

LEGGE 41\2016: LUCI E OMBRE

Abbiamo “battezzato” la legge 23 marzo 2016 n. 41 come la legge che ha disciplinato il reato di omicidio e lesioni stradali, così come la 119\2013 è tristemente nota come la “legge sul femminicidio” (che non esiste).

Eppure l'art. 3 lett. b) di questa legge riguarda il reato di lesioni **dolose lievi**. Ed è già un rebus il senso dell'innalzamento della pena edittale minima...

In pillole, il provvedimento porta con sé pene decisamente inasprite anche per chi in un sinistro causa lesioni; è previsto l'arresto in flagranza nei casi più gravi ed è possibile procedere a prelievi coattivi per stabilire se il guidatore abbia bevuto alcool o sia sotto l'effetto di droga.

Con una “operazione chirurgica” vengono raddoppiati i tempi di prescrizione del reato

Ma è l'inasprimento della pena a colpire principalmente, senza che ci sia un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, con un innesto nel codice che produce modifiche asistematiche con significative ricadute sul versante sostanziale e processuale. Basti pensare all'applicabilità in astratto della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. per le lesioni gravi e per tutti i tipi di lesione l'istituto della messa alla prova.

Distonie del sistema di cui è difficile capire la ragionevolezza.

Certo, quel che più interessa per quanto diremo oltre, è che sembra che le nuove ipotesi abbraccino solo condotte connotate da **colpa specifica**, senza però che venga considerata l'imperizia, la negligenza e l'imprudenza, pur sempre possibile (Cass. sez. IV, 11.04.2008 n. 15229).

Problematica è anche la previsione di nuove aggravanti in caso di assunzione di alcool o sostanze stupefacenti oltre la soglia. Arduo il profilo probatorio per dimostrare che nonostante l'alterazione psicofisica, l'incidente non si sarebbe verificato. Certo più arduo rispetto alla contestazione di cui all'art. 187 c.d.s. Inspiegabile è il divieto di prevalenza\equivalenza delle circostanze attenuanti (art. 590 quater c.p., salvo art. 98 e 114 c.p.)

Sul versante processuale, tra le diverse novità che incidono sul codice di procedura penale c'è senz'altro la previsione dell'arresto facoltativo in flagranza di reato, ma anche la previsione di prelievi coattivi (quali?) a mente dell'art. 359 bis c.p.p.

Per le lesioni gravi è stata esclusa la possibilità di applicare la pena alternativa della multa (nella fattispecie è prevista la reclusione da tre mesi a un anno). Previsto ora l'arresto facoltativo in flagranza di reato con l'inserimento della nuova lettera m-quinquies all'articolo 381 del cpp.

Modificata la competenza del giudice di pace, senza un preciso e ragionevole disegno organico.

COMPETENZA E IMPUTAZIONE: CONCORSO DI REATI, REATO COMPLESSO E CONTESTAZIONE DELL'ACCUSA.

Corte di Cassazione, sez. IV Penale, sentenza 15 dicembre 2016 – 18 gennaio 2017, n. 2403

Presidente Romis – Relatore Tanga

4. ... mette conto osservare che, a seguito dell'entrata in vigore della L. 23 marzo 2016, n. 41, e quindi a decorrere dal 25 marzo 2016, e' stato introdotto, tra gli altri, l'art. 589-bis cod. pen., in virtu' del quale "Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi rispettivamente degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, e' punito con la reclusione da otto a dodici anni".

4.1. Precedentemente, dall'entrata in vigore della L. 24 luglio 2008, n. 125, l'art. 589 cod. pen. disponeva, tra l'altro, che, in ipotesi di omicidio colposo, "Si applica la pena della reclusione da tre a dieci anni se il fatto e' commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni" e che "Nel caso di morte di piu' persone, ovvero di morte di una o piu' persone e di lesioni di una o piu' persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la piu' grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non puo' superare gli anni quindici".

5. La formulazione della **novella del 2016** ha, evidentemente, ricondotto **le ipotesi aggravate al momento della "guida"**, individuando esplicitamente, come agente, chiunque si ponga "alla guida di un **veicolo a motore**"; cio', a differenza delle ipotesi-base (artt. 589-bis, comma 1, e 590-bis, comma 1, cod. pen., per le quali destinatario del precetto e' "chiunque cagioni per colpa (...) con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale...."). In altri termini

le nuove fattispecie aggravate sono applicabili solo al "conducente di un veicolo a motore" e non anche, per esempio, a chi cagioni la morte (o le lesioni) di un pedone guidando una bicicletta in stato di ebbrezza."

Ma anche, direi, in caso di concorso dell'*extraneus* (genitore che lascia il minore guidare la macchina in stato di ebbrezza, per es.: se risponde, a che titolo?)

La Corte aggiunge con un *incidenter tantum* che l'ipotesi di cui al co. 2 art. 589bis è un'ipotesi di **reato complesso**, connotato da **specialità** (Cass. pen. Sez. IV, 01/03/2017, n. 29721) per quanto attiene

1. **il soggetto agente**

2. **il profilo della colpa**. Aggiungo io che se il reato fosse quello di cui all'art. 590bis co. 2 c.p., oltre a questi profili si aggiungerebbe

3. **l'entità delle lesioni**.

c.p.p. art. 21. Incompetenza.

1. L'incompetenza per materia è rilevata, anche di ufficio, in ogni stato e grado del processo, salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 23 comma 2.

c.p.p. art. 23. Incompetenza dichiarata nel dibattimento di primo grado.

1. Se nel dibattimento di primo grado il giudice ritiene che il processo appartiene alla competenza di altro giudice, dichiara con sentenza la propria incompetenza per qualsiasi causa e ordina la trasmissione degli atti al giudice competente (1).

2. Se il reato appartiene alla cognizione di un giudice di competenza inferiore, l'incompetenza è rilevata o eccepita, a pena di decadenza, entro il termine stabilito dall'articolo 491 comma 1. Il giudice, se ritiene la propria incompetenza, provvede a norma del comma 1.

