

Guida in stato di alterazione da alcol e da sostanze stupefacenti

Controverse questioni giuridiche e medico-legali

a cura di

Massimiliano Zampi



Giappichelli

Prefazione

MASSIMILIANO ZAMPI

Pur essendo da sempre oggetto di studio ed approfondimento, il fenomeno della guida sotto l'effetto di sostanze d'abuso continua a rappresentare un tema di estrema attualità, costituendo tuttora un serio problema in termini di ordine pubblico e sicurezza.

È ormai scientificamente assodato come l'assunzione di sostanze psicoattive possa incidere e interferire sull'idoneità alla guida influenzando la capacità del conducente nel rispondere adeguatamente a stimoli esterni, con l'effetto di alterarne le condizioni e i tempi di reazione.

In particolare, è ancora acceso il dibattito sui problemi connessi all'applicazione degli artt. 186 e 187 del codice della strada – disposizioni che prevedono, rispettivamente, il divieto di guida sotto l'influenza di bevande alcoliche e in stato di alterazione da sostanze stupefacenti – anche per le difficoltà operative che gli organi di polizia incontrano nell'accertamento del reato. Se infatti gli indubbi progressi delle scienze medico-forensi hanno condotto a un elevato livello di attendibilità dei risultati analitici sui campioni biologici del soggetto sottoposto a controllo, restano controversi alcuni profili di rilevanza processuale, come le modalità dell'accertamento dello stato di ebbrezza e quelle di manifestazione del consenso rispetto al prelievo di sangue, matrice più affidabile per la verifica in questione.

Nell'affrontare tali argomenti, l'opera si caratterizza per un approccio multidisciplinare, avvalendosi delle diverse sensibilità scientifiche degli Autori, che offrono nei diversi contributi punti di vista e prospettive di approfondimento spesso complementari rispetto a una materia complessa e ricca di contraddizioni.

Lo stimolante confronto tra saperi diversi non ha compromesso l'equilibrio espositivo: il filo rosso dell'opera è rappresentato dalla messa a fuoco di specifici profili problematici sottesi alle fattispecie concrete analizzate e dall'analisi critica delle soluzioni offerte al riguardo nella prassi.

L'opera è corredata da riferimenti dottrinali sia sul versante del diritto processuale penale che su quello medico-legale e tossicologico-forense; inoltre, la complementarità di pronunce giurisprudenziali selezionate consente al singolo contributo di inserirsi in un adeguato quadro orientativo sulle fattispecie esaminate.

Il volume è diretto a coloro che affrontano tematiche di carattere giuridico connesse al fenomeno della guida in stato di ebbrezza (magistrati, avvocati e studiosi di scienze medico-forensi), come pure a coloro che con questi argomenti sono chiamati a confrontarsi in ragione della loro attività (forze di polizia e operatori sanitari).

L'auspicio è che l'opera, pubblicata da una Casa editrice tanto prestigiosa, possa rappresentare un utile strumento per la comunità scientifica e professionale.

Un particolare ringraziamento è da tributarsi agli Autori, che, con grande disponibilità, hanno accettato l'invito a collaborare a questo collettaneo, offrendo il loro qualificato apporto.

Cass., sez. IV, 15 settembre 2020, n. 27107

In tema di guida in stato di ebbrezza, la mancanza del consenso al prelievo di campioni biologici compiuto su richiesta della polizia giudiziaria presso una struttura sanitaria non per motivi terapeutici, ma ai fini dell'accertamento del tasso alcolemico, non è causa di inutilizzabilità degli esami compiuti, posto che la specifica disciplina dettata dall'art. 186 c. strada, nel dare attuazione alla riserva di legge stabilita dall'art. 13 comma 2 Cost., non prevede alcun preventivo consenso dell'interessato al prelievo dei campioni, oltre a quello eventualmente richiesto dalla natura delle operazioni sanitarie strumentali a detto accertamento.

Prelievo ematico per accertare la guida in stato di ebbrezza ed effettività del consenso

CHIARA GABRIELLI

SOMMARIO: 1. Lo sfondo sistematico. – 2. Il prelievo ematico “obbligatorio” per accertare il tasso alcolemico. – 3. *Segue*: la rilevanza costituzionale del consenso e le lacune della disciplina. – 4. *Segue*: la discutibile equivalenza tra consenso e mancato rifiuto. – 5. Prospettive *de iure condendo*.

1. Lo sfondo sistematico. – Da sempre quello tra il prelievo ematico e la giustizia penale si è dimostrato un rapporto controverso, al quale il legislatore ha dedicato un'attenzione tendenzialmente discontinua, alternando a lunghi periodi di inerzia improvvise accelerazioni emergenziali.

L'esigenza di praticare un prelievo di sangue per consentire lo svolgimento di una perizia in incidente probatorio nel corso di un procedimento per abuso della credulità popolare¹ diede origine a una nota sentenza della Cor-

¹La finalità era verificare se i profili genetici ricavati dal campione biologico frutto degli effettuati prelievi coincidessero con quelli estratti dal materiale ematico rinvenuto su una statua raffigurante la Madonna, che, stando al racconto del proprietario, aveva lacrimato sangue.

te costituzionale, la n. 238 del 1996. Dinanzi alla richiesta del g.i.p. di procedere all'asportazione contro la volontà degli interessati sulla base dell'art. 224 comma 2 secondo periodo c.p.p., là dove prevede che l'organo giurisdizionale «adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali», la difesa denunciava il contrasto con l'art. 13 comma 2 Cost., lamentando l'inosservanza delle prescrizioni che consentono di derogare legittimamente al principio di inviolabilità della libertà personale.

