 28787, P.G. in proc. Rata, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 250714. Sulle medesime posizioni, Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2011, n. 38743, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 19 luglio 2011, n. 36063, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 4 maggio 2011, n. 27042, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2011, n. 24131, *ivi*.

⁽⁶⁵⁾ Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2011, n. 31572, *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2011, n. 31307, *ivi*.

parere di un esperto ⁽⁶⁶⁾).

6) Considerazioni critiche: un tentativo di razionalizzazione

Gli estenuanti ritocchi alla materia apportati dalla legislazione emergenziale hanno favorito il proliferare di teorie interpretative tra loro divergenti. Il frammentario quadro giurisprudenziale sin qui descritto dimostra con quanta impellenza occorra un intervento definitivo delle Sezioni Unite.

In attesa dell'auspicato arresto del Supremo collegio, alcune considerazioni critiche possono risultare utili per orientarsi nella confusione generata dalla sedimentazione degli indirizzi giurisprudenziali sin qui ricostruiti.

Innanzitutto, bisogna rilevare che, con riguardo alle argomentazioni addotte dalla teoria della “prova libera”, sembra mal posto il richiamo al principio del libero convincimento del giudice nella valutazione della prova ed alla corrispondente assenza di “prove legali”. Nell'affermare che l'etilometro «non è [...] l'unica prova possibile del reato, non è una prova legale» ⁽⁶⁷⁾, infatti, si confonde il concetto di “prova legale” (ossia quello strumento probatorio che vincola la decisione del giudice ad un esito predeterminato) con quello, inedito e di derivazione unicamente logica, di “prova necessaria”, costituita dall'unica prova idonea ad accertare un fatto. Qui non si tratta di stabilire se il giudice possa o meno valutare liberamente l'esito della prova del respiro che, per svariate ragioni, viene a mancare, ma se sia possibile a tal scopo utilizzare strumenti alternativi all'etilometro.

Forse che il legislatore, nel creare la fattispecie di cui all'art. 186 c.d.s. e nel disciplinare la possibilità di acquisire la prova del fatto attraverso lo strumento etilometrico, ha inteso creare una “prova necessitata”, uno strumento di accertamento del fatto, per così dire, obbligato? Se di “prova obbligata” si

⁽⁶⁶⁾ Di questo avviso, Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2011, n. 16012, in *DeJure*, la quale afferma che «[o]ccorr[a], invero, un dettagliato accertamento della situazione fattuale nonché un'indagine tecnico-scientifica, magari svolta a mezzo di apposita perizia, dalla quale si possa inferire che la stessa sintomatologia nella situazione data (sesso, età ed altre contingenze rilevanti) implichi con certezza il superamento delle varie fasce indicate dalla norma e, nel caso di specie, il superamento del tasso alcolemico di 0,8 g/l».

⁽⁶⁷⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 1994, Malacrino, cit., p. 718.

tratta, l'assunto sembra derivare da ragioni di ordine logico e tecnico-scientifico, non certo di tipo giuridico. In nessuna norma, infatti, è previsto un obbligo di accertare l'ebbrezza unicamente mediante *alcoltest*. Al contrario, se si osserva il disposto dell'art. 379 comma 3 del reg. c.d.s. ⁽⁶⁸⁾, sembra di poter ravvisare indicazioni nel senso opposto.

La lettura della disposizione appena citata è duplice, anche se paiono entrambe riconducibili a ragioni di diffidenza del legislatore. La prima è una diffidenza verso gli organi accertatori. Già si è detto del considerevole spazio di discrezionalità di cui essi godano nell'ordinare al conducente di sottoporsi ad *alcoltest*. L'annotazione delle circostanze sintomatiche, pertanto, potrebbe valere per un controllo *ex post* sulla sussistenza dei presupposti per ordinare l'accertamento e per la valutazione della legittimità del rifiuto eventualmente opposto dal conducente ⁽⁶⁹⁾. La seconda rivela una qualche sfiducia nei confronti dell'accertamento tecnico e della sua attendibilità. In quest'ottica, la verbalizzazione degli elementi sintomatici percepiti costituirebbe un «element[o] estern[o] di riscontro» ⁽⁷⁰⁾ rispetto all'esito della prova del respiro.

Neppure il riferimento alla libertà dei mezzi di prova appare pertinente, se addotto come argomento a sostegno della possibilità di utilizzare prove che riportino percezioni del c.d. dato sintomatico. Lo sarebbe se si trattasse di ammettere al processo una “prova atipica”. Tuttavia, se una qualche “atipicità” può essere ravvisata, ciò vale proprio per la prova etilometrica ⁽⁷¹⁾: se, infatti, le

⁽⁶⁸⁾ La norma prevede che, anche quando la polizia stradale faccia uso della strumentazione etilometrica, «rest[i] fermo, in ogni caso, il compito dei verbalizzanti di indicare le circostanze sintomatiche dell'esistenza dello stato di ebbrezza desumibile dallo stato del soggetto e dalla condotta di guida».

⁽⁶⁹⁾ In questo senso si era espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 194 del 1996. Per una breve disamina della questione, si veda il cap. II, § 4.

⁽⁷⁰⁾ Così G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 565. Secondo l'autore, «lo stesso legislatore non sembra aver avuto soverchia fiducia in tale metodo di accertamento, se è vero che [...] ha imposto ai verbalizzanti l'obbligo indeclinabile di completare l'accertamento con l'indicazione di tutte le circostanze esterne rivelatrici dello stato di alterazione alcolica».

⁽⁷¹⁾ Così, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 562 s., secondo il quale «pur nell'evidente tipicità del procedimento tecnico di rilevamento dei dati, [...] resta anche qui evidente l'atipicità del mezzo, giacché l'averlo previsto nel codice della strada, non equivale ad un suo inserimento fra i mezzi tipici di prova, che possono essere, come si è già detto, solo quelli di cui all'art. 194 ss. c.p.p.».

L'inquadramento dell'*alcoltest* nell'alveo dell'art. 354 c.p.p. è ormai pacifico. La sua disciplina extracodicistica, peraltro, non impedisce di considerarlo parte attiva delle disposizioni

modalità di acquisizione appaiono sufficientemente dettagliate, ciò che può costituire oggetto di vaglio del giudice mediante i criteri posti dall'art. 189 c.p.p. è il funzionamento tecnico-scientifico dell'apparecchiatura etilometrica e l'attendibilità della conseguente misurazione.

A parere di chi scrive, la teoria della "prova libera" non può soddisfare le esigenze di accertamento sottese dalla fattispecie in esame. La valutazione del mero dato sintomatico non è quasi mai sufficiente per fondare una condanna al di là di ogni ragionevole dubbio. Al tecnicismo utilizzato dal legislatore in questa materia, infatti, non può che accompagnarsi un parallelo rigore scientifico nella prova del fatto. E tali esigenze rigoristiche non possono certamente trovare soddisfazione nelle dichiarazioni dei verbalizzanti che riportino i sintomi percepiti. Se si osservano con attenzione simili testimonianze, ci si accorge, peraltro, che esse costituiscono una prova "due volte critica": il teste che percepisce direttamente i sintomi inferisce la loro natura legata all'ebbrezza, compiendo – pur in assenza delle conoscenze tecniche per svolgerla – una prima valutazione dei sintomi; al giudice, posto di fronte alle dichiarazioni del teste, non resta che valutare in via indiretta l'affidabilità di un precedente apprezzamento. Sull'attendibilità di un accertamento sintomatico, poi, gravano le perplessità espresse nella letteratura medico-legale ⁽⁷²⁾. I sintomi, peraltro, non sono indicatori univoci dell'ebbrezza del soggetto, ma possono essere spiegati da altre cause, come un intenso stato di *shock* ovvero una commozione cerebrale ⁽⁷³⁾.

Concludendo, la natura critica dell'analisi dell'aria espirata impone al giudice di apprezzarla con prudenza forse maggiore rispetto a quella sin ora adottata nelle aule di tribunale. Ciò appare necessario soprattutto se si pone mente al suo grado di attendibilità, decisamente inferiore rispetto alla prova del

di procedura penale.