(1) La Corte costituzionale, con sentenza 26 febbraio-11 marzo **1993, n. 76** (Gazz. Uff. 17 marzo 1993, n. 12 - Prima serie speciale), ha dichiarato: a) la illegittimità dell'art. 23, primo comma, c.p.p., nella parte in cui dispone che, quando il giudice del dibattimento dichiara con sentenza la propria incompetenza per materia, ordina la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo; b) non fondata la questione di legittimità dell'art. 23, primo comma, c.p.p., in riferimento agli artt. 102, primo comma, e 112 Cost. Successivamente, la stessa Corte, con sentenza 7-15 marzo **1996, n. 70** (Gazz. Uff. 20 marzo 1996, n. 12, Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità del presente comma, nella parte in cui prevede la trasmissione degli atti al giudice competente, anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo, quando il giudice del dibattimento dichiara con sentenza la propria incompetenza per territorio; con sentenza 22 marzo-10 aprile 2001, n. 104 (Gazz. Uff. 18 aprile 2001, n. 16 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, non fondate le questioni di legittimità del presente comma, in riferimento agli artt. 3, 97, primo comma, 101, secondo comma, 111, secondo comma, Cost.

(Competenza del giudice di pace dichiarata da altro giudice): art. 48 d.lgs. 274\2000

l. In ogni stato e grado del processo, se il giudice ritiene che il reato appartiene alla competenza del giudice di pace lo dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero [23 c.p.p.]. Le prove acquisite dal giudice incompetente sono utilizzabili nel processo davanti al giudice di pace.

L'art. 48 riafferma la competenza esclusiva del giudice di pace, che ha eccezioni solo nel caso di connessione dovuta a concorso formale di reati a favore del giudice togato (art. 6), e nel caso in cui una delle condotte comprese nell'art. 4 venga posta in essere da un minore degli anni diciotto (nel qual caso la competenza è del tribunale per i minorenni: art. 4.4), ovvero devoluta alla cognizione di altro giudice speciale (art. 6.3).

L'ultima parte della norma fa salve, nel caso di sentenza del giudice incompetente, **l'utilizzabilità delle prove** da questi comunque acquisite, che potranno pertanto costituire elemento di valutazione da parte del giudice di pace, limitando così il dispendio di energie processuali insito nella soluzione adottata al primo comma.

Il principio di conservazione degli atti non soffre pertanto limitazioni nel caso in esame che, riferendosi senza eccezioni di sorta a qualsiasi genere di prova, ivi compresa quella testimoniale (art. 26 c.p.p.), costituisce una "eversiva" deroga all'opposto regime dell'inutilizzabilità delle testimonianze raccolta da giudice diverso, previsto nel regime ordinario, salvo consenso delle parti alla lettura, secondo la lettura del combinato disposto degli articoli 525 e 511 c.p.p. offerta dalla Corte di Cassazione.

c.p.p. art. 521. Correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza.

1. Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato **non ecceda la sua competenza** né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica [, ovvero non risulti tra quelli per i quali è prevista l'udienza preliminare e questa non si sia tenuta].

2. Il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero se accerta che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio [c.p.p. 429, 456] ovvero nella contestazione effettuata a norma degli articoli 516, 517 e 518 comma 2.

3. Nello stesso modo il giudice procede se il pubblico ministero ha effettuato una nuova contestazione fuori dei casi previsti dagli articoli 516, 517 e 518 comma 2.

L'incompetenza per materia "per difetto" è dunque sempre eccepibile e rilevabile d'ufficio

L'art. 521 co. 1 dice che se il giudice riqualifica il *nomen iuris* decide purché non ecceda per difetto.

Per l'incompetenza per eccesso è un po' più complicato. Se il vizio (art. 21 c.p.p.) è stato dedotto ed eccepito tempestivamente (art. 491 c.p.p.), *quid iuris?*

E sulla base di che cosa deve decidere in giudice?

La regressione processuale ¹ è sì fenomeno eccezionale, ma, quando la domanda difetta in qualcuno dei suoi requisiti, è giustificata e necessaria, in virtù **dell'obbligatorietà dell'azione**.

Nella giurisprudenza, non sempre lineare ², della Corte Costituzionale si possono trovare spunti per confermare questa conclusione. Emblematiche sono le pronunce con le quali la Corte ³ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 23 e 24 c.p.p. nella parte in cui prevedevano, come conseguenza del

¹ In effetti, la giurisprudenza ora invocando il "principio di non regressione del processo" ora la tassatività delle nullità, ha spesso disatteso tutte le censure relative a difetti dell'atto imputativo: tra le altre, in giurisprudenza, si vedano: Cass. Sez. VI, 5 maggio 1991, Nichele, in *Giur. It.* 1993 II, pag. 706 ss; Cass. Sez. III, 10 novembre 1992, Antinori, in *Cass. Pen.* 1994, 1593; Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1993, Presutti e altro, in *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 8, 21; Cass. Sez. IV, 15 giugno 1992, Rivellini, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 1, 93.

² Si vedano, in particolare, le decisioni in tema di legittimità e limiti dell'appello incidentale: C. Cost. 26 ottobre 1995, n. 460 in *Cass. Pen.* 1996, 451; C. Cost. 28 giugno 1995, n. 280 in *Cass. Pen.* 1995, 3227.

³ C. Cost., 11 marzo 1993, n. 76, in *Giur. It.* 1993, I, 1, 1834; C. Cost., 5 maggio 1993, n. 214 in *Giur. It.* 1994, I, 142; più di recente gli artt. 23 e 24 c.p.p. coinvolti nelle precedenti pronunce sono stati nuovamente censurati sul piano della legittimità costituzionale anche per ciò che attiene l'incompetenza per territorio. Sul punto si veda C. Cost., 15 marzo 1996, n. 70, in *Cass. Pen.* 1996, 2084; in dottrina, G. Frigo, *Con il nuovo intervento della Consulta ripristinata l'omogeneità della disciplina*, in *Guida al Diritto* 1996 n. 13, pag. 72. L'autore sottolinea che "da un punto di vista sistematico... la declaratoria di incompetenza si ripercuote in ogni caso sull'azione penale, nel senso, cioè, che questa si deve intendere mal esercitata se il pubblico ministero ha agito davanti al giudice incompetente". Sulle conseguenze di questa regressione – come sostenuto nel testo – e sui poteri residui del pubblico ministero non c'è concorde visione nella giurisprudenza, a differenza che nella dottrina: nel senso che è precluso al pubblico ministero riaprire le indagini, Cass. Sez. II, 8 aprile 1998, Corbelli, in *Gazz. Giuffrè*, 1998, n. 23; Cass. Sez. I, 4 marzo 1996, Affuso, in *Cass. Pen.* 1997, 3454, secondo cui "E' manifestamente infondata, in relazione all'art. 112 Cost., la q.l.c. dell'art. 23 c.p.p., come novellato a seguito della sentenza n. 76 del 1993 della Corte Costituzionale, in quanto la regressione del procedimento in esso prevista è automatica, a seguito di dichiarazione di incompetenza per materia, e il p.m. investito per effetto di essa non può che limitarsi a fare una nuova richiesta di rinvio a giudizio, salva, ovviamente, la possibilità di successiva attività integrativa nei limiti previsti dall'art. 430 c.p.p." (In motivazione, la Corte ha sottolineato che la citata sentenza della Consulta ha introdotto una deroga al principio dell'irretrattabilità dell'azione penale...). Anche la C. Cost. 4 luglio 1997, n. 229, in *Cass. Pen.* 1997, 3289, chiamata a pronunciarsi sulla stessa questione, l'ha ritenuta manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 25 e 112 Cost., dopo aver rilevato che la giurisprudenza è costante nell'affermare che il p.m. è tenuto ad adeguarsi alla decisione del giudice in ordine alla competenza e che le situazioni patologiche che generano la paralisi processuale non sono suscettibili di apprezzamento in sede di giudizio di costituzionalità, ma danno luogo a problemi risolvibili soltanto nell'ambito delle leggi di ordinamento giudiziario. *Contra*, Cass. Sez. V, 24 gennaio 1994, Masi, in *C.E.D.* 197285.