Un sospetto non infondato secondo il giudice *a quo*, che rilevava come il prelievo, «in assenza della necessaria adesione e disponibilità delle persone interessate, comporta inevitabilmente l'uso di mezzi coercitivi che impongono la privazione della libertà personale e la sottoposizione del soggetto ad accertamenti invasivi del suo corpo». Una perplessità condivisa dalla Corte costituzionale, sul presupposto che l'asportazione in questione comporti «certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva», che si dimostra «tanto più allarmante», in quanto «non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona (...) e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla».

Per queste ineccepibili ragioni, una disposizione genericamente formulata come il secondo periodo del comma 2 dell'art. 224 c.p.p. – del tutto silente rispetto ai casi e ai modi e persino alle tipologie di prelievo praticabili – non poteva rappresentare fondamento costituzionalmente accettabile per l'asportazione di una porzione dell'involucro corporeo che debba essere eseguita in forma coattiva. La latitanza del legislatore nell'apprestare una disciplina adeguata a ricollocare l'operazione *de qua* nell'alveo della legalità costituzionale ha reso intuibilmente più complessa la possibilità di giovare delle risorse messe a disposizione dalla genetica forense per l'accertamento delle responsabilità penali; a lungo si è dovuto fare affidamento sulla disponibilità dell'interessato a cedere un campione biologico oppure sulla *chance* di rinvenirlo quando si era già staccato dal corpo, eventualmente ricorrendo a stratagemmi acquisitivi, ad esempio l'offerta di una sigaretta o di una bevanda allo scopo di recuperare i frammenti salivari depositati sul mozzicone o sul bicchiere, sulla cui legittimità non sono mancate opinioni difformi².

²In più occasioni, la Corte di cassazione ha ribadito la legittimità di quelle tecniche acquisitive, ritenendo parametro decisivo l'assenza di qualunque incidenza sulla sfera della libertà personale dell'interessato. In dottrina prevale invece un giudizio critico: sul presupposto che condizionerebbero la libertà di autodeterminazione e la libertà morale, vengono rite-

Quando, con inspiegabile ritardo, la legge 30 giugno 2009, n. 85 ha rimediato a tale vistosa lacuna, regolamentando finalmente il momento ablativo secondo un accettabile bilanciamento tra le esigenze dell'accertamento penale e la tutela dei beni individuali su cui l'operazione è in grado di incidere, ha escluso il sangue dal catalogo dei materiali asportabili contro la volontà dell'interessato. Il principio di minima offensività che connota la legge n. 85 del 2009, costituendone tratto qualificante, ha indotto, infatti, a preferire al materiale ematico peli, capelli e mucosa del cavo orale, che, in quanto dotati di cellule nucleate, risultano idonee e perfettamente fungibili dal punto di vista dell'utilità ai fini dell'accertamento genetico.

La scelta selettiva non è stata esplicitamente messa in discussione neppure dalla legge 23 marzo 2016, n. 41, che ha esteso ai due nuovi reati colposi introdotti in chiave "simbolico-emotiva", l'omicidio stradale e le lesioni personali stradali gravi o gravissime di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., il raggio operativo dell'asportazione, finalizzata alla perizia, di materiale biologico praticabile contro la volontà del conducente, per stabilire se si fosse messo alla guida in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti, circostanza che comporta un aggravamento del trattamento sanzionatorio. Capelli, peli e mucosa del cavo orale sono matrici che consentono indagini genetiche attendibili, non invece verifiche affidabili sullo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione da stupefacenti al momento della commissione del reato. Il mancato aggiornamento normativo ha prevedibilmente sollecitato sforzi interpretativi rivolti ad evitare che l'infortunio consegnasse agli operatori «un'arma spuntata»³, compromettendo l'efficacia di un intervento riformatore che intendeva assicurare l'accertamento delle eventuali responsabilità per i gravi reati introdotti superando le resistenze, tutt'altro che improbabili, opposte dall'interessato.

Malgrado tale strada esegetica sia stata esplorata da più di un interprete, va escluso che l'ambiguo termine «quali», infelicemente adoperato dall'art. 224-*bis* c.p.p., possa consentire di intendere l'elenco come esemplificativo, dal momento che, dinanzi a un dato normativo che si presta a plurime letture, occorre privilegiare quella più in sintonia con le prescrizioni costituzio-

nute vietate ai sensi dell'art. 188 c.p.p., previsione che, «intesa in una accezione più ampia», presupporrebbe un interessato «informato della natura e della finalità dell'atto che subisce» (C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, 2009, p. 49). Si potrebbe però obiettare, rispetto alla capacità di queste strategie inquirenti di ledere la capacità di autodefinirsi dell'interessato, che ad assicurare il loro successo è pur sempre un comportamento tenuto dal medesimo, al quale sarebbe bastato adottarne uno più prudente e accorto per neutralizzare l'iniziativa.

³ A. TRINCI, *Prelevi biologici per accertare l'omicidio e le lesioni stradali: un'arma spuntata*, in *Il penalista*, 21 luglio 2016.

nali; nel caso di specie, l'art. 13 comma 2 Cost. impone all'ordinamento processuale di definire in via normativa i casi, i modi e le tipologie di prelievo praticabili, categoria alla quale il prelievo ematico, ove coattivamente realizzato, si ascrive per esplicita statuizione della sentenza costituzionale n. 238 del 1996. Come pure, sarebbe poco plausibile, in presenza di una puntuale attenzione legislativa riservata alle tipologie di prelievo, tentare di rimettere in gioco quello ematico ricomprendendolo nella evanescente locuzione «accertamenti medici», in virtù dell'assonanza tra l'espressione *de qua* e la definizione del prelievo di sangue come «pratica medica di ordinaria amministrazione» contenuta nella sentenza costituzionale n. 238 del 1996.