⁽⁷²⁾ Cfr. P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. cit.*, p. 237, secondo i quali «potrebbe risultare difficoltoso il riscontro di tutti quei segni caratteristici, anche di natura clinica, che possono far pensare con ragionevole certezza ad uno stato di alterazione psicofisica da sostanze psicotrope, da parte di soggetti non provvisti di competenze e conoscenze mediche (collegate in particolare al riconoscimento dei sintomi tipici dovuti a tali stati di abuso)».

⁽⁷³⁾ In questo senso, tra gli altri, V. PEZZELLA, *Guida in stato di ebbrezza: non convince la rinuncia agli indici sintomatici*, cit., p. 1321.

sangue, che resta l'unica in grado di fornire un risultato certo dell'attuale presenza di sostanze alcoliche nell'organismo. La soluzione che si propone, pertanto, non può che auspicare un'inversione di rotta rispetto a quella intrapresa dalla giurisprudenza. Pur lasciando aperta la strada all'eccezione, data da un quadro probatorio indiziario tanto solido da non richiedere ulteriori conferme nella prova tecnica, nella restante parte dei casi (che costituiscono la maggioranza), occorre pretendere maggior rigore scientifico. A tal scopo, sembra che la prova scientifica debba essere supportata da altri elementi: l'*alcoltest* dovrà essere considerato, sì, una "prova necessaria" ma di per sé sola non sufficiente ad accertare il fatto. Ad un suo eventuale esito positivo dovrà accompagnarsi sempre ⁽⁷⁴⁾ un riscontro sintomatico corroborante ⁽⁷⁵⁾.

7) La verifica dell'alterazione da droghe

Il discorso si complica allorché ci addentriamo nella materia dell'accertamento dell'alterazione da droghe. A differenza dell'art. 186 c.d.s., il quale riguarda una sola sostanza inebriante (l'etanolo), l'art.187 c.d.s. contiene un implicito riferimento ad una quantità considerevole di sostanze stupefacenti o psicotrope. Se per la prima fattispecie, dunque, è più agevole individuare i noti sintomi – nonostante, sulla loro univocità, i tossicologi si mostrino molto più cauti della giurisprudenza nostrana –, l'accertamento sintomatico della seconda risulta difficoltoso ad un occhio non esperto.

Per tali ragioni, nella giurisprudenza di legittimità si è affermato il principio di diritto per cui «è necessario che lo stato di alterazione del conducente dell'auto venga accertato attraverso un esame tecnico su campioni

⁽⁷⁴⁾ Nei casi di misurazione che indichi un tasso alcolemico elevatissimo, sembrerebbe ipotizzabile una pronuncia di condanna anche in difetto di elementi di prova corroboranti. Nemmeno in questi casi, tuttavia, sembra di poter prescindere dai riscontri. Onde evitare errori dell'apparecchio e proprio perché sembra inverosimile che, proprio in presenza di un livello di alcolemia molto alto, i sintomi dell'ebbrezza – tanto più evidenti – non siano percepiti, anche in questi casi si ritengono necessari di elementi a supporto della prova etilometrica.

⁽⁷⁵⁾ *Contra*, Cass. pen., sez. IV, 16 dicembre 1998, in *Riv. pen.*, 1999, p. 673, la quale esclude la necessità di riscontri corroboranti l'esito positivo dell'*alcoltest*. Seppur "esterma", la tesi prospettata sembra l'unica in grado di assicurare il necessario rigore euristico necessario per l'accertamento dei fatti da provare: lo impone, se non altro, la presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

di liquidi biologici»⁽⁷⁶⁾. Secondo i supremi giudici, infatti, si tratta «di un accertamento che richiede conoscenze tecniche specialistiche in relazione all'individuazione ed alla quantificazione delle sostanze»⁽⁷⁷⁾.

È, questo, un orientamento giurisprudenziale che soffre di un errore terminologico che va immediatamente corretto. Nel riferirsi alla prova dell'alterazione, in realtà, i giudici intendono l'accertamento dell'assunzione di sostanze droganti. Una cosa, infatti, è verificare che il soggetto *abbia assunto una sostanza*, altra è che ne *sia alterato al momento della guida*. I due aspetti non vanno automaticamente a braccetto: il guidatore può aver assunto droghe prima di porsi alla guida ma non essere alterato dalle stesse, ovvero può mostrare segnali di alterazione che non siano causalmente collegati con l'assunzione di tali sostanze⁽⁷⁸⁾.

Il concetto è chiaramente espresso in un'importante pronuncia del Giudice delle leggi⁽⁷⁹⁾, secondo cui la fattispecie in esame «è costituita dal concorso di due elementi qualificanti: da un lato, lo stato di alterazione [...]; dall'altro, l'assunzione di sostanze (stupefacenti o psicotrope), idonee a causare

⁽⁷⁶⁾ Si vedano, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2010, Tavano, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2010, p. 607 s.; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, P.M. in proc. Confortola, *ivi*, 2010, p. 542 s.; Cass. pen., sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41796, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2007, De Rosa, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3851; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2006, Verdi, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 234464; Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2006, Marchetti, *ivi*, Rv. 234573; Cass. pen., sez. IV, 1° marzo 2006, Petillo, *ivi*, Rv. 234032; Cass. pen., sez. IV, 24 ottobre 2005, Coppo, *ivi*, Rv. 233171; Cass. pen., sez. IV, 7 ottobre 2004, Melani, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1551 s.; Cass. pen., 15 gennaio 2003, Casali, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2003, p. 600, con nota di F.A. GENOVESE, *Sul reato di guida sotto l'effetto stupefacenti (o psicotrope) e su quello di rifiuto di sottoporsi all'accertamento clinico (sulla presenza di tali sostanze nei liquidi organici del conducente)*. Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Camerino, 28 aprile 2009, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2009, p. 739; Trib. Pordenone, 10 dicembre 2007, in *DeJure*.

⁽⁷⁷⁾ Così, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 7 ottobre 2004, Melani, *cit.*

Come noto, la fattispecie non individua dei "limiti soglia" di concentrazione delle sostanze nel sangue. Quando la giurisprudenza si riferisce alla quantificazione della sostanza, pertanto, fa riferimento alle tabelle tossicologiche riportanti soglie di valori minime, al cui raggiungimento è possibile affermare la positività del *test*.

In tema di quantificazione delle sostanze nel sangue, si veda anche cap. III, nt. 25.

⁽⁷⁸⁾ In questo senso anche D. POTETTI, *Gli accertamenti del reato di cui all'art. 187 c. strad. dopo la l. n. 120 del 2010 e la scomparsa della visita medica*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2728.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Corte cost., 27 luglio 2004, n. 277, *cit.*, nella quale la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 c.d.s., nella parte in cui non prevede un limite quantitativo di sostanza presente nell'organismo oltre cui quale il soggetto possa ritenersi in stato di alterazione psicofisica, ha ravvisato la manifesta infondatezza della questione (cfr. sul punto cap. II, nt. 24).

lo stato di alterazione, per l'accertamento del quale come ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità non è sufficiente la mera osservazione o descrizione di una determinata sintomatologia, ma è necessario il riscontro di idonee analisi di laboratorio». Il reato di cui all'art. 187 c.d.s., pertanto, «risulta integrat[o] dalla concorrenza dei due elementi, l'uno obiettivamente rilevabile dagli agenti di polizia giudiziaria (lo stato di alterazione), e per il quale possono valere indici sintomatici, l'altro, consistente nell'accertamento della presenza, nei liquidi fisiologici del conducente, di tracce di sostanze stupefacenti o psicotrope, a prescindere dalla quantità delle stesse, essendo rilevante non il dato quantitativo, ma gli effetti che l'assunzione di quelle sostanze può provocare in concreto nei singoli soggetti».

Chiarita la dualità dell'accertamento da raggiungere per la prova del reato in questione, la diversità delle problematiche sollevate dall'una e dall'altra prova appaiono intuitive. Occorrerà, pertanto, svolgere un discorso autonomo per ciascuna delle due verifiche.