vizio di incompetenza per materia rilevato dal giudice dibattimentale di primo o secondo grado, la restituzione degli atti al giudice ritenuto competente invece che al pubblico ministero presso quell'organo giudiziario.

La *ratio* della regressione del processo alla fase procedimentale è ravvisata dalla Corte, nel fatto che la declaratoria d'incompetenza non concerne solo “*l'individuazione dell'organo chiamato in concreto ad esercitare la giurisdizione*”, ma rivela di per sé un'avvenuta **violazione di norme sostanziali e processuali idonea ad inficiare la sostanza stessa dell'azione penale**⁴. Insomma, non viene in rilievo solo la violazione del diritto di difesa (art. 24 cost.), ma, come evidenziato dal giudice remittente⁵, anche l'art. 112 Cost.

Il nocciolo della questione è proprio questo: non c'è identità del fatto se muta la competenza, perché anche questa rientra “*nella sostanza dell'azione penale*”⁶. Certo la tutela del diritto di difesa è importante, ma è un *posterius* rispetto all'invalidità dell'atto imputativo che determina la regressione del procedimento.

La disciplina degli artt. 516 ss. è posta anche a tutela dell'art. 112 Cost., per garantire il corretto esercizio dell'azione penale e per regolare i rapporti tra pubblico ministero e giudice, quando sorgano questioni sulla correttezza dell'atto imputativo. Lo ha affermato espressamente, in un'altra decisione, la Corte Costituzionale: “... *il principio generale della necessaria correlazione tra accusa e sentenza è posto non solo a tutela del diritto di difesa, ma anche al fine del controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell'azione penale*”⁷. L'art. 521 c.p.p., nella sua estrema concisione, specifica chiaramente che il giudice ha solo il potere di mutare il *nomen iuris* del fatto contestato, ma, tutto quello che rientra nella materialità dello stesso è prerogativa del pubblico ministero cui vanno trasmessi gli atti per la modifica dell'imputazione⁸. Le stesse esigenze e la medesima disciplina si ritrovano negli artt. 23, 24, 521 c.p.p.; al non corretto esercizio dell'azione penale corrisponde la trasmissione degli atti al pubblico ministero da parte del giudice adito, affinché l'errore nelle scelte dell'organo dell'accusa non si ripercuota su di una sentenza destinata a passare incontrovertibilmente in giudicato. La comunanza di disciplina tra le due situazioni (incompetenza per territorio e diversità del fatto contestato) ha una sua ragione sostanziale: le indicazioni di data e luogo sono elementi del fatto di reato, la cui modifica può incidere sulla prescrizione, sulla competenza territoriale, oltre che sulla ritualità della contestazione⁹. L'uccisione di Caio a Milano ovvero a Genova non è indifferente per il diritto processuale, perché incide sulla competenza, ma anche sulla formulazione del capo di imputazione¹⁰. Da

⁴ In questo senso, G. Frigo, cit. pag. 72. La conferma che la competenza tocca la sostanza dell'azione penale è data dall'art. 22 c.p.p. Infatti, solo ad azione penale esercitata, si impone la decisione con sentenza, mentre, durante le indagini preliminari, quando un problema di azione non c'è, il giudice adito pronuncia ordinanza, provvedimento meramente interlocutorio e assolutamente non ostativo ai poteri d'indagine del pubblico ministero. Sul delicato problema dell'incompetenza dichiarata a seguito di richiesta di archiviazione, si veda D. Potetti, *Richiesta di archiviazione e dichiarazione di incompetenza: forma e sostanza di un problema aperto*, in *Cass. Pen.* 1998, 773.

⁵ Pret. Messina, Sez. Francavilla di Sicilia, ord. 23 dicembre 1991, in *Leg. Pen.* 1993, 485.

⁶ In questo senso, cfr. Cass. 28 febbraio 1997, Vecchi, in *Arch.n.p.p.* 1997, 497; questa affermazione è ripresa, in dottrina, da P. Micheli, *Sentenza dichiarativa di incompetenza, trasmissione degli atti al pubblico ministero e (presuntiva) irretrattabilità dell'azione penale*, in *Cass. Pen.* 1997, 3455. L'autore precisa che “*se esisteva un vizio nell'esercizio dell'azione penale in quei termini e dinanzi a quel giudice, ed il giudice ha disposto che il gioco riprendesse dalla fase immediatamente precedente a quella viziata, quella domanda ha ricevuto la necessaria risposta giudiziale, risposta che sarà rimasta incompleta non già per limiti intrinseci, bensì per limiti della domanda stessa*”.

⁷ C. Cost. 7 marzo 1994 n. 88, cit. Insomma, le “*problematiche inerenti alle forme e modalità della restituzione in termini dell'imputato – a seguito della restituzione degli atti- per poter usufruire dei benefici riconnessi all'opzione di un determinato rito semplificato appaiono un posterius logico rispetto al rilievo dell'invalida instaurazione del procedimento ed all'ampio ventaglio di possibilità che si riapre...*”: così, G. De Amicis, *Sugli effetti delle pronunce dibattimentali di incompetenza*, in *Cass. Pen.* 1999, 531.