Neppure risolutiva parrebbe la rinuncia strategica a operare forzature sull'art. 224-*bis* c.p.p., nella consapevolezza che le cadenze della perizia siano troppo poco rapide per risultare consone all'accertamento dell'ebbrezza durante la guida, a favore del tentativo di far leva direttamente sulla formulazione dell'art. 359-*bis* comma 3-*bis* c.p.p., che ospita la “nuova” procedura di urgenza rafforzata introdotta dalla legge n. 41 del 2016. Resta comunque generico il riferimento al rifiuto del conducente di «sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope»; a volerli identificare con gli accertamenti previsti dagli artt. 186 e 187 c. strada – perché questa era l'intenzione del legislatore del 2016: trasformarli da obbligatori a coattivi in taluni, più gravi, casi, e al contempo dotarli di una tempistica più celere rispetto ai prelievi “genetici” – non si sfugge alla necessità di ricorrere a «un richiamo, per così dire, nozionale»⁴, inevitabilmente da estendere però alla disciplina “secondaria” quantomeno sul versante dell'accertamento dell'ebbrezza. Se è vero infatti che l'art. 187 c. strada richiama al comma 3 «il prelievo di campioni di liquidi biologici» e che in quest'ultimo ampio *genus* con maggiore facilità può essere ricompresa anche la *species* del liquido ematico, è più arduo rintracciare il prelievo ematico all'interno degli «accertamenti effettuati dalle strutture sanitarie in caso di sottoposizione alle cure mediche del conducente» protagonista di un incidente stradale, di cui all'art. 186 comma 5 c. strada. Decisivo in questo caso il riferimento alla fonte subordinata, la circolare del Ministero dell'interno del 29 dicembre 2005, in cui il prelievo di sangue figura espressamente richiamato⁵. Ma si tratta pur sempre di un riferimento

⁴ A. TASSI, *I prelievi coattivi. Procedibilità, competenza ed attribuzione. Accelerazione dei processi. Interventi in materia di libertà personale*, in S. POLLASTRELLI-R. ACQUAROLI (a cura di), *Il reato di omicidio stradale*, Giuffrè, 2017, p. 135.

⁵ Analogo riferimento figura nel *Protocollo operativo per gli accertamenti richiesti ai sensi del comma 5 dell'art. 186 del dl. vo 30.4.1982 n. 285 e successive modificazioni sui conducenti*

che non è in grado di soddisfare la riserva assoluta di legge costituzionalmente prescritta.

Come pure, di per sé sembra inidonea allo scopo la locuzione «necessario prelievo» impiegata dall'art. 359-*bis* comma 3-*bis* c.p.p., che taluno interpreta come norma “in bianco” o “di scopo”: valorizzando «il profilo finalistico» dell'operazione nella selezione delle tipologie ablativo praticabili, la stessa demanderebbe agli operatori – medici anzitutto – il compito di «individuare quale metodica scientifica sia necessaria e più idonea»⁶; per poter autorizzare un prelievo ematico – allo stato non nominato – praticato contro la volontà dell'interessato, il dato normativo dovrebbe essere più puntuale. L'eterointegrazione da parte di disposizioni di rango sub-ordinario non vale, infatti, ad assicurare il rispetto dell'art. 13 comma 2 Cost.

2. Il prelievo ematico “obbligatorio” per accertare il tasso alcolemico. – Nell'eventualità in cui – analogamente a quanto accaduto nella vicenda giudiziaria oggetto della sentenza in esame – si sia verificato un incidente stradale che non abbia determinato morte o lesioni personali gravi o gravissime, ma si tratti di accertare esclusivamente l'ipotizzato reato di guida in stato di ebbrezza o di alterazione da sostanze stupefacenti, la disciplina di riferimento è quella dettata dal codice della strada. Anche a voler ricomprendere il prelievo, quando si declina come ematico, nella categoria dell'accertamento medico, la natura contravvenzionale dei reati in questione li pone comunque al di fuori del perimetro operativo del prelievo biologico coattivo, anche nella versione ampliata risultante dalla novella del 2016. Né sembra che le ipotesi in esame, in assenza di una previsione *ad hoc*, possano essere ricondotte alla formula di chiusura impiegata dal comma 1 dell'art. 224-*bis* c.p.p. («*negli altri casi espressamente previsti dalla legge*»).

L'art. 186 comma 5 c. strada richiama accertamenti sollecitati dagli organi inquirenti ai sanitari che hanno in cura il conducente coinvolto nell'incidente stradale, i quali dunque assumono la qualifica di ausiliario della polizia giudiziaria *ex art.* 348 comma 4 c.p.p. Si tratta quindi del tassello di una «disciplina specifica e settoriale», che contempla «l'indisponibilità del conducente a offrirsi e cooperare all'acquisizione probatoria»⁷, scoraggiando tale opzione mediante la previsione di una sanzione penale ma rinunciando a dotarsi di strumenti giuridici che ne autorizzano l'esecuzione for-

coinvolti in incidenti stradali e sottoposti a cure mediche presso le strutture sanitarie di base ovvero presso quelle accreditate o comunque equiparate.

⁶ Così le linee guida elaborate dalla Procura della Repubblica di Velletri.

⁷ Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1091 ss., con nota di R.E. KOSTORIS.

zosa⁸; ciò, verosimilmente, sul presupposto che la non rilevante gravità del reato in questione consenta di prescindere dall'accertare l'effettiva responsabilità dell'interessato e permetta di attribuire all'imputato il diritto di rifiutare di sottoporsi ad un prelievo ematico unicamente per verificare l'eventuale stato di ebbrezza, riconoscendone comunque la natura di «esame invasivo, con violazione dei diritti della persona, e, pur se minimamente, anche pericoloso nell'ipotesi di impiego di strumenti non adeguatamente sterilizzati»⁹.