8) (Segue): la prova dell'assunzione di sostanze stupefacenti

La prova dell'assunzione di sostanze droganti o psicotrope sembra dover passare sempre attraverso l'analisi dei fluidi biologici. Il citato indirizzo giurisprudenziale, pur nella rilevata confusione tra prova dell'assunzione della sostanza e prova dell'alterazione da droghe, è chiaro nello stabilire la necessità dell'analisi dei «campioni di liquidi biologici» prevista dall'art. 187 comma 3 c.d.s. Oggetto di indagine favorito è il fluido ematico. Si tratta di un campione biologico dalla cui analisi emerge una fotografia della situazione indubbiamente più attuale rispetto a quella che è possibile ottenere mediante l'esame delle urine, pur tuttavia esperibile.

Già si è notato, poi, come il legislatore sia recentemente intervenuto sull'art. 187 c.d.s., aggiungendo un comma *2-bis*, che disciplina la possibilità di «accertamenti clinico-tossicologici e strumentali ovvero analitici su campioni di mucosa del cavo orale prelevati a cura di personale sanitario ausiliario delle forze di polizia». La norma prosegue specificando che, ove ciò risulti necessario

a garantire la neutralità finanziaria, il previsto decreto attuativo ⁽⁸⁰⁾ potrà disporre che gli accertamenti “di nuovo conio” siano svolti su campioni di fluido del cavo orale, *i.e.* saliva.

Approfondite digressioni sul livello di affidabilità del *test* su mucosa e saliva esultano da questo lavoro. Tuttavia, pare di non potersi esimere dal rilevare come la novità legislativa sia stata subito investita dalle critiche degli studiosi di medicina legale, i quali hanno sottolineato la scarsa affidabilità sotto il profilo scientifico di tali *test* ⁽⁸¹⁾.

In estrema sintesi, volendo stilare una classifica di affidabilità dei metodi d’analisi tossicologica sui campioni biologici citati, il primo posto spetta all’esame ematico, seguito da quello sulle urine ed, infine saliva e mucosa del cavo orale ⁽⁸²⁾.

Se, come si è visto, dubbi valutativi possono emergere anche in presenza di un’analisi dei fluidi corporei, tanto più instabile potrebbe essere un giudizio fondato sulla mera valutazione degli elementi sintomatici. Per queste ragioni, per la vicinanza dei temi e per l’identità della questione, come per la guida in stato di ebbrezza, anche nell’ambito dell’accertamento della fattispecie di cui all’art. 187 c.d.s. si è venuta affermando la teoria che ravvisa nell’analisi dei fluidi biologici una vera e propria prova legale ⁽⁸³⁾. Si tratta, all’evidenza, di

⁽⁸⁰⁾ L’art. 187 comma 2-*bis* c.d.s. dispone che un «decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministro dell’interno, della giustizia e della salute, sentiti la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche antidroga e il Consiglio superiore di sanità, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione» disciplini «le modalità, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, di effettuazione degli accertamenti di cui al periodo precedente e le caratteristiche degli strumenti da impiegare negli accertamenti medesimi».

Si è già detto come tale decreto, ad oltre un anno dall’entrata in vigore della norma, non risulti ancora stato emanato. Per una volta, l’inerzia del legislatore sembra provvidenziale, se non addirittura un indizio dell’atteggiamento respiscente di fronte all’acquisita consapevolezza della scarsa attendibilità di tali accertamenti. In questi termini, anche D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 2731.

⁽⁸¹⁾ Specifica R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 117, come «il limite di sensibilità del metodo [debba] tener conto delle concentrazioni in genere estremamente ridotte delle molecole stupefacenti in questo campione biologico».

⁽⁸²⁾ Non è un caso che la mucosa del cavo orale finisca in fondo alla lista: secondo la letteratura medico-legale, «[l]a scelta [del legislatore] lascia qualche perplessità, se non altro perché la mucosa non sembra essere matrice biologica idonea per tali indagini» (così, R. FROLDI, *op. cit.*, p. 116).

⁽⁸³⁾ In questo senso, Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2008, Sanguineti, *inedita*; Cass.

una lettura delle norme che esclude in maniera radicale spazi di manovra in campo valutativo in capo al giudice. Questi verrebbe in tal modo privato del suo potere di esercitare il libero convincimento su prove diverse da quella tecnico-scientifica che gli siano sottoposte durante il giudizio. La prova tecnico-scientifica sarebbe, nella sostanza dei fatti, imperscrutabile ed incontrovertibile.

Ancora una volta, il problema appare mal posto. Le analisi di laboratorio sul campione di sangue o di urine costituiscono, sì, una “prova necessaria” per la verifica dell’assunzione di sostanze droganti, ma ciò non dev’essere confuso con l’imposizione di vincoli valutativi al giudicante. Come si è osservato con riferimento all’esito dell’*alcoltest*, il giudice rimane libero di valutare la bontà degli elementi di prova che gli vengono sottoposti, finanche disattendendo l’esito delle analisi di laboratorio.

Contrapposto all’orientamento sin qui descritto, un minoritario indirizzo giurisprudenziale ⁽⁸⁴⁾ ha ricavato dal principio del libero convincimento del giudice un generale ripudio dell’ordinamento processuale per i meccanismi decisionali automatici. S’impone la necessità di considerare sempre tutte le prove acquisite al processo; ne consegue che, ove la prova risulti di palmare evidenza, sarà consentito al giudicante ritenere provato il fatto pur in assenza di accertamenti strumentali. Per esemplificare, si consideri un caso recentemente sottoposto alla Suprema corte ⁽⁸⁵⁾, all’esito del quale, pur in assenza di un esame tecnico sui fluidi biologici, essa riconobbe che lo stato di alterazione del conducente era legato all’assunzione di sostanze stupefacenti. Questo il compendio probatorio: le dichiarazioni autoaccusatorie dell’imputato, che aveva

pen., 15 gennaio 2003, Casali, cit., la quale esprime il concetto nei termini di «prova formale». Sulle medesime posizioni, anche Trib. La Spezia, 2 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2238; Trib. Ferrara, 25 maggio 2009, in *Corr. merito*, 2009, p. 1105.

In dottrina, C. FOLADORE, *Guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti: è indispensabile l’accertamento medico*, in *Quot. Giur.*, 29 maggio 2006. *Contra*, D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 2727.

⁽⁸⁴⁾ In tal senso, si vedano Cass. pen., 21 settembre 2007, n. 38529, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237778; Cass. pen., 2 ottobre 2009, n. 3554, in *Guida dir.*, 2010, n. 20, p. 93. Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Rovereto, Uff. GIP, 3 marzo 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 644, con nota adesiva di M. PANZARASA, *Guida sotto l’effetto di stupefacenti: accertamento tecnico o sintomatico?*; Trib. Bolzano, Uff. G.i.p./G.u.p., 2 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1610, con nota adesiva di R. DIES.

⁽⁸⁵⁾ Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2009, Mercatante, *inedita*.

ammesso il recente uso di *marijuana*, nonché mostrato alcune foglie della sostanza agli agenti di polizia stradale; la conferma di dette dichiarazioni da parte dei compagni presenti all'interno dell'autovettura al momento del controllo; la testimonianza dei verbalizzanti, i quali avevano percepito un forte e caratteristico odore di *marijuana* proveniente dall'abitacolo. A ciò si aggiungeva il rifiuto dell'imputato di sottoporsi agli *screening* tossicologici.

Apparentemente, il quadro probatorio descritto sembra non lasciare spazio a dubbi sulla possibilità di confutare l'asserita necessità di una prova tecnica dell'assunzione di stupefacenti. Non bisogna dimenticare, tuttavia, quanto sporadici siano i casi in cui la prova dell'alterazione paia tanto evidente, come nella situazione sopra descritta e quanta cautela debba mostrare il giudice nell'esprimere un giudizio di colpevolezza del tutto scevro da dubbi in una materia tanto tecnica. Oltre alla prova dell'assunzione della sostanza, altrettanto inequivoca dovrà apparire la sua idoneità a indurre un'alterazione psicofisica nel guidatore. Di un simile nesso di causalità sembra peraltro difficile fornire prova certa in assenza di una qualificazione e quantificazione che sembrano poter provenire soltanto dall'esame dei fluidi biologici. Aprire la strada ad un accertamento atecnico dell'assunzione di sostanze stupefacenti potrebbe condurre ad una eccessiva discrezionalità da parte del giudice. Non si tratterebbe, infatti, di un libero apprezzamento della prova, ma di un totale affidamento a valutazioni soggettive svolte da personale non esperto di tossicologia, che inferisca da atteggiamenti del conducente l'assunzione di sostanze droganti. Seppur suggestive, dunque, non si ritengono condivisibili le posizioni espresse dal citato indirizzo minoritario.