⁸ Cfr. Cass. Sez. V, 27 maggio 1998, Nava, in *Guida al Diritto* 1998, 71 secondo cui “*L'art. 521 C.p.p. consente al giudice di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, ma il capoverso dello stesso articolo gli impone la trasmissione degli atti al pubblico ministero qualora accerti la diversità del fatto, senza alcuna possibilità di prosciogliere o assolvere da quello originariamente contestato. Rilevata, infatti, la diversità del fatto emerso nel dibattimento, il giudice perde automaticamente la disponibilità del procedimento e, dunque, non può pronunciarsi sul fatto originariamente contestato: un provvedimento in tal senso sarebbe manifestamente abnorme, precludendo la possibilità dell'inizio di una nuova azione penale*”. Nella disciplina del fatto nuovo e del fatto diverso, pur con i dovuti distinguo, si noti il riemergere del principio della domanda proprio del processo civile (art. 99 c.p.c.).

⁹ L. Marini, *Art. 516 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., pag. 456.

¹⁰ La *Rel. Prog. Prel.*, pag. 15, precisa che le cause che possono determinare una situazione di incompetenza “*sono facilmente ricavabili dal sistema... nella modifica dell'imputazione per diversità del fatto... nella diversa definizione giuridica del fatto...*”; così pure si esprime la *Rel. Prog. Def.*, pag. 168. Nello stesso senso si veda pure, C. Cost. 15

qui, la restituzione degli atti in capo all'unico organo demandato a formulare concretamente e correttamente l'atto imputativo¹¹. In questo caso, l'art. 522 co. 1 c.p.p. commina espressamente la nullità come conseguenza della trasgressione dell'art. 521 c.p.p.

Si pensi, ora, al caso in cui, nel corso del rito abbreviato, il giudice rilevi la diversità del fatto contestato, a mente dell'art. 441 c.p.p. In una tale evenienza, non si può negare che la direzione del processo debba prendere un'altra piega, tornando gli atti in mano al pubblico ministero affinché il giudice non sia costretto ad emettere sentenza di assoluzione per insussistenza di "quel" fatto come descritto nell'imputazione¹².

La regressione non comporta necessariamente che il procedimento rinnovato debba ripercorrere le stesse tappe e riprodurre gli stessi esiti, con la regolarizzazione dell'atto invalido, perché non sempre il fenomeno – come si è detto – ha a che vedere con un atto invalido. Ad esempio, non si può certo dire invalida una richiesta di decreto penale di condanna rigettata dal giudice delle indagini preliminari, quando il dissenso riguarda la quantificazione della pena.

La restituzione degli atti al pubblico ministero funge da strumento di controllo del giudice sul corretto *iter agendi* del pubblico ministero, in modo che scelte processuali, affrettate od azzardate, non si riflettano negativamente su un "efficiente" esercizio dell'azione penale. La restituzione degli atti, insomma, (si vedano, ancora gli artt. 20, 22, 185, 449 co. 2°, 450, 455, 459 c.p.p.) è lo strumento processuale in grado di garantire che l'atto con cui si attiva la giurisdizione possieda i caratteri voluti dal legislatore; rappresenta il doveroso intervento del giudice a garanzia degli artt. 24 e 112 Cost.¹³.

Si tratta di un meccanismo di riapertura delle indagini analogo a quello esercitato dal giudice per le indagini preliminari di fronte ad una richiesta di archiviazione azzardata in ossequio all'art. 409 co. 4 c.p.p.¹⁴; a quello previsto dall'art. 436 c.p.p. e, infine, indicato nell'art. 345 co. 2° c.p.p. Non basta che il pubblico ministero formuli un qualsivoglia atto imputativo per dirsi rispettato il precetto costituzionale di cui all'art. 112, ma, occorre che la domanda di giurisdizione risponda a tutti i requisiti di legittimità previsti. La stessa *ratio* è sottesa all'ordinanza di rigetto della richiesta di giudizio immediato per mancanza dei presupposti (art. 455 c.p.p.) ed alla restituzione degli atti al pubblico ministero a seguito della mancata convalida dell'arresto (art. 449 co. 2 c.p.p.) nel giudizio direttissimo.

luglio 1991, n. 347, in *Cass. Pen.* 1991, II, 286. In giurisprudenza, si è precisato, altresì, che se dagli atti emergesse un fatto diverso rientrante nella competenza di altro ufficio giudiziario, il giudice, proprio in virtù delle prerogative che l'art. 112 Cost. conferisce al pubblico ministero, non potrebbe trasmettere autonomamente gli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente, ma dovrebbe, invece, attendere la modifica dell'imputazione da parte dell'organo dell'accusa. Infatti, "che la trasmissione degli atti scaturisca dall'art. 521 co. 3° o dall'art. 23 co. 1° c.p.p. è questione non più rilevante... A seguito della sentenza n. 76\93 della C. Cost. ... è venuta a determinarsi una unità di disciplina tra art. 23 co. 1° e art. 523 co. 3° c.p.p.": cfr. Cass. Sez. VI, 13 luglio 1995, Muccioli, in *Cass. Pen.* 1996, 841 ss.

¹¹ Sui poteri del pubblico ministero a seguito della declaratoria d'incompetenza, vedi nota 8 e di seguito nel testo. In dottrina, sostengono la tesi della possibilità di una riapertura delle indagini, M. Margaritelli, cit. nota 8, 697 ss.; P. Micheli, cit. nota 8; F. Amato, *Sulla destinazione degli atti una volta dichiarata l'incompetenza*, in *Giur. Cost.* 1996, p. 668; G. Lozzi, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Giappichelli, 1990, pag. 64; V. Pacile, cit. nota 8.