Tracciando un temperamento tra esigenze probatorie e ricadute sui diritti fondamentali dell'individuo diversamente modulato da quello delineato dagli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., l'ordinamento schiude dinanzi all'interessato l'alternativa tra permettere l'accertamento del tasso alcolemico, acconsentendo a sottoporsi al prelievo ematico, e rispondere penalmente del rifiuto ad assoggettarvisi ai sensi del comma 7 dell'art. 186 c. strada, che sanziona tale opzione con le pene previste dal comma 2 lett. c.

La fisionomia di prelievo «solamente» obbligatorio¹⁰ non rende comunque l'istituto privo di implicazioni problematiche: in dottrina, mentre taluno rinviene «la giustificazione dell'incriminazione del rifiuto di collaborare (...) in un'esigenza di solidarietà sociale in base alla quale il comportamento pericoloso dell'individuo non deve nuocere» al resto dei consociati¹¹, altri ne sottolineano criticamente la componente di coazione psicologica indiretta, ritenuta non solo di dubbia compatibilità con «il principio del *nemo tenetur se detegere*, emanazione dell'art. 24 Cost.»¹² ma da qualcuno anche in con-

⁸ Sull'efficacia della sanzione penale a incentivare la collaborazione con l'autorità giudiziaria v. le riflessioni di M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007 (4), p. 480.

⁹ Cass., sez. IV, 21 settembre 2007, n. 38537, Saltari, in *C.e.d.*, n. 237780.

¹⁰ Ancora A. TASSI, *I prelievi coattivi*, cit., p. 135. Per un diverso, minoritario, orientamento, secondo cui il codice della strada, «nell'indicare le modalità degli accertamenti tecnici per rilevare lo stato di ebbrezza, ne ammette l'esecuzione coattiva, senza necessità di preventivo consenso da parte dell'interessato al prelievo di campioni», v. F. PRETE, *Gli accertamenti tecnici nei reati stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 7.

¹¹ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 624.

¹² Così G. NICOLUCCI, *Guida in stato di alterazione psico-fisica derivante dall'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope: i profili d'incostituzionalità della cogenza del prelievo di liquidi biologici*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1497, rispetto a un meccanismo normativo che intende «conseguire, con la minaccia della grave sanzione penale, una condotta collaborativa da parte del prevenuto». Per una ulteriore critica alla ragionevolezza della disciplina, ritenuta in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui non introduce alcuna distinzione per condotte che presentano profili di disvalore assolutamente dissimile e che conducono a per-

trasto con l'art. 13 Cost., sul presupposto che rappresentano forme di restrizione della libertà personale sia gli atti «posti in essere coattivamente nei confronti di un certo soggetto, cioè senza la spontanea collaborazione di questo ma con la forza», sia quelli «equiparabili per intensità ad una misura di carattere coattivo», perché «tali da lasciare solo un limitatissimo margine di discrezione sui tempi e sui modi dell'adempimento, essendo presidiati da sanzione penale»¹³.

3. Segue: la rilevanza costituzionale del consenso e le lacune della disciplina. –

A nostro avviso, almeno ad attribuire alla predetta norma costituzionale la valenza che riteniamo preferibile¹⁴, l'impossibilità di procedere forzosamente sottrae il meccanismo descritto dal codice della strada alle perplessità, che, in riferimento alle prescrizioni dell'art. 13 comma 2 Cost., avrebbero suscitato, ove associati alla praticabilità in forma coattiva, il generico riferimento all'accertamento del tasso alcolemico evocato dall'art. 186 c. strada e la più circostanziata – ma comunque non puntualissima – formula «campioni di liquidi biologici» impiegata dall'art. 187 c. strada. Se tali locuzioni vengono ritenute sufficienti ad autorizzare il prelievo di sangue è evidentemente perché il mancato consenso dell'interessato resta ostacolo non superabile alla sua esecuzione. Qualora si fosse ammessa la possibilità di vincerne anche coattivamente la resistenza, difficilmente la disciplina si sarebbe sottratta a censure di incostituzionalità¹⁵.

Ma proprio perché è la connotazione consensuale dell'asportazione del

cezioni per il condannato non affatto diverse sotto l'aspetto special-preventivo e rieducativo del reo», v. ID., *Guida in stato di alterazione*, cit., p. 1496.

¹³ 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. 1225.

¹⁴ Secondo cui l'art. 13 Cost. si riferisce a «una situazione di coazione fisica», caratterizzata da una restrizione della libertà personale «direttamente portata ad effetto con la forza (...) e non rimessa, quindi, alla collaborazione, più o meno spontanea, dell'interessato» (A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, p. 297; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962, p. 73). Per una diversa ricostruzione, che nella restrizione rilevante ex art. 13 Cost. fa rientrare anche gli obblighi presidiati da sanzione penale o comunque da una sanzione che incide su un diritto inviolabile dell'uomo, A. CERRI, voce *Libertà – II, Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, p. 5.

¹⁵ In altri termini, non sorprende che il Giudice delle leggi abbia ritenuto legittima la disciplina dettata dal codice della strada, «anche laddove nell'indicare le modalità degli accertamenti tecnici per rilevare lo stato di ebbrezza, non prevede alcun preventivo consenso dell'interessato al prelievo di campioni», come osserva Cass., sez. IV, 10 dicembre 2013, n. 1522/2014, *Lo Faro*, in *C.e.d.*, n. 258490. Ciò che appare indispensabile è che casi e modi dell'operazione siano tipizzati con rigore quando l'ordinamento ammette che l'indisponibilità possa essere coattivamente superata.

sangue a permetterne la “sopravvivenza” nell’ordinamento, schivando eccezioni di illegittimità, l’acquisizione del consenso rappresenta intuibilmente un momento di fondamentale importanza. Tuttavia, scorrendo la disciplina dell’art. 186 c. strada, disposizione al centro della decisione in commento, l’impressione è che proprio a quella delicata parentesi sia riservata una poco spiegabile disattenzione legislativa.