Peraltro, neppure l'esito delle analisi di laboratorio costituisce prova incontrovertibile dell'assunzione di determinate sostanze. Il rispetto dei protocolli operativi adottati in ambito tossicologo-forense pare, infatti, l'unica chiave d'accesso per la prova genuina dell'assunzione di droghe. Diversamente, quando tali linee guida non siano osservate, si corre il rischio di incappare in "falsi positivi"; di qui, la prassi di conservare i campioni biologici per consentire la ripetizione del *test* anche in un momento successivo all'indagine. Di tale rischio il giudice non potrà mostrarsi ignaro.

9) (Segue): l'accertamento dell'alterazione psicofisica tra dato sintomatico e visita medica

È noto che gli esami di laboratorio non sono sempre significativi di uno stato di alterazione psicofisica attuale: alcune droghe restano nei liquidi biologici per molto tempo dopo l'assunzione, sicché in alcuni casi, l'esito positivo dell'esame costituisce prova soltanto della presenza dello stupefacente nell'organismo del soggetto e non anche dell'alterazione causata dalla sostanza al momento di porsi alla guida. Ciò è particolarmente vero con riguardo all'esame di tutti i campioni biologici diversi dal sangue, nei quali possono rinvenirsi tracce di stupefacenti a distanza di giorni, a volte anche settimane⁽⁸⁶⁾.

L'accertamento dell'alterazione psicofisica del guidatore passa pertanto per strumenti probatori diversi⁽⁸⁷⁾. Quale sia la prova necessaria o sufficiente per la verifica di tale dato, però, è questione controversa, sulla quale si appunta un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che merita di essere evidenziato. Il quesito verte sulla necessità di un parere esperto circa l'attualità dell'alterazione, da ottenersi mediante visita medica.

Sotto il profilo sostanziale, le ragioni del dubbio derivano da esigenze di attendibilità della prova⁽⁸⁸⁾; da un punto di vista formale, invece, rileva il dato letterale dell'art. 187 comma 3 c.d.s. Conteneva, questo, un espresso riferimento alla «relativa visita medica»⁽⁸⁹⁾ che il conducente accompagnato presso le

⁽⁸⁶⁾ Tutti i campioni biologici quali saliva, sudore, urina e fusti piliferi contengono traccia di ciò che è circolato nel sangue e, pertanto, costituiscono strumento idoneo per la ricerca di droghe nell'organismo.

⁽⁸⁷⁾ Esso va autonomamente e positivamente accertato. In questo senso, L. BENINI-G.A. DI BIASE, *op. cit.*, p. 132; S. SCOTTI, *Droghe: tre strade per verificare l'alterazione*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 27, p. 75; L. TANGA, *La rilevanza dell'alterazione psico-fisica prescinde dalla quantità di droga assunta*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 6, p. 65.

⁽⁸⁸⁾ È evidente come l'accertamento c.d. sintomatico costituisca una prova meramente indiziaria dell'alterazione del conducente ed apporti al processo una conoscenza meno appagante di quella che il giudice potrebbe ottenere da un esperto. Inoltre, bisogna rilevare come le indicazioni dei sintomi percepiti (eloquio sconnesso, manovre di guida pericolose, movimenti ed equilibrio precari, pupille dilatate, occhi rossi) siano «apprezzamenti opinabili (quando non mere impressioni) degli operatori di polizia» (così, D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 2730). Esse risultano spesso da formulari prestampati utilizzati dalle forze dell'ordine per verbalizzare l'esito del controllo; la sussistenza di un sintomo piuttosto che di un altro, pertanto, si evince da una asettica e decisamente poco circostanziata "X" apposta in vicinanza di sintomi ricorrenti e predeterminati.

strutture sanitarie per i controlli dell'idoneità alla guida avrebbe dovuto subire.

È su questo dato che una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto di far leva per sostenere che la visita medica fosse «prova preferita» dal legislatore o, addirittura, necessaria per la verifica dell'alterazione dovuta dalla sostanza ⁽⁹⁰⁾.

L'indirizzo è stato presto smentito dalla giurisprudenza di legittimità ⁽⁹¹⁾, che ha definito la visita medica come un «ulteriore, seppur più qualificato, strumento di verifica sintomatica dello stato di alterazione del soggetto assuntore di stupefacenti, la cui assenza non pregiudica il positivo risultato delle analisi cliniche» ⁽⁹²⁾. Ancora una volta, non può non rilevarsi la sovrapposizione di piani tra la verifica dell'assunzione della sostanza – per la quale si ritiene quasi ineludibile l'esame tecnico sui fluidi corporei – e quella dell'alterazione al momento della guida – per cui l'analisi clinica non è quasi mai sufficiente.

La questione non sembra esser stata risolta neppure da quello che pare un intenzionale e mirato intervento di “chirurgia legislativa”, operato sull'art. 187 comma 3 c.d.s. dalla l. n. 120 del 2010, il quale ha espunto dalla norma il precedente richiamo alla visita medica ⁽⁹³⁾. A ben guardare, infatti, dall'elevato

⁽⁸⁹⁾ Visita medica che, peraltro, è richiamata anche nel punto 3.1 del Protocollo operativo per gli accertamenti richiesti dall'art. 187 c.d.s. del 25 febbraio 2005, a cura del Ministero della Salute.

⁽⁹⁰⁾ Prima pronuncia in tal senso è Trib. Pordenone, 10 dicembre 2007, in *DeJure*. In motivazione, il giudice friulano sottolinea l'importanza della visita medica, che, secondo le dichiarazioni del perito escusso in udienza, consiste in un «test di *performance* neuropsicologica che esplora la capacità d'attenzione, la memoria, la correttezza nel linguaggio, l'orientamento temporospaziale. Si associa a delle prove d'equilibrio, perché sono quelle che per prime vengono alterate da questo tipo di sostanze».

Nello stesso senso rispetto alle posizioni espresse dal Trib. di Pordenone, Trib. La Spezia, 24 febbraio 2010, n. 220, in *DeJure*; Trib. Ivrea, 18 gennaio 2010, n. 6, in *Guida al dir.*, 2010, n. 26, p. 105; Trib. Camerino, 22 dicembre 2009, in *DeJure*; Trib. Bologna, sez. Gi.p./G.u.p., 16 giugno 2009, n. 1422, in *Giur. merito*, 2009, p. 3112; Trib. Savona, 2 aprile 2009, *ivi*, 2009, p. 2238.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2010, n. 31966, in *Guida al dir.*, 2010, n. 41, p. 86; Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 2010, n. 9716, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 1549, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, P.M. in proc. Confortola, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, p. 542 s.; Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6235, in *DeJure*.

⁽⁹²⁾ Così, Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6235, cit.

⁽⁹³⁾ Anche secondo D. POTETTI, *op. ult. cit.*, p. 2732 si tratterebbe di una manifesta volontà del legislatore di «semplificare l'accertamento del reato sollecitando il giudice di merito ad “accontentarsi” dell'accertamento indiziario (sintomatico) condotto sulla base degli elementi

tecnicismo della prova dell'alterazione dello stato psicofisico derivano sostanziali esigenze di affidabilità dell'accertamento che non possono essere soddisfatte se non mediante il parere di uno specialista. Conclusioni difformi finirebbero per contraddire quel condivisibile indirizzo che esclude la possibilità di accertare l'assunzione di stupefacenti attraverso le dichiarazioni dei verbalizzanti, proprio in ragione della loro imperizia e conseguente difficoltà nel percepire la molteplicità dei sintomi riferiti ad ogni diversa sostanza.

Preoccupa, dunque, la china intrapresa da quella giurisprudenza che pare accogliere di buon grado la citata semplificazione probatoria, a tal segno da ritenere accertata la contravvenzione in discorso in presenza di un compendio probatorio finanche contraddittorio⁽⁹⁴⁾.