¹² In questo senso, C. Cost. 5 dicembre 1997 n. 378 in *Cass. Pen.* 1998, 778. Per quanto concerne il patteggiamento, il discorso è analogo: si faccia l'esempio che pubblico ministero e imputato si accordino per patteggiare la pena in relazione al reato di lesioni colpose; il giudice, letti gli atti del fascicolo del pubblico ministero, ritiene che la qualificazione giuridica dei fatti contestati sia più correttamente quella di maltrattamenti ex art. 572 c.p. Sicuramente non può ratificare l'accordo con il diverso *nomen iuris* (in questo senso, Cass. Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3021, Dimitrescu); d'altro canto, non è nemmeno giusto che per un errore delle parti in ordine alla qualifica giuridica del reato, sia precluso definitivamente l'accesso al rito speciale (*ex pluribus*, Cass. Sez. I, 14 giugno 1995, Piazza e altro, in *Giust. Pen.* 1995, III, 722). Si esclude, poi, che il giudice possa assolvere, impedendo che l'azione penale sia riesercitata correttamente, stante il divieto del *ne bis in idem*. L'unica soluzione che sembra possibile per evitare questi inconvenienti è rappresentata dalla **restituzione degli atti** (cfr. *ex pluribus*, Cass. pen., Sez. V, 27/11/2008, n. 7047). In dottrina, sul punto si veda T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 2006, p. 17ss. e, per una più ampia disamina delle formule di proscioglimento, F. Morelli *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹³ In questo senso, C. Cost. 14 aprile 1995 n° 131 in *Giur. Cost.* 1995, 1045 e C. Cost. 15 marzo 1994 n° 88 in *Cass. Pen.* 1994, 1797.

¹⁴ Il parallelismo tra le due situazioni viene ripreso da G. Bianchi, *Il giudizio abbreviato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1992, I, 904.

Non deve scandalizzare, di fronte all'irretrattabilità dell'azione penale, questo tipo di sindacato del giudice per le indagini preliminari sull'operato del pubblico ministero, perché è lo stesso art. 112 Cost. che lo impone di fronte ad una domanda tale da “non potersi dire utilmente esercitata e, quindi, consumata”¹⁵.

Come si è sostenuto “se il nuovo codice disegna la volontà del giudice per le indagini preliminari come decisiva rispetto all'esercizio dell'azione penale, costituzionalmente riservata al pubblico ministero, non si vede per quale motivo questa gerarchia di valori dovrebbe mutare nel momento in cui oggetto della decisione non è se ma solo in quale forma esercitare l'azione penale”¹⁶.

Il nuovo codice prevede, oggi, un sacrificio più ampio del principio d'irretrattabilità dell'azione penale, proprio a salvaguardia dell'obbligatorietà.

Ma torniamo al problema della *mutatio libelli* e del *nomen iuris*

So che su questo campo ci scontriamo con una rigida giurisprudenza anche delle S.U. (Cass. 19.6.1996, Di Francesco) che individua la lesione del diritto di difesa (tenuto conto anche della “contestazione implicita ricavabile dagli atti”) come il parametro di valutazione della mutazione del fatto tale da comportare la regressione del procedimento, ma invoco ancora quello che ho precedentemente detto e che trova conforto nella dottrina dominante (FOSCHINI 1951, CORDERO 1958) portata a sostenere che, con la tesi contestata “viene creato in capo all'imputato l'inosservabile onere di difendersi da tutte le possibili ricostruzioni storiche di una accadimento vagamente contestato” (RAFARACI, e BIN più di recente).

Non vi tedio sulla teoria della c.d. “continenza della fattispecie” di cui sapete tutto (facile ricordare la “derubricazione del reato doloso in colposo”...), ma devo soffermarmi per quel che ci interessa sui profili della **colpa**.

Anche qui quel criterio di continenza la fa da padrone: la colpa generica contestata in imputazione contiene la colpa specifica ritenuta in sentenza secondo tutta la giurisprudenza nonostante il levarsi di scudi della dottrina (BRICOLA, GALLO).

L'ortodosso rispetto delle regole di individuazione del giudice competente, terzo e imparziale costituisce il cardine del giusto processo (*Astarita, Gaito, Competenza e incompetenza del giudice penale, in Digesto pen., III Agg., Torino, 2005, 177*). Ne discende che le norme sulla capacità del giudice, sulla competenza, sull'incompatibilità e sugli strumenti posti per la loro rilevazione, convergono a delineare la fisionomia del giudice concretamente chiamato a *ius dicere* quale soggetto idoneo all'esercizio della giurisdizione nel caso concreto, dal quale unicamente è ragionevole attendersi una decisione giusta.

Si ritiene, al più, che la declaratoria di **incompetenza territoriale**, nel corso del dibattimento di primo grado, presupponga che il giudice abbia omesso di decidere immediatamente sulla questione, che deve essere, comunque, proposta o rilevata di ufficio subito dopo il compimento per la prima volta dell'accertamento della costituzione delle parti (C., Sez. II, 2.12.2008, C.R., in Mass. Uff., 243276).

Tuttavia è stato osservato, in dottrina, **nessuno può decadere da poteri non ancora esercitabili** quando il termine sia scaduto e se la questione non è ancora sorta in tale momento non può essere preclusa (*Cordero, Procedura penale, Milano, 1983, 30*).

Ed allora sembra più corretta l'interpretazione che ammette una sorta di restituzione nel termine per far valere l'incompetenza, tutte le volte che i fatti che vi diano causa **emergano nel corso dell'istruttoria dibattimentale**. In proposito meritano segnalazione alcune decisioni della Corte di legittimità che hanno statuito come, allorché il p.m. proceda a modificare l'imputazione con contestazione suppletiva, avente ad oggetto il mutamento del *locus commissi delicti*, all'imputato va riconosciuta la facoltà di proporre la questione di competenza per territorio (C., Sez. I, 12.12.2007, *Filippone, in Mass. Uff., 238381*).

Il pubblico ministero può procedere alla modifica dell'imputazione, con contestazione suppletiva in dibattimento, anche prima che si sia dato inizio all'istruzione ed utilizzando gli elementi di fatto emersi in precedenza, ma il mutamento dell'imputazione non può causare un pregiudizio per le garanzie dell'imputato, al quale deve dunque riconoscersi la facoltà di proporre la questione di competenza (C., Sez. VI, 30.11.2006, *Pacifico, in DPP, 2007, 913*).

¹⁵ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pag. 393.

¹⁶ G. Bianchi, *Il giudizio abbreviato...*, cit., pag. 904.

Del resto, l'organo giudicante chiamato a decidere su una determinata domanda, è sempre tenuto, in via pregiudiziale e/o preliminare rispetto alla decisione da adottare, ad accertare la sussistenza della propria competenza ad emettere quella decisione, e ciò in applicazione della regola-principio del "*giudice naturale*". Deve condividersi, pertanto, quella linea esegetica in base alla quale non è abnorme la sentenza che dichiara l'incompetenza territoriale del giudice per essere stata adottata la decisione oltre il termine di cui all'art. 491 dopo che la relativa eccezione sia stata già sollevata e disattesa perché, infine, il limite temporale di cui all'art. 491 riguarderebbe, semmai, la proponibilità della questione ma non il potere del giudice di apprezzare liberamente i presupposti del suo potere decisionale, tra i quali quello della competenza (C., Sez. VI, 24.11.1998-7.1.1999, *De Mita*, in *Mass. Uff.*, 213343).