Che il prelievo di un campione ematico possa essere praticato in via consensuale si deduce dalla scelta del legislatore di fare del «rifiuto all’accertamento» un’evenienza penalmente sanzionata ma che resta non superabile, mancando nel sistema una disposizione che ne autorizzi la praticabilità coattiva. Nessuna disposizione si sofferma però sulle modalità con cui l’interessato debba essere interpellato, che invece andrebbero puntualmente regolamentate all’interno di una sequenza normativamente scandita. L’impiego del termine «rifiuto» nel comma 7 dell’art. 186 c. strada lascia intendere che l’autorità precedente abbia sondato la volontà dell’interessato di sottoporsi al prelievo ricevendone un diniego; non spiega come quell’interpello debba essere effettuato, né come quella volontà debba essere manifestata per assumere valore giuridico univoco.

Tradizionalmente, all’asciuttezza del dato normativo fa riscontro l’intervento suppletivo della giurisprudenza, cui compete porre rimedio alle lacune che la prassi applicativa è inevitabilmente destinata a far risaltare. Un intervento che l’assenza di riferimenti di rango legislativo rende in questo caso intuibilmente penetrante, assumendo le fattezze di una regolamentazione pretoria della sequenza di accertamento del consenso. In primo luogo, nell’*an.*

Corrisponde a un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità l’*actio finium regundorum* teleologicamente tracciata tra il prelievo eseguito presso una struttura sanitaria a fini di cura e diagnosi sul guidatore coinvolto in un incidente e quello sollecitato dagli inquirenti allo scopo di accertarne il tasso alcolemico al momento dell’evento. Nel primo caso, essendo giustificata dalla finalità di tutelare la salute dell’interessato, secondo la Suprema Corte l’operazione può prescindere dalle garanzie che devono accompagnarne l’esecuzione quando la stessa è rivolta a soddisfare esigenze esclusivamente di giustizia penale. Non occorrerebbe cioè esplorare quale sia la volontà del soggetto passivo, perché l’acquisizione del materiale biologico da analizzare è già avvenuta ad altri scopi, estranei all’accertamento processuale; come pure, non vi sarebbe l’obbligo di avvisare il medesimo della facoltà di farsi assistere dal difensore, presidiata da nullità a regime intermedio, che il combinato disposto degli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. assicura a colui che deve essere sottoposto ad accertamenti urgenti¹⁶.

¹⁶ Si tratta di un obbligo che di recente la Cassazione ha esteso all’eventualità in cui il prelievo sia stato eseguito di propria iniziativa dai sanitari ma gli inquirenti abbiano sollecitato

Una conclusione, quella cui è approdata la giurisprudenza di legittimità, non del tutto tranquillizzante; non sfugge il rischio che i sanitari possano essere indotti a ravvisare con eccessiva generosità l'esigenza di ragioni diagnostiche o sanitarie per effettuare un prelievo in realtà non necessario, al fine di assecondare le sollecitazioni pragmatiche provenienti dagli inquirenti. Non ci sarebbero le stesse perplessità se si trattasse di impiegare materiale genetico accantonato in precedenza per una comparazione tra il profilo che da esso si ricava e quello anonimo estratto dalle tracce biologicamente significative rinvenute sul luogo del reato. L'utilizzo del campione genetico accantonato andrebbe sempre privilegiato rispetto al rinnovo dell'operazione ablativa, nell'ottica di quel principio di minima offensività che connota la disciplina del 2009 e che l'art. 224-*bis* c.p.p. traduce nel riferimento alla "assoluta indispensabilità" del prelievo "per la prova dei fatti". Ma in quell'eventualità a rassicurare sulla mancanza di finalità strumentali sarebbe la circostanza che l'utilità per il procedimento si sia manifestata tempo dopo l'acquisizione e non fosse prefigurabile in precedenza.

Nel caso di specie, invece, il discrimine attiene esclusivamente alle intenzioni, perché l'esigenza di accertamento del tasso alcolemico del conducente coinvolto nell'incidente emerge contemporaneamente al momento della valutazione delle esigenze sanitarie, e non è escluso che l'una possa condizionare le altre, sul presupposto che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, i risultati del prelievo ematico, effettuato durante il ricovero presso una struttura ospedaliera a seguito di incidente stradale, «sono utilizzabili nei confronti dell'imputato per l'accertamento del reato di guida in stato di

l'ampliamento dell'accertamento al tasso alcolemico o all'alterazione da stupefacenti: v. Cass., sez. IV, 19 febbraio 2020, n. 8826, Zanni, in *C.e.d.*, n. 278676, secondo cui «la polizia giudiziaria deve dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, ai sensi degli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p., non soltanto ove richieda l'effettuazione di un prelievo ematico presso una struttura sanitaria ai fini dell'accertamento del tasso alcolemico, ma anche quando richieda che tale ulteriore accertamento venga svolto sul prelievo ematico già operato autonomamente da tale struttura a fini di diagnosi e cura, sicché, in definitiva, detto obbligo non sussiste solo quando la polizia giudiziaria si limiti ad acquisire la documentazione dell'analisi»; cfr. anche Cass., sez. IV, 27 febbraio 2019, n. 11722, Ellera, in *C.e.d.*, n. 275281; Cass., sez. IV, 4 luglio 2019, n. 40408, Pignataro, in *C.e.d.*, n. 277621. La scelta di valorizzare il criterio della «funzione a cui è diretto l'atto» nell'ipotesi in cui il campione sia stato già asportato fa pensare che la Suprema Corte riconosca alla presenza del difensore il valore di assicurare la legalità non solo dell'asportazione ma anche dell'analisi. In precedenza, la Cassazione era giunta a conclusioni diverse in riferimento al consenso: «nel caso di richiesta della p.g. di effettuare, sul campione ematico prelevato a fini sanitari, anche la ricerca del tasso alcolemico (...) non può riconoscersi alcun diritto dell'interessato ad esprimere uno specifico consenso sulla rilevazione del tasso alcolemico, trattandosi di accertamento in sé non invasivo» (Cass., sez. IV, 8 ottobre 2019, n. 43217, Monti, in *C.e.d.*, n. 277946).