Se, però, da un punto di vista logico, non sembra rinunciabile quel riscontro dell'accertamento tecnico che consiste nella visita medica, sotto l'aspetto più squisitamente giuridico, la tesi proposta pone qualche problema. Nessuna disposizione impone al conducente di sottoporsi al controllo del medico, dunque un suo eventuale rifiuto finirebbe per paralizzare l'acquisizione della prova, né verrebbe in rilievo il reato di cui all'art. 187 comma 8 c.d.s. L'argomento non sembra potersi risolvere attraverso una stretta esegesi delle norme vigenti: occorrerebbe un intervento del legislatore che decidesse di ripristinare la visita medica come strumento di controllo dello stato psicofisico, imponendo una sanzione anche per il rifiuto di quest'ultima.

riferiti dagli operatori di polizia». In alternativa, l'intervento del legislatore potrebbe essere inteso come una ben più allarmante intenzione di derivare la prova dell'alterazione «automaticamente dalla pregressa assunzione della sostanza (provata con le procedure previste dallo stesso art. 187 cit.)».

⁽⁹⁴⁾ Ci si riferisce a Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2010, Prandi, *inedita*, che, pur in presenza di un quadro probatorio incerto, ha ritenuto provate sia la pregressa assunzione di droghe, sia l'alterazione attuale. Questo il compendio probatorio: l'esito negativo delle analisi di laboratorio certificava una precedente assunzione di metadone, in percentuale tuttavia non sufficiente ad incidere sulla capacità psicofisica del soggetto (a fronte di una quantità di 1000 mg/ml richiesta per poter attestare la positività del soggetto, veniva rilevata una quantità di 300 mg/ml); l'annotazione dei verbalizzanti, invece, rilevava un «atteggiamento talvolta aggressivo» del guidatore.

Bibliografia

- ALBAMONTE E., *In tema di valore probatorio dell'accertamento condotto con etilometro*, in *Giud. di pace*, 2003.
- ALIBRANDI A., *Cenni sul reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ.*, 1991.
- ALIBRANDI A., *Il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool nel nuovo codice della strada*, in *Arch. giur. e trasp. strad.*, 1993.
- ALLEN G., *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- ALBAIDY T.A.A.-HILL D.W.-PAYNE J.P., *Significance of Variations in Blood: breath Partition Coefficient*, in *Br. Med. J.*, 1976, 18.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- AMATO G.-D'ANDRIA M., *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- AMODIO E., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974.
- ANSTIE F.E., *Final Experiments of the Eliminaion of Alcohol of the Body*, in *Practitioner*, 1847, 13.
- BAGLIONE T., *L'accertamento della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza*, in *Giust. pen.*, 1995, II.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BONOMI A., *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s – (I parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- BARNI M., *Il dosaggio alcoolemico è possibile anche senza il consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005.
- BELLANTONI G., *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, in Id., *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- BENFER J., *Einsatz brechreizerzeugender Mittel bei Drogendealern?*, in *Juristische Rundschau*, 1998.
- BENINI L.-DI BIASE G.A., *La guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti*, La Tribuna, Piacenza, 2009.
- BERGER M., *Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives*, in *European Human Rights Law Review*, 2006.
- BERNINI M.-DE FERRARI F.-FROLDI R.-GAMBARO V.-PEDROTTI S.-NEDROTTI R., *Alcoolimetria nel sangue e nell'aria espirata: confronto tra diverse metodiche*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1988.
- BERTOLINI G.B., *Brevi note critiche a proposito della guida in stato di ebbrezza*, in *Giur. merito*, 1996.
- BIALAS B., *Die Rechtsprechung zur Feststellung der Fahrüchtigkei infolge des Konsum vom Drogen*, in *Blutalkohol*, 1997.
- BISCARDI M., *Nota – Accertamenti urgenti di P.G. e garanzie difensive: l'etilometro*, in *P.Q.M.*, 2001, n. 2.

- BOCCHINI B., *Nuovo codice della strada e processo penale*, Experta, Forlì, 2010.
- BORDIERI M., *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcoltest compiuto dalla polizia giudiziaria su un conducente di autoveicolo*, in *Cass. pen.*, 2006.
- BORSARI U., *Il codice della circolazione stradale e dell'automobile*, C. Colombo, Roma, 1929.
- BOSCH N., *Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- BRODAG W.D., *Strafverfahrensrecht für Schulung und Praxis*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2008.
- BRUGSCH J.-FINK H.-FROMM H.-HABERZETH W., *Quantitative Untersuchungen der Ausscheidung von Substanzen durch die Lungen aus der Blutbahn*, in *Z. Schr. in Med.*, 1959.
- BURMANN M., sub § 316, in M. Burmann-R. Heß-J. Jahnke-H. Janker, *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2010.
- BUTLER A.S., *Funke v. France and the Right Against Self-Incrimination: a Critical Analysis*, in *Criminal Law Forum*, 2000.
- BUTTARELLI G., *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990.
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo d'indagine. Spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999.
- CAMON A., *Nullità probatorie, omesso deposito di atti d'indagine e principio di non regressione*, in *Cass. pen.*, 1994.
- CANESTRINI M.-GUARINI G., *Punibilità del reato di guida in stato di ebbrezza c.d. sintomatico, dopo la l. n. 160/2007*, in www.penale.it.
- CAPITTA A.M., *Ricognizione coatta, communicative evidence e diritto al silenzio*, in *Giust. pen.*, 1996, I.
- CARAVITA B., *Commento all'art. 32 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 1990.
- CAPRARO F.-BONIFACIO F., *Nuovi risvolti giurisprudenziali sulla guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ. sin.*, 1998.
- CAPRIOLI F., *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2010.
- CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- CARLI L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- CARNEVALE S., *Commento all'art. 234*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 2005.
- CAVALLARI V., *Commento all'art. 178 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, coordinato da M. Chiavario, Utet, Padova, 1990.
- CAVALLARI V., *La capacità dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1968.
- CEI F., *Commento all'art. 187 c.d.s.*, in F.C. Palazzo-C.E. Paliero, *Commento breve alle leggi penali complementari*, 2° ed., Cedam, Padova, 2007.
- CEI F., *Commento all'art. 4 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125*, in *Leg. pen.*, 2009.
- CERESA GASTALDO M., *La ricognizione personale "attiva" all'esame della Corte*

- costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità dell'imputato?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- CESARI C., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CHALUS D., *La dialectique «aveau – droit au silence» dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé*, in *Revue Juridique Themis*, 2009.
- CHIAVARIO M., *Commento all'art. 6, AA.VV., Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Cedam, Padova, 2001.
- CIAPPI M., *Questioni in tema di deposito delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995.
- CINGOLANI M., *Il prelievo ematico per l'accertamento dell'idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997.
- CINGOLANI M.-FRATI P.-FROLDI R., *Qualche ulteriore considerazione giuridica e tecnico-applicativa in tema di accertamenti previsti per alcool e stupefacenti dagli artt. 186 e 187 del codice della strada*, in *Zacchia*, 2000, n. 18.
- CONDE F.M., *Dal divieto di incriminazione al diritto processuale penale del nemico*, in *Arch. pen.*, 2009.
- CONTI C., *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- CONTI C., *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- CORDERO F., *Commento all'art. 366 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 2° ed., Torino, Utet, 1992.
- CORDERO F., *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1963.
- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- CORDERO F., *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958.
- COSTAMAGNA L.-DEZZI S.-VOCI N., *Alcool e idoneità alla guida: comparazione tra valori ematici reali e valori teorici desunti dall'esame dell'aria espirata*, in *Zacchia*, 1989.
- COZZELLA C., *Guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti alla luce delle modifiche apportate al codice della strada (e non solo)*, in *Giur. merito*, 2011.
- COZZI F., *Le nuove disposizioni penali in materia di circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.
- CRIPPA O.-GROPPI A.-PAPA P., *In tema di alcool nell'espirato: possibili problemi derivanti dall'impiego di calibratori commerciali*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1990.
- DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.
- DENNEY R.C., voce *Alcohol. Body Fluids*, in *Encyclopedia of Forensic Sciences*, Academic Press, San Diego, 2000.
- D'AMBROSIO L., *Commento agli artt. 359 e 360*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, Torino, 1990.
- D'AMBROSIO L., *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 2007.
- D'AMBROSIO L.-VIGNA P.L., *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 1998.
- D'AURIA D., *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir.*