L'incompetenza del tribunale a conoscere di reati appartenenti alla competenza del giudice di pace va eccepita, a pena di decadenza, entro il termine stabilito dall'art. 491, 1° co., come richiamato dall'art. 23, 2° co. (C., Sez. III, 12.6.2008, I.S., in *Mass. Uff.*, 240752).

Se questo vale per l'incompetenza territoriale, a maggior ragione deve valere per l'**incompetenza per materia** tempestivamente dedotta, quando venga in rilievo il **mutamento del profilo di colpa**, ovvero l'**entità delle lesioni** riportate dalla persona offesa.

Difetti di competenza del giudice possono emergere, a seguito di una **modifica dell'imputazione** contestata oppure quando al fatto, originariamente descritto e contestato, sia attribuita una diversa, e più grave, **qualificazione giuridica**.

Tali situazioni sono regolate – come già detto – dagli **artt. 521, 1° co. e 597, 3° co.** imponendo al giudice di astenersi dalla decisione e di dichiarare la propria incompetenza.

Nell'art. 35 del codice di rito previgente (1930) il legislatore si era preoccupato di regolare la sola ipotesi di incompetenza per materia per difetto manifestatasi nel corso del dibattimento, ove il giudice del dibattimento di primo grado avesse ritenuto che il reato eccedesse la propria competenza. Era stata predisposta una duplice disciplina a seconda che il dibattimento fosse stato instaurato a seguito di ordinanza o meno. Nel primo caso, il legislatore aveva inteso operare un'ulteriore distinzione tra reato eccedente la competenza del giudice dibattimentale «per diversa definizione giuridica del fatto» - con obbligo di trasmissione degli atti, mediante ordinanza, alla Corte di Cassazione per la risoluzione del conflitto - e reato eccedente la competenza per essere il fatto storico risultato, nel corso del dibattimento, «diverso o più grave» di quello enunciato nell'ordinanza di rinvio a giudizio - con obbligo di emissione di sentenza di incompetenza e trasmissione degli atti al pubblico ministero.

Il legislatore del 1988, nell'ottica di semplificazione della disciplina, aveva escluso il rilievo dell'incompetenza nell'ipotesi di modifica dell'imputazione a seguito di contestazione e di diversa qualificazione del fatto.

La Commissione parlamentare investita del progetto preliminare di riforma del nuovo codice di rito aveva proposto, tuttavia, che al giudice fosse consentito dichiarare la propria incompetenza non soltanto sulla base della imputazione originaria ma anche «della contestazione effettuata in dibattimento nei casi consentiti» (*Osservazioni della Commissione parlamentare sul Progetto preliminare*, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova, 1990). Restava, comunque, non definita l'ipotesi della diversa qualificazione del fatto, soprattutto quella tale da determinare un'incompetenza per materia per difetto del giudice procedente. La Commissione, a tal riguardo, aveva esortato il legislatore a predisporre sul punto una normativa chiara, avvertendo che sarebbe comunque stato incoerente con le direttive della delega e con l'impianto tendenzialmente accusatorio del nuovo processo consentire al giudice di dare al fatto una qualificazione diversa da quella enunciata nell'imputazione soltanto nel caso in cui il reato non eccedesse la sua competenza (*Osservazioni della Commissione parlamentare sul Progetto preliminare*, 235).

Tali considerazioni sono state fatte proprie dal legislatore delegato che, nella versione definitiva ed attuale dell'**art. 23** ha eliminato ogni riferimento, circa l'oggetto della decisione del giudice sulla competenza, all'imputazione come originariamente contestata, proprio al fine dichiarato **«di ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma sia tutte le ipotesi di modifica del fatto contestato (art. 516-518 c.p.p.) sia l'ipotesi in cui il fatto venga diversamente qualificato dal giudice, dando così luogo alla dichiarazione di incompetenza»** (*ex art. 521*) (*Rel. prog. def.*, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, Padova, 1990, 92).

Orbene se, a seguito di modifica dell'imputazione o di diversa qualificazione del fatto, emerge un'incompetenza **per materia per difetto**, il giudice può rilevarla o eccepirla secondo quanto previsto dagli artt. 21, 1° co., e 23, 1° co., essendo ciò possibile in ogni stato e grado del processo (C., Sez. VI, 13.7.1995, Muccioli, in CP, 1996, 841).

I problemi rimangono quando il giudice del dibattimento, a seguito di modifica o diversa qualificazione del fatto, rilevi una sua incompetenza per **materia per eccesso**.

La questione risiede nella disciplina dettata, per quanto riguarda l'incompetenza per materia per eccesso, nell'art. 21, 1° co., e, per l'incompetenza per territorio e per quella derivante da connessione, nel 2° e 3° co. del medesimo articolo. Regola che, come già più volte osservato, impone un **limite cronologico** preciso alla possibilità di dedurre le suddette tipologie di incompetenza, che è quello dell'accertamento per la prima volta della costituzione delle parti.

Se si ritiene che questo sbarramento temporale non debba in alcun modo essere superato, la conseguenza che ne deriva, considerato che la contestazione di un fatto diverso, di un fatto nuovo, di un reato connesso *ex art. 12, 1° co., lett. b* o di una circostanza aggravante, nonché una qualificazione giuridica diversa del medesimo fatto si determinano prevalentemente nel corso o al termine dell'istruzione dibattimentale e, dunque, ben oltre l'accertamento per la prima volta della costituzione delle parti, è che, in tal modo, viene, di fatto, impedita la deduzione di un difetto di competenza per ipercapacità, territorio o connessione, emerso a seguito di una modifica dell'imputazione contestata o quando al fatto così come descritto nell'originaria imputazione sia attribuita una diversa qualificazione giuridica, proprio nel momento del giudizio in cui più frequentemente essa si rende manifesta. In definitiva, con il mantenere comunque, anche ove si realizzino le ipotesi appena descritte, limiti temporali di deducibilità così angusti **si finisce, in pratica, per ancorare la declaratoria di incompetenza prevalentemente al solo fatto come originariamente contestato**.

L'unica alternativa percorribile, per evitare una simile evenienza, è proprio quella di consentire il superamento del predetto termine esclusivamente in caso di modifica dell'imputazione contestata o di diversa qualificazione giuridica del fatto così come descritto nell'imputazione.