ebbrezza, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica e restando irrilevante, ai fini dell'utilizzabilità processuale, la mancanza del consenso»¹⁷. La consapevolezza di poter acquisire al processo come documento il certificato che riporta l'esito degli esami di laboratorio, registrando i risultati di «un'attività finalizzata alla cura di un soggetto che viene in rilievo come paziente, più che all'indagine sul corpo di un indagato»¹⁸, verosimilmente destinato a rappresentare «l'elemento probatorio principe che può condurre al riconoscimento della colpevolezza»¹⁹, in un ordinamento che non consente il prelievo coattivo quando si procede per reati contravvenzionali, potrebbe incentivare forzature che *bypassino* la necessità del consenso, inducendo a praticare esami di dubbia necessità terapeutica²⁰.

4. Segue: la discutibile equivalenza tra consenso e mancato rifiuto. – Non è di questo tipo, comunque, lo scenario in cui si colloca la decisione in commento. Nel caso di specie, nei confronti del conducente coinvolto in un incidente stradale l'iniziativa di sollecitare il prelievo da parte dei sanitari²¹ è stata pacificamente assunta dalla polizia giudiziaria per soddisfare finalità esclusivamente di giustizia penale, ossia al solo scopo «di accertare il tasso alcolemico del soggetto per la ricerca della prova della colpevolezza».

Ai rilievi del ricorrente, che osserva come in quella circostanza «nessun atto di prelievo finalizzato a rilevare la presenza di alcool nel sangue (...) era previsto come protocollo di pronto soccorso», la Suprema Corte oppone una replica stringata: dal momento che la disciplina degli artt. 186 ss. c. strada «non richiede uno specifico consenso dell'interessato» al prelievo, la sua mancanza non determina «l'inutilizzabilità patologica degli esami compiuti presso una struttura ospedaliera». La scelta legislativa – si dice – sarebbe rivolta a «dare attuazione alla riserva di legge stabilita dall'art. 13 Cost., com-

¹⁷ Cass., sez. IV, 17 luglio 2012, n. 34519, M.C., in *Giur. it.*, 2013, con nota di C. ANGELONI.

¹⁸ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2019, p. 375.

¹⁹ A. BONOMI, *Le problematiche di accertamento sanitario*, cit., p. 1231.

²⁰ Non sembra problematico il fatto che il certificato entri nel processo senza che l'autorità giudiziaria sia potuta intervenire con un'autorizzazione, come invece ritiene A. BONOMI, *Le problematiche di accertamento sanitario*, cit., p. 1232.

²¹ Condizione che garantisce che «un accertamento che può richiedere atti invasivi, come può essere il prelievo ematico, venga eseguito da personale attrezzato della necessaria competenza e in un contesto idoneo a fronteggiare ogni conseguente evenienza» (Cass., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10615/2013, Bazzotti, in *C.e.d.*, n. 254933).

ma 2», richiamo che si spiega solo ipotizzando un'attuazione "indiretta" della prescrizione costituzionale: essendosi esclusa l'idea di un prelievo forzoso, cioè operato contro la volontà dell'interessato, che integra una restrizione della libertà personale, si può prescindere dalla determinazione dei casi e modi previsti dalla legge.

Sulla decisione di limitarsi a una motivazione particolarmente asciutta ha probabilmente inciso la consapevolezza che a favore della non necessità del consenso manifestato all'accertamento del tasso alcolemico mediante prelievo biologico è schierato – come la Cassazione non manca di rimarcare nelle prime battute – «l'orientamento prevalente» della giurisprudenza di legittimità. La pronuncia pare, cioè, fare affidamento su quel consolidato retroterra argomentativo secondo cui «il prelievo non sarebbe effettuabile laddove il paziente rifiutasse espressamente di essere sottoposto a qualsiasi trattamento», al contempo ribadendo come «la possibilità del rifiuto dell'accertamento» risulti «penalmente sanzionata».

Proprio dalla ricorrente asserzione secondo cui «la stessa sanzione penale che accompagna tale condotta, sancendone il disvalore, risulta incompatibile con la pretesa di un esplicito consenso al prelievo di campioni»²² si ricava l'impressione che, stando alla Suprema Corte, la linea di demarcazione passi tra il rifiuto del prelievo – manifestato attraverso l'esplicita dichiarazione di indisponibilità a sottoporsi all'accertamento oppure tramite la resistenza fisica ad esso²³ – e il resto delle altre condotte possibili, che secondo la Cassazione autorizzerebbero a procedere. In questa prospettiva, il prelievo sarebbe legittimamente esperibile sia quando si riscontri una adesione esplicita, sia quando si registri semplicemente la non opposizione, giacché – si ritiene – «qualora la richiesta della polizia stradale avesse bisogno di essere seguita dal consenso dell'interessato per poter condurre all'acquisizione dei dati concernenti il tasso alcolemico, la norma lo avrebbe previsto in modo esplicito»²⁴.

Mentre però tanto la disponibilità dimostrata *expressis verbis* quanto l'opposizione apertamente manifestata, anche attraverso la modalità non

²² Cass., sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 8041/2012, Pasolini, in *C.e.d.*, n. 252031.