- pen. proc.*, 2010.
- D'ISA R., *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.
- DE FRANCO R.G., *I rilievi segnaletici disposti dall'autorità di pubblica sicurezza si concretano in una violazione della libertà personale?*, in *Giur. it.*, 1962.
- DE LEO G., *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, in *Cass. pen.*, 1996.
- DE LEO G., *Terrorismo: le "scappatoie" per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 37.
- DE ROBERTO G., *Nota a Cass. pen. 18 maggio 1987*, in *Giur. it.*, 1988, II.
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001.
- DEL COCO R., *Il prelievo dei campioni biologici*, in AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti-L. Lupària, Giuffrè, Milano, 2010.
- DENCKER F., *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Heymann, Köln, 1977.
- DESTRO G., *Accertamento del tasso alcool emico mediante prelievo dell'alito*, in *Riv. pol.*, 1973.
- DI GERONIMO P., *La nullità degli atti nel processo penale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.
- DI MASI V., *Diritto dell'imputato all'assistenza del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- DIES R., *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.
- DIES R., *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi nel tempo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011.
- DINGELDEY T., *Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafverfahren*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1984.
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- DOMINIONI O., voce *Imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.
- DUNI M.-CASSONE D.-GARRI F., *Trattato di diritto della circolazione stradale*, III, Ed. Co.Na.La., Roma, 1961.
- EASTON F.M., *Bodily Samples and the Privilege Against Self-Incrimination*, in *The Criminal Law Review*, 1991.
- EISENHARDT U., *Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten*, Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007.
- EISENMENGER W., *Drogen im Straßenverkehr – Neue Entwicklungen*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006.
- ESPOSITO C., *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Camerino*, vol. IV, 1930.
- ESSER R., *EMGR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.6.2008*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008.
- FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, Padova, 2009.
- FELICIONI P., *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in

- Dir. pen. proc.*, 2005.
- FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007.
- FELICIONI P., *L'Italia aderisce al trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, *ivi*, 2009.
- FERNER W.-XANKE P., *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, Deubner, Köln, 2006.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, 2^a ed., Zanichelli, Bologna, 2007.
- FERRUA P., *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990.
- FERRUA P., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998.
- FLORIAN E., *Delle prove penali*, vol. I, Vallardi, Milano, 1924.
- FOLADORE C., *Guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti: è indispensabile l'accertamento medico*, in *Quot. giur.*, 29 maggio 2006.
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993.
- FOSCHINI G., *L'imputato. Studi*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1956.
- FRATI P.-FROLDI R.-TASSONI G.-ZAMPI M., *Considerazioni medico-legali sulle modifiche apportate all'art. 186 C.d.S.*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- FRISTER H., *Der Lügendetektor – Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 106 (1994).
- FROLDI R., *Lezioni di tossicologia forense*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2011.
- FURIN N., *Diritto di difesa. Indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1999.
- GABRIELLI C., *“Accertamenti medici” dai confini troppo incerti*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30.
- GABRIELLI C., *La decisione del “prelievo” torna al giudice*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30.
- GAEDE K., *Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh*, in *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2006.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992.
- GALATI A., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.
- GEIGER H., *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis* in H. Buschbell, *Müncher Anwalts Handbuch – Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2009.
- GENOVESE F.A., *Sul reato di guida sotto l'effetto stupefacenti (o psicotrope) e su quello di rifiuto di sottoporsi all'accertamento clinico (sulla presenza di tali sostanze nei liquidi organici del conducente)*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2003.
- GEPPERT K., *Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) und Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)*, in *Jura*, 2001.
- GEPPERT K., *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschließungen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstags*, in *Blutalkohol*, 1992.
- GEPPERT K., *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, in *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De

- Gruyter, Berlin, New York, 1992.
- GIALUZ M., *Commento all'art. 24 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole-R. Bin, Cedam, Padova, 2008.
- GIARRUSSO M.-TITO R., *La circolazione stradale, illeciti penali*, Giuffrè, Milano, 1989.
- GIORGETTI R.-MONTISCI M.-CASTAGNA F.-GENNARI M.-FERRARA S.D., *Alcol etilico nell'aria espirata. Comparazione BrAC/BAC in una popolazione di conducenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002.
- GLESS S., *Der Nemo tenetur-Grundsatz – ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht*, in H. Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, *200 Jahre Code d'instruction criminelle – La Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973.
- GREVI V., «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972.
- GREVI V., *Misure cautelari*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2010.
- GREVI V., *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, V ed., Cedam, Padova, 2010.
- GRIFANTINI F.M., *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- GRILLO C.M., *Gli illeciti penali dal vecchio al nuovo codice della strada*, in *Riv. pen.*, 1993.
- GRÜNER O., *Die Atemalkoholprobe*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985.
- GRÜNER G., *Die zwangsweise Vergabe von Breichmitteln – OLG Frankfurt a.M.*, in *Juristische Schulung*, 1999.
- GRÜNWARD G., *Menschenrecht im Strafprozeß*, in *Strafverteidiger*, 1987.
- GRÜNWARD G., *Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung*, in *Juristenzeitung*, 1981.
- GUARNERI G., *Le parti nel processo penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano, 1949.
- GUARNERI G., voce *Parti (Diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965.
- HAAS G., *Der Beschuldigte als Augenscheinsobjekt*, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1997.
- HACKETHAL A., *Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- HARBORT S., *Der Beweiswert der Blutprobe*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1994.
- HARBORT S., *Rauschmitteleinnahme und Fahrsicherheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1996.
- HÄCKER F., *Die forensische Verwertbarkeit der Atemalkoholanalyse im Straf- und Ordnungswidrigkeitenbereich*, Driesen, Taunusstein, 2009.
- HEIFER U.-PLUISCH F., *Herabsetzung der Promille-Grenze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991.
- HENTSCHEL P., sub § 316 StGB, in *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2003.
- HERZOG F., sub § 316 StBG, in *Strafgesetzbuch NomosKommentar*, a cura di U.

- Kundhäuser-U. Neumann-H.U. Paeffgen, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- HETTENBACH M.-KALUS V.-MÖLLER M.-UHLE A., *Drogen und Straßenverkehr*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2010.
- HORN E.-WOLTERS G., sub § 316 StGB, in *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, München, 2006.
- HÖFLE E., *Atemanalyse zur Feststellung der Alkoholfahrt*, in *Deutscher Verkehrsgerichtstag*, 1992.
- ICHINO G., *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, a cura di M.G. Aimonetto, Torino, Utet, 1999.
- IFFLAND R.-BILZER N., *Zweifel an dem beweissicheren Atemalkoholnachweisverfahren mit dem „Alcotest 7110 Evidential“*, in *Deutsches Autorecht*, 1999.
- IFFLAND R.-EISENMENGER W.-BILZER N., *Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Atemalkoholspiegels in der forensischen Praxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999.
- IFFLAND R.-EISENMENGER W.-BILZER N., *Gerichtsverwertbarkeit von Atemalkoholmessung*, in *Deutsches Autorecht*, 2000.
- ILLUMINATI G., *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. cost.*, 2008.
- ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- INBAU F.E., *Self-Incrimination: What can an Accused Person be Compelled to do?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, vol. 89, n. 4.
- JANISZEWSKI H., *Verkehrsstrafrecht*, Beck, München, 2004.
- JANKER H., *Der langsame Abschied von der Blutprobe – Aktuelle Fragen zum Führen von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss nach § 24a Abs. 1 StVG sowie § 316 StGB*, in *Deutsches Autorecht*, 2002.
- JANKER H., *Polizeiliche Maßnahmen bei Drogendelikten im Straßenverkehr*, in *Deutsches Autorecht*, 2003.
- JANNITTI PIROMALLO A., *Commento alle leggi sulla tutela delle strade e sulla circolazione*, Jovene, Napoli, 1935.
- JONES A.W.-ANDERSSON L., *Variability of the Blood/Breath Alcohol Ratio in Drinking Drivers*, in *Journal of Forensics Science*, 1996, n. 41.
- KALB L., *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, Torino, 2000.
- KAUERT G., *Toxikologisch-medizinische Aspekte des Medikamenteneinflusses auf die Fahrüchtigkeit*, in *Deutsches Autorecht*, 1996.
- KOHLHAAS M., *Zur zwangsweisen Blutentnahme durch Ärzte und Nichtärzte gemäß § 81a StPO*, in *Deutsches Autorecht*, 1973.
- KOSTORIS R.E., *Commento all'art. 220 disp. att. c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale, Appendice, Norme di coordinamento e transitorie*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, Giuffrè, Milano, 1990, app. II.
- KOSTORIS R.E., *La rappresentanza dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1986.
- KÖNIG P., sub § 316 StGB, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, a cura di L. Ebermayer e H. Jagusch, De Gruyter, Berlin, 2008.