Tale non è però la soluzione adottata dalla giurisprudenza prevalente, che si è occupata della questione in esame soprattutto con riferimento alla declaratoria di incompetenza per territorio e a quella per connessione. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza maggioritaria non solo nega che possa essere sollevata l'eccezione di incompetenza territoriale in sede di conclusioni anche quando, nell'ambito delle medesime, venga rilevato, a sostegno dell'eccezione, un mutamento della qualificazione giuridica del fatto (C., Sez. V, 20.10.1993, Bergarani, in CP, 1995, 967), ma nemmeno la questione di incompetenza territoriale che compaia per la prima volta ben prima della discussione finale, ovvero nell'istruzione dibattimentale (C., Sez. I, 26.2.1992, Santarello, in Mass. Uff., 189930) o, in generale, nel corso del dibattimento (C., Sez. VI, 4.12.1997, Biondino, in Mass. Uff., 210990). Va, comunque, segnalato come una parte, assolutamente minoritaria, della giurisprudenza si discosti nettamente da questo orientamento, con la motivazione che «ogni giudice... è anzitutto giudice della propria competenza», per cui **il suo potere di dichiarare d'ufficio l'incompetenza per territorio non può in alcun modo essere «limitato o condizionato dalle preclusioni dell'art. 21 comma 2»** (C., Sez. I, 11.6.1992, Gannuscio, in ANPP, 1993, 125) e che, nonostante tali preclusioni, il legislatore non sembra formulare - ed in effetti, sia detto per inciso, dall'analisi dei lavori preparatori si è visto che non formula - alcuna riserva nel caso in cui la necessità di proporre la questione sorga solo nel corso del dibattimento per l'emergere di nuove risultanze che, tuttavia, devono essere sorrette da sicuri elementi di riscontro (C., Sez. I, 20.10.1995, Urrata, in Mass. Uff., 203101; v., altresì, C., Sez. I, 17.12.1998, Abbellito, in Mass. Uff., 212457).

Un importante appiglio normativo sta nell'art. 604 c.p.p. che dispone, com'è noto:

1. Il giudice di appello, nei casi previsti dall'articolo 522, dichiara la nullità in tutto o in parte della sentenza appellata e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, quando vi è stata condanna per un fatto diverso ..."

PROFILI PROBATORI E DI ACCERTAMENTO INVESTIGATIVO.

224 bis. Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale

[1] *Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, per i delitti di cui agli articoli 589 bis e 590 bis del codice penale e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.*

A parte gli altri rilievi sulla norma mi preme evidenziare sin d'ora il concetto di “determinazione del profilo di DNA” che trova precisa definizione dell'art. 6 l. 85\2009.

Art. 359bis c.p.p.

Fermo quanto disposto dall'articolo 349, comma 2 bis, quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224 bis e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste.

[2] *Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224 bis, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore.*

[3] *Nei casi di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni degli articoli 132, comma 2, e 224 bis, commi 2, 4 e 5, si applicano a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite. Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191.*

[3 bis] *Nei casi di cui agli articoli 589 bis e 590 bis del codice penale, qualora il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il decreto di cui al comma 2 e gli ulteriori provvedimenti ivi previsti possono, nei casi di urgenza, essere adottati anche oralmente e successivamente confermati per iscritto. Gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporlo al necessario prelievo o accertamento e si procede all'esecuzione coattiva delle operazioni se la persona rifiuta di sottoporvisi. Del decreto e delle operazioni da compiersi è data tempestivamente notizia al difensore dell'interessato, che ha facoltà di assistervi, senza che ciò possa comportare pregiudizio nel compimento delle operazioni. Si applicano le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 365. Entro le quarantotto ore successive, il pubblico ministero richiede la convalida del decreto e degli eventuali ulteriori provvedimenti al giudice per le indagini preliminari, che provvede al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone immediato avviso al pubblico ministero e al difensore. Le operazioni devono sempre svolgersi nel rispetto delle condizioni previste dai commi 4 e 5 dell'articolo 224 bis.*

Strana scelta questa del legislatore di disciplinare nell'art. 359bis un particolare accertamento tecnico che pare irripetibile...come ripetibile. Per fortuna resta un “atto partecipato” soggetto alla disciplina dell'art. 366 c.p.p. ma prima ancora – direi degli artt. 354, 356 c.p.p. e 114 disp. att..

Con la L. 23.3.2016, n. 41, è stata introdotta nel nuovo art. 589 bis c.p. una nuova circostanza ad effetto speciale per l'ipotesi in cui i sinistri stradali siano stati cagionati da soggetti (conducenti di veicoli a motore) sotto l'effetto di sostanze alcoliche o conseguenti all'assunzione di stupefacenti secondo quanto previsto dagli artt. 186 e 187 c. str..

Evidentemente, la sussistenza di tale aggravante, per essere contestata, presuppone l'accertamento positivo dello stato di alterazione determinato dall'abuso di alcool o di stupefacente, con il conseguente insorgere di problematiche di diverso tipo quando l'interessato si rifiuta di sottoporsi ai relativi test.

Sembrerebbe che il problema si ponesse solo se il conducente rifiuta. Se c'è in consenso va tutto bene.

Ma è così alla luce dell'obbligo per la p.g. – prima dell'intervento del p.m. ex art. 354 – di dare l'avviso all'indagato della facoltà di nominare un difensore ai sensi degli art. 354 – 356 c.p. e 114 disp. att. c.p.p.?

È, infatti, “*onere della P.G. avvertire la persona sottoposta alle indagini della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia*” (Cass. Pen. Sez. IV, 6.12.2013, n. 7967). In giurisprudenza è consolidato l’orientamento secondo cui “*L’omesso avviso, ex art. 114 disp. att. c.p.p., all’indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia dà luogo ad una nullità* (Cass. Pen. Sez. IV 19.9.2012 n. 38003)”. E ancora: “*In tema di guida in stato di ebbrezza, sussiste l’obbligo di previo avviso al conducente coinvolto in un incidente stradale di farsi assistere da un difensore di fiducia, ai sensi degli artt. 356 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen., in relazione al prelievo ematico presso una struttura sanitaria finalizzato all’accertamento del tasso alcolemico, qualora l’esecuzione di tale prelievo non avvenga nell’ambito degli ordinari protocolli sanitari, ma sia autonomamente richiesta dalla polizia giudiziaria.*” (Cass. pen. Sez. IV, 22/12/2016, n. 3340 (rv. 268885); **da ultimo anche Cass. pen. Sez. IV, n. 49236\2016, anche per il caso di rifiuto**).