²³ Da un lato si afferma che «qualora la richiesta della p.g. avesse bisogno di essere seguita dal consenso dell'interessato per poter condurre all'acquisizione dei dati concernenti il tasso alcolemico la norma lo avrebbe previsto in modo esplicito», mentre la sola condizione posta dall'art. 186 comma 5 (e dall'art. 187, comma 3) c. strada «è quella dell'essere in presenza di conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche», dall'altro si definisce «considerazione tranciante» la circostanza «che non risulta manifestato alcun dissenso da parte dell'avente diritto» (Cass., sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 54977, Zago, in *C.e.d.*, n. 271665).

²⁴ Cass., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10615/2013, Bazzotti, cit.

verbale del comportamento concludente, risultano atteggiamenti di interpretazione univoca, decifrare l'inerzia (verbale e comportamentale) pare operazione assai meno agevole, specie in un contesto normativo che non si preoccupa di imporre, precisando modalità e forme dell'avviso, che l'interessato vada informato della intenzione dei sanitari, obiettivamente difficili da identificare *prima facie* nella veste di ausiliari di polizia giudiziaria, di procedere al prelievo ematico non a scopi medici o terapeutici, ma all'esclusivo fine di permettere di verificare i presupposti di una incriminazione penale²⁵.

Di sicuro, l'assenza di ogni reazione oppositiva è sufficiente a escludere che quel comportamento integri una forma di rifiuto, la cui nozione deve peraltro essere tracciata secondo criteri di stretta legalità, sul presupposto che ad esso consegue l'assoggettamento ad una sanzione penale. La condotta incriminata dall'art. 186 comma 7 c. strada non può che essere, infatti, un «espresso dissenso»²⁶ rispetto alla prospettiva del prelievo, ossia un dissenso ricavabile senza ambiguità dal contegno dell'interessato.

Il dubbio resta rispetto al valore da attribuire al comportamento silente del conducente. Chi garantisce cioè che all'inerzia corrisponda la volontà effettiva di sottoporsi all'asportazione ematica, e che l'interessato non preferisca subire la sanzione penale *ex art.* 186 comma 7 c. strada pur di sottrarsi al prelievo? Chi assicura che – versando questi in «una oggettiva condizione di affidamento (...) al personale medico per l'apprestamento di cure»²⁷ – la mancata resistenza all'operazione, presupposto di cui la Suprema Corte si accontenta per sancire la legittimità del prelievo ematico, non sia dettata soltanto dall'erroneo, ma non implausibile, convincimento che l'operazione sia necessaria per soddisfare esigenze terapeutiche?

Come si fa osservare, l'esistenza del consenso, che vale a rendere costituzionalmente accettabile il prelievo ematico, non potrebbe essere dedotta dalla semplice circostanza «che non risulti documentata alcuna chiara iniziativa di dissenso»²⁸, finendo così per assegnare a quella inerzia la valenza, tutt'al-

²⁵ Denuncia la «generale criticabile tendenza» a non informare il soggetto ricoverato in seguito ad incidente del possibile utilizzo in sede giudiziaria delle informazioni ottenute tramite le analisi cui viene sottoposto M. BARNI, *Il dosaggio alcolemico è possibile anche senza il consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 670 ss.

²⁶ Cass., sez. fer., 25 agosto 2016, n. 52877, Ilardi, in *C.e.d.*, n. 268807.

²⁷ Cass., sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 54977, Zago, cit.

²⁸ M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l'accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2013. In giurisprudenza, ritiene che il prelievo ematico compiuto esclusivamente su richiesta della polizia giudiziaria per verificare il tasso alcolemico, e non

tro che scontata, di «atteggiamento positivo, sebbene non verbalmente espresso»²⁹. Qualora le intenzioni dell'interessato fossero fraintese, e nulla rassicura in senso contrario, si tratterebbe di un prelievo ematico praticato senza consenso, i cui esiti dovrebbero essere ritenuti inutilizzabili *ex art.* 191 c.p.p. perché realizzato fuori dei casi consentiti dalla legge³⁰.

5. Prospettive de iure condendo. – A una parte della giurisprudenza va dato atto, peraltro, di aver colto la difficoltà di decifrare un comportamento inerte, il disagio di attribuire al silenzio una valenza univoca: pur ammettendo che la richiesta al conducente che ha provocato l'incidente possa essere rivolta oralmente – allo scopo di «non pregiudicare la continuità e celerità degli accertamenti», e quindi l'efficacia della verifica sul campione – si avverte talvolta l'esigenza che la formula usata sia idonea al raggiungimento dello scopo, ovvero che renda «edotto l'interessato che, in assenza di un suo rifiuto, si procederà all'accertamento in uno dei modi indicati dalla legge»³¹. Si presta opportuna attenzione cioè al fatto che l'interessato sia consapevole che l'assenza di una nitida manifestazione di dissenso, verbale o per fatti concludenti, permetterà di ritenere il prelievo eseguito legittimamente e i suoi risultati processualmente spendibili. Un'accortezza che, sebbene apprezzabile, non sembra sufficiente a tranquillizzare del tutto. Pare indispensabile, infatti, disporre di regole che scandiscano la sequenza procedimentale, offrano esplicite indicazioni sui contenuti dell'interpello, impongano la

per motivi di carattere medico-terapeutico, necessari del preventivo consenso dell'interessato, tempestivamente informato delle finalità del prelievo, in assenza del quale i risultati dello stesso sono inutilizzabili, Cass., sez. IV, 6 aprile 2017, n. 21885, Danelli, in *C.e.d.*, n. 270004.

²⁹L'espressione è tratta da Cass., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10615/2013, Bazzotti, cit. Ritieni persuasivamente che «in ragione della riforma del codice di rito penale operata con la legge n. 85/2009 (...) la verifica del consenso al prelievo o all'accertamento medico sia assunta a requisito di legittimità dello stesso» e che dunque «sarebbe indispensabile accertare la sussistenza del consenso dell'interessato, senza potersi accontentare del suo mancato rifiuto», M. GIALUZ, *L'accesso al corpo*, cit., p. 376. Sulla necessità di «un consenso specifico nella misura in cui il prelievo ematico sia effettuato, su richiesta della p.g., esclusivamente con il fine di acquisire la prova del superamento del tasso alcolemico consentito», così da «permettere al soggetto interessato di esprimere validamente la sua volontà in proposito», concorda A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Editoriale scientifica, 2016, p. 80 s.