- KRAFT O.K.-E., *Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung*, Kovač, Hamburg, 2002.
- KRUMM C., *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011.
- KRUMM C., *Richtervorbehalt bei der Blutprobe: Weg damit!*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009.
- KUDLICH H., sub § 316 StGB, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di B. von Heintschel-Heinegg, Beck, München, 2010.
- KULLIK W., *Kontrollbefugnisse der Polizei im Straßenverkehr. Sind pauschale Kontrollen zulässig?*, in *Blutalkohol*, 1988.
- KUNERT H.J.-LÖHRER F., *Neuropsychologische Aspekte bei der Beurteilung der Fahreignung*, in *Blutalkohol*, 2005.
- LA MARCA F., *Commento all'art. 114 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1992.
- LAGOIS J., *Dräger Alcotest 7110 Evidential – das Meßgerät zur gerichtsverwertbaren Atemalkoholanalyse in Deutschland*, in *Blutalkohol*, 2000.
- LARONGA A., *La prova documentale nel processo penale*, Utet, Torino, 2004.
- LARONGA A., *Indagini genetiche in cerca di regole. Prelievo di campioni organici: se l'imputato fa ostruzionismo*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 29.
- LAUFHÜTTE H., sub § 94, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Beck, München, 1987.
- LAZZARI C., *La guida in stato di ebbrezza tra modalità di accertamento del tasso alcol emico e il reato di omissione di referto ai sensi dell'art. 365 c.p.*, in *Rass. giur. umbra*, 2003.
- LEGAT S., *Rechtliche Grenzen polizeilicher Alkoholkontrollen*, in *Blutalkohol*, 1988.
- LESCH H.H., *Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 111 (1999).
- LI TH-YIN SJ CRABB DW-CONDOR SO-RAMCHANDANI VA., *Genetic and environmental influences on alcohol metabolism in humans*, in *Alcoholism clinical and experimental research*, 2001, n. 25.
- LIGNITZ E.-SCHMIEDEBACH H.P., *Zur Entstehungsgeschichte vom »Alcoltest«*, in *Blutalkohol*, 2000.
- LOGUERCIO L., *Stato di ebbrezza e prova del sangue nel diritto della circolazione stradale*, in *Criminologia*, 1960.
- LUCAS C.H.W.-KALLOW W.-MCCOLL J.D.-GRAFFITH B.A.-SMITH H.W., *Proceedings Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Garden City Press Cooperative, Toronto, 1953.
- LUDOVISY M., *Praxis des Straßenverkehrsrechts*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co., Rechlinghausen, 2001.
- MAATZ K.R., *Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum*, in *Blutalkohol*, 2006.
- MAATZ K.R., *Forensische Verwertbarkeit und Konsequenzen aus der AAK-Entscheidung des BGH*, in *Blutalkohol*, 2002.
- MACCHIA T., *Il rilevamento analitico di droga e alcool nella circolazione stradale: osservazioni e commenti*, in AA.VV., *Droga e alcool nella circolazione stradale. Atti Convegno Automobile Club Lucca, 11-13 giugno 1992*, Giuffrè, Milano, 1995.
- MAGGIO L., *Prova documentale, II (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991.

- MAGLIOCCA G., *Il diritto di difesa*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Giappichelli, Torino, 2007.
- MAINA C., *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, in *Leg. pen.*, 1997.
- MANCA G., *La precisa formulazione dell'art. 187 del codice della strada*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005.
- MANCINELLI R.-GUIDUCCI M.S., *Donne e vulnerabilità biologica all'alcool*, in *Annuali Istituto Superiore della Sanità*, 2004, n. 40.
- MANFREDI V.A., *La polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale. Linee generali e alcuni aspetti particolari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990.
- MANNUCCI M., *Il nuovo art. 186 C.d.S.: norma con più reati alternativi o reato circostanziato?*, in *www.altalex.com*.
- MARZADURI E., *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 1997.
- MAYER M., *Commento ad Oberlandesgericht di Celle 14 marzo 1989*, in *Juristische Zeitschrift*, 1989.
- MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MELCHIONDA A., *Il diritto dell'indagato di astenersi dalla "ricognizione attiva"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- MELINO C., *Alcool e traffico*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1970.
- MEYER-GROBNER L., sub § 81a StPO, in *Strafprozessordnung*, Beck, München, 2009.
- MILANI L., *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni Unite non sciogliono tutti i dubbi*, in *Cass. pen.*, 2011.
- MOSCA C.-CESARI P., *La guida in stato di ebbrezza: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1990.
- MUNDAY R., *Interferences from Silence and European Human Rights Law*, in *Criminal Law Review*, 1996.
- NIESE W., *Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 63 (1951).
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974.
- NOTHHELFER M., *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang*, Decker, Heidelberg, 1989.
- ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- ORLANDI R.-PAPPALARDO G., *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- PACE A., voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974.
- PAGLIA M., *Nota in materia di accertamenti tecnici non ripetibili*, in *Giur. it.*, 1997.
- PAEFFGEN H.U., *Vorüberlegung zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Heymann, Köln, 1986.
- PANZARASA M., *Guida sotto l'effetto di stupefacenti: accertamento tecnico o sintomatico?*, in *Corr. merito*, 2010.

- PANZAVOLTA M., *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007.
- PANZAVOLTA M., *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010.
- PASQUARIELLO C., voce *Disposizioni penali in materia di circolazione stradale*, in *Dig. Pen.*, Agg. II, Utet, Torino, 2004.
- PASSIONE M., *Nota a Tribunale di Trento del 13 novembre 2007*, in *Giur. merito*, 2008.
- PATANÈ V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PAWLIK W., *Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten – Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136 StPO*, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1998.
- PERSEO T., *Commento teorico-pratico del codice della strada*, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 1964.
- PETERS K., *Nota a Bundesgerichtshof 6 settembre 1968*, in *Juristische Rundschau*, 1969.
- PETERS K., *Strafprozeß*, Müller Juristische Verlag, Heidelberg, 1985.
- PEZZELLA V., *Guida in stato di ebbrezza: non convince la rinuncia agli indici sintomatici*, in *Giur. merito*, 2009.
- PFEIFFER G., *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, a cura di G. Pfeiffer, Beck, München, 1987.
- PIACENTINI C., *In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980.
- PIANI F., *Diagnostica e terapia dell'ebbrezza alcolica e dell'alcolismo*, in AA. VV., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, vol. V, Cedam, Padova, 2009.
- PICINALI F., *L'accertamento sintomatico nei nuovi reati di "guida sotto l'influenza dell'alcool" alla prova del ragionevole dubbio*, in *Corr. merito*, 2008, n. 5.
- PIACENTINI C., *In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980.
- PIKAAR N.A.-WEDEL M.-HERPES R.J., *Influence of several factors on blood ethanol concentrations after drinking alcohol*, in *Alcohol and alcoholism*, 1988, n. 23.
- PIODA G.B., *Commento all'art. 187*, in AA.VV., *Codice della Strada commentato*, a cura di G. Protospataro, 3^a ed., Egaf, Forlì, 2006.
- POTETTI D., *Attività del p.m. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 1995.
- POTETTI D., *Gli accertamenti del reato di cui all'art. 187 c. strad. dopo la l. n. 120 del 2010 e la scomparsa della visita medica*, in *Cass. pen.*, 2011.
- POTETTI D., *Il nuovo art. 186, commi 2 e 2-bis, c. strad.: aggravanti o figure autonome di reato?*, in *Cass. pen.*, 2008.
- POTETTI D., *Procedure per l'accertamento dell'ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008.
- POTETTI D., *Questioni in tema di nuovo art. 186 c. strad.*, in *Cass. pen.*, 2008.
- POTETTI D., *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008.
- PROCACCINO A., *Certificato medico e disciplina del doppio fascicolo: perplessità in merito ad una «leggerezza» processuale*, in *Giur. it.*, 1999.
- PROTOSPATARO G., *Commento all'art. 186*, in AA.VV., *Codice della Strada commentato*, a cura di G. Protospataro, 3^a ed., Egaf, Forlì, 2006.
- PROTOSPATARO G., *Etilometro: com'è fatto*, in *Polizia moderna*, 2008, n. 2.