³⁰Cass., sez. IV, 21 settembre 2007, n. 38537, Saltari, cit. Definisce «inutilizzabile *ex art.* 191 c.p.p. per violazione del principio costituzionale che tutela l'inviolabilità della persona» l'esito di un «prelievo ematico effettuato, in assenza di consenso, non nell'ambito di un protocollo medico di pronto soccorso – e dunque non necessario a fini sanitari» Cass., sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 42834, Ahmetovic, in *C.e.d.*, n. 242834.

³¹Così Cass., sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 15189, Pozzato, in *C.e.d.*, n. 269606.

sua documentazione mediante verbale, e presidino il rispetto di quegli adempimenti associando all'inosservanza l'inutilizzabilità degli esiti del prelievo; un risultato, quest'ultimo, che sarebbe più incerto se affidato ad interpretazioni incentrate sull'inutilizzabilità patologica ricavabile dall'art. 191 c.p.p., che una lettura interpretativa rigorosa limita esclusivamente a violazioni inerenti all'*an*.

D'altra parte, purché al riguardo prenda posizione con chiarezza, niente impedirebbe che il legislatore possa orientarsi diversamente, quanto al valore giuridico da attribuire alla mancanza di una risposta esplicita da parte del conducente al quale venga chiesto di sottoporsi al prelievo per fini giudiziari. Per esempio, privilegiando una nozione stringente di consenso, l'ordinamento potrebbe decidere di continuare a limitare l'eseguibilità dell'asportazione all'ipotesi in cui all'interpello segua una volontà positiva manifestata espressamente e di sanzionare penalmente tanto il rifiuto quanto l'inerzia.

Nel rimeditare la disciplina, il legislatore non dovrebbe trascurare di regolamentare l'eventualità in cui chi è sospettato di essersi messo alla guida in stato di ebbrezza sia giunto nella struttura ospedaliera non cosciente, e dunque ci si trovi nell'impossibilità di interpellarlo in merito al prelievo ematico. Discutibilmente, la sentenza in commento lo intende come un «dato che assorbe ogni contestazione sul punto»: dalla circostanza che «l'imputato fu portato in ospedale in gravi condizioni e privo di conoscenza (...) e ivi ricoverato in codice rosso molto critico; prognosi riservata» la Suprema Corte desume la conclusione che al medesimo non si sarebbe potuto richiedere comunque alcun consenso al prelievo ematico né rivolgere l'avviso della facoltà di farsi assistere dal difensore. La decisione sembra ricavarne un supporto alla tesi, poco persuasiva, che ritiene la mancanza di un rifiuto espresso equivalente alla manifestazione del consenso. In realtà, la sottolineatura giurisprudenziale fa piuttosto emergere l'esigenza di regolamentare in modo specifico tale evenienza in sede legislativa, eventualmente chiarendo a chi compete esprimere quel *placet* in assenza del quale l'intervento di asportazione ematica a fini di giustizia penale si risolverebbe in una coercizione che non trova fondamento normativo nel sistema al di fuori del perimetro delineato dall'art. 224-*bis* c.p.p.³².

Va riconosciuto a una fonte subordinata come il Protocollo operativo per gli accertamenti di cui all'art. 186 comma 5 c. strada di aver compreso come, rispetto a un'operazione che fonda sul requisito del consenso la sua legittimità, l'ordinamento debba farsi carico di regolamentare l'eventualità in cui il

³² Sulla «perdurante latitanza di una norma che stabilisca i tipi, i modi e i casi di legittimità di misure cautelative e limitative della libertà personale nel quadro di una ispezione corporale estesa al prelievo ematico» v. M. BARNI, *Il dosaggio alcoolemico*, cit., pp. 671 e 673.

prelievo riguardi un soggetto che non è in grado di esprimere una volontà consapevole. La soluzione accolta, quando un soggetto è «impossibilitato ad esprimere il consenso», prevede che il campione biologico venga «comunque prelevato e conservato secondo le modalità previste in attesa del consenso stesso». Condizione che potrebbe però anche protrarsi, in caso di incapacità prolungata.

L'alternativa potrebbe trarre spunto dalla soluzione che l'art. 72-*bis* disp. att. c.p.p. adotta con riguardo al prelievo di campioni biologici, affidando a soggetti diversi dall'interessato, che sia minore, incapace o interdetto per infermità di mente, il compito di assumere una decisione al riguardo. Riferita al minore imputato, la previsione sembra difficilmente armonizzabile con un assetto sistematico orientato a valorizzare l'autonomia decisionale, affidandogli in prima persona valutazioni anche impegnative³³. Mentre analoghe controindicazioni sistematiche non si registrano in riferimento alla nomina di un rappresentante *ad hoc* quando colui che deve essere assoggettato al prelievo versi, per i postumi dell'incidente, in una condizione di incapacità naturale dovuta alla transitoria impossibilità di esercitare le facoltà ordinarie di discernimento e volizione.

³³Non sembra invero l'unica imperfezione: la disciplina mostra di non avvedersi che le volontà dell'adulto e del minore potrebbero non coincidere, e sarebbe paradossale che al dissenso del primo facesse seguito l'attivarsi di misure restrittive della libertà personale funzionali a permettere l'espletamento dell'operazione; così come, d'altra parte, è irrealistico attribuire valore al consenso del primo laddove il secondo si sottragga concretamente, opponendo resistenza.