- REIB W., *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1987.
- RENZETTI S., *Guida in stato di ebbrezza. Quando la violazione delle garanzie difensive invalida il test*, in *Giur. merito*, 2011.
- RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999.
- RIGHI F., *Guida in stato di ebbrezza*, Tipografia Luigi Morara, Roma, 1962.
- RIGHI F., *Guida in stato di ebbrezza*, in *Riv. circol.*, 1962.
- ROGALL K., *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- ROGALL K., *Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998.
- ROGALL K., *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1988.
- ROGALL K., sub § 133 StPO, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, vol. II, Heymann, Köln, 2010.
- ROXIN C., *Commento a Bundesgerichtshof 12 febbraio 1989*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989.
- ROXIN C., *Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995.
- ROXIN C., *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1987.
- ROXIN C.-SCHÜNEMANN B., *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009.
- SALVI G., *Commento all'art. 118 disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale. Normativa complementare*, vol. I, coordinato da M. Chiavario, Torino, Utet, 1992.
- SALVI G., *Commento all'art. 366 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, coordinato da M. Chiavario, Torino, Utet, 1990.
- SANLORENZO R., *Commento all'art. 354*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol IV, Utet, Torino, 1990.
- SANTACROCE G., *Alcool e droghe nella circolazione stradale: modalità di accertamento dello stato di ebbrezza tra prove sintomatiche e dubbi di costituzionalità*, in *Riv. polizia*, 1996.
- SCAPARONE M., *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1999.
- SCAPARONE M., *Commento all'art. 24 comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili – Art. 24-26*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981.
- SCARABELLO G., *Sul diritto al silenzio dell'imputato ricognitore*, in *Cass. pen.*, 1996.
- SCELLA A., *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990.
- SCHAEFER H.C., *Effektivität und Rechtsstaatlichkeit des Strafverfolgung – Versucheiner Grenzziehung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997.
- SCHÄFER G., sub § 94, in *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, a cura di P. Rieß, De Gruyter, Berlin, 1988.
- SCHLAURI R., *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich, 2003.
- SCHLÜCHTER E., *Compendio di procedura penale tedesca*, trad. di S. Giuliani,

- Cedam-Eu Wi, Frankfurt, 1998.
- SCHOKNECHT G., *Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse. Gutachten des Bundesgesundheitsamtes*, Wirtschaftsverlag NW, Bremerhaven, 1992.
- SCHOKNECHT G., *Ist eine Verlängerung des Wartezeit bei polizeilicher Anwendung der Atemalkoholanalyse angezeigt?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003.
- SCHÖCH H., *Medikamente im Straßenverkehr*, in *Deutsches Autorecht*, 1996.
- SCHÖCH H., *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, in *Blutalkohol*, 1997.
- SCHÖCH H., *Verdachtlose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion*, in *Deutsches Autorecht*, 1996.
- SCHREPFER H.J., *Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, 2001.
- SCHUHR J.C., *Brechmitteleinsatz als unmenschliche und erniedrigende Behandlung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006.
- SCHUMANN K.H., *Brechmitteleinsatz ist Folter?*, in *Strafverteidiger*, 2006.
- SCIPPA P., *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- SCOTTI S., *Droghe: tre strade per verificare l'alterazione*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 27.
- SENGE L., sub § 81a StPO, in *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Beck, München, 2008.
- SIEG H.O., *Zur Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975.
- SIGRIST S., *Drogenschnelltest im Straßenverkehr*, in *Kriminalistik*, 1996.
- SIMONATO M., *Violazione del diritto ad ottenere copia delle registrazioni delle comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare: quali conseguenze?*, in *Giur. merito*, 2010.
- SIRACUSANO D.-GALATI A.-TRANCHINA G.-ZAPPALÀ G., *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006.
- STIEBIG V., *Commento a Bundesverfassungsgericht del 21 dicembre 2004*, in *Juristische Rundschau*, 2005.
- STRAMAGLIA M., *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti e L. Lupària, Giuffrè, Milano, 2010.
- TANGA L., *La rilevanza dell'alterazione psico-fisica prescinde dalla quantità di droga assunta*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 6.
- TERRUSI F., *L'esame ematologico sul soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993.
- TONINI P., *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- TONINI P., *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, *ivi*, 2010.
- TONINI P., *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Giust. pen.*, 1996.
- TORKA R., *Nachtatverhalten und Nemo tenetur*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- TRAMONTANO L., *Guida in stato di ebbrezza. Accertamento del reato, sanzioni e cause estintive*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TRICOCI A., *Commento all'art. 354*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 2005.

- TRIGGIANI N., *La ricognizione personale: struttura ed efficacia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.
- UBERTIS G., *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008.
- UBERTIS G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Vassalli*, II, Giuffrè, Milano, 1991.
- UBERTIS G., *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Ind. pen.*, 2006.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2000.
- VARRASO G., *La prova tecnica*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. II, Utet, Torino, 2008.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968.
- VENTURATI P., *Ricognizione di persona e poteri coercitivi del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993.
- VERREL T., *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, Beck, München, 2001.
- VERREL T., *Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997.
- VESSICHELLI M., *Sulla possibilità della p.g. di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, in *Cass. pen.*, 1992.
- VETTORI C., *Il diritto al silenzio nell'ordinamento inglese e la giurisprudenza della Corte Europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.
- VIGGIANO F., *Omessi avvisi in tema di sequestri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- VINCENZI AMATO D., *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982.
- VOENA G.P., *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2010.
- WEILER E., *Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, die in einem Krankenhaus beschlagnahmt werden*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1994.
- WEILER E., *Verwertbarkeit einer zur Operationsvorbereitung entnommenen Blutprobe*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995.
- WERNER S., *Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Wien, 2008.
- WEBLAU E., *Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 11.10.1996*, in *Strafverteidiger*, 1997.
- WEBLAU E., *Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 110 (1998).
- WILSKE J., *Die „beweissichere Atemalkoholprobe“ – Wie beweissicher ist sie?*, in *Deutsches Autorecht*, 2000.
- WOHLERS W., *Commento ad Oberlandesgericht di Celle 14 marzo 1989*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990.
- WOLFF H.A., *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- WOLTER J., *Commento a Bundesgerichtshof 24 agosto 1983*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984.
- ZACÀ S.-PELLEGRINO S., *Manuale di tossicologia forense*, Giappichelli, Torino, 2006.

- ZACCHÈ F., *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008.
- ZAINA C.A., *Guida in stato di ebbrezza e utilizzabilità processuale dei prelievi ematici*, in www.altalex.com.
- ZANALDI L., *Guida in stato di ebbrezza. Problemi e indagini tecniche*, in *Riv. polizia*, 1959.
- ZANALDI L., *Incidenti stradali. Problemi ed indagini medico legali*, Cedam, Padova, 1957.
- ZANALDI L., *Incidenti stradali. Problemi e indagini medico-legali*, Cedam, Padova, 1963.
- ZAPPA G., *Ubriachezza e guida in stato di ebbrezza*, in *Nuovo dir.*, 1969.
- ZAPPALÀ E., *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1972.
- ZORZI GIUSTINIANI A., *Droga ed alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1992.
- ZUCCONI M., *Norme di comportamento degli utenti della strada*, in *La circolazione stradale*, a cura di M. Longo, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1972.
- ZUCKERMAN A.A.S., *Trial by Unfair Means. The Report of the Working Group on the Right of Silence*, in *Criminal Law Review*, 1989.