Non occorre ricordare il recente approdo delle Sez. un. secondo cui:

“*La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all’esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell’art. 114 disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.*” (Cass. pen., S.U., 29/01/2015, n. 5396).

Alla luce di tale considerazione si spiega la modifica apportata alla disposizione in commento - unitamente alla modifica apportata all’articolo, di contenuto sostanzialmente analogo, 224 bis -, laddove si prevede che la possibilità per l’autorità giudiziaria di sottoporre il soggetto coattivamente al prelievo di liquidi biologici o ad accertamenti medici venga esteso anche ai reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime.

La previsione in parola è destinata ad operare con riferimento al prelievo coattivo effettuato per iniziativa del pubblico ministero (difficile pensare all’incidente probatorio).

Quanto alle attività che possono essere compiute coattivamente, secondo alcuni (AMATO) sono solo quelle indicate dall’art. 224 bis e cioè nel prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA, mentre non pare possibile procedere coattivamente a prelievo ematico pur essendo indiscussa la valenza probatoria di tale accertamento per verificare la sussistenza di un’alterazione psicofisica indotta dall’abuso di alcol o di droghe.

Non ne sarei così sicuro nonostante la dottrina maggioritaria appoggi questa conclusione alla luce della nota sent. della C. Cost. 238\1996. Quella sentenza – richiamando un suo precedente storico – effettivamente stigmatizza l’uso di accertamenti “invasivi”, ma chi può dire che il prelievo di “mucosa” sia meno invasivo di una puntura sul dito per prelevare una goccia di sangue. Soprattutto, è la lettera dell’art. 224bis che consente l’apertura ad altri “**accertamenti medici**” purchè non ledano la salute del soggetto. Leggo il 4 co. dell’art. 224bis:

“*4. Non possono in alcun modo essere disposte operazioni che contrastano con **espresi divieti posti dalla legge** o che possono mettere in pericolo la vita, l’integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità.*”

Anche i fautori della tesi contraria all’ ammissibilità del prelievo ematico forzoso in realtà non negano che il legislatore della riforma avesse in animo di prevedere tale tipo di accertamento, ma fanno leva sul perdurante silenzio serbato nel testo normativo per affermare che la mancata previsione espressa non possa essere superata in via interpretativa. E allora la domanda è se valga, nel caso specifico, il brocardo quod lex voluit dixit quod noluit tacuit o se, al contrario, vi sia spazio per giungere ad una soluzione affermativa con gli ordinari criteri ermeneutici. Come ogni questione interpretativa, anche questa passa attraverso la ricostruzione della voluntas legis e non è secondario ricordare che i lavori preparatori sono chiarissimi nel mettere in risalto il netto proposito del riformatore di attribuire agli inquirenti maggiori poteri coercitivi finalizzati all’accertamento dei reati stradali. Nessun commentatore in effetti nega che il riformatore abbia voluto estendere le possibilità di accertamenti in qualche misura invasivi, come può dedursi dall’introduzione di norme che hanno una ragion d’essere proprio in quanto prevedono poteri coercitivi che prima non erano contemplati. Certamente hanno colto nel segno quei commentatori che hanno evidenziato il non senso delle nuove disposizioni se queste, per l’accertamento specifico dei reati de quibus nella forma aggravata, si limitassero a ribadire il contenuto di quanto già previsto dal preesistente quadro normativo.

Dunque pare possibile anche il prelievo ematico. È poi ovvio che, se i prelievi sono stati effettuati nell'ambito di un normale protocollo sanitario curativo, sono sempre utilizzabili.

E In mancanza di liquidi biologici?

Art. 186 c.d.s. estratto

3. *Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.*

4. *Quando gli accertamenti qualitativi di cui al comma 3 hanno dato esito positivo, in ogni caso d'incidente ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psico-fisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento. (1175)*

5. *Per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcoolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. Copia della certificazione di cui al periodo precedente deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza. Si applicano le disposizioni del comma 5-bis dell'articolo 187.*

6. *Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcoolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), l'interessato è considerato in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 2.*

7. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c). La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI.*

Art. 187 c.d.s. estratto

2. *Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 3, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.*

2-bis. *Quando gli accertamenti di cui al comma 2 forniscono esito positivo ovvero quando si ha altrimenti ragionevole motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi sotto l'effetto conseguente all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, i conducenti, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono essere sottoposti ad **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.** Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri 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, sono stabilite 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. Ove necessario a garantire la neutralità finanziaria di cui al precedente periodo, il medesimo decreto può prevedere che gli accertamenti di cui al presente comma siano effettuati, anziché su campioni di mucosa del cavo orale, su **campioni di fluido del cavo orale.***

3. *Nei casi previsti dal comma 2-bis, qualora non sia possibile effettuare il prelievo a cura del personale sanitario ausiliario delle forze di polizia ovvero qualora il conducente rifiuti di sottoporsi a tale prelievo, gli agenti di polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, fatti salvi gli ulteriori obblighi previsti dalla legge, accompagnano il conducente presso strutture*

sanitarie fisse o mobili afferenti ai suddetti organi di polizia stradale ovvero presso le **strutture sanitarie pubbliche** o presso quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate, per il prelievo di **campioni di liquidi biologici** ai fini dell'effettuazione degli esami necessari ad accertare la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope. Le medesime disposizioni si applicano in caso di incidenti, compatibilmente con le attività di rilevamento e di soccorso. (1190)

4. Le strutture sanitarie di cui al comma 3, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, effettuano altresì gli accertamenti sui conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, ai fini indicati dal comma 3; essi possono contestualmente riguardare anche il tasso alcoolemico previsto nell'articolo 186.

5. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. Copia del referto sanitario positivo deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di Polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza. (1191)

5-bis. Qualora l'esito degli accertamenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non sia immediatamente disponibile e gli accertamenti di cui al comma 2 abbiano dato esito positivo, se ricorrono fondati motivi per ritenere che il conducente si trovi in stato di alterazione psico-fisica dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, gli organi di polizia stradale possono disporre il ritiro della patente di guida fino all'esito degli accertamenti e, comunque, per un periodo non superiore a dieci giorni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 216 in quanto compatibili. La patente ritirata è depositata presso l'ufficio o il comando da cui dipende l'organo accertatore.

Alla luce di queste disposizioni “speciali”, direi che è possibile l'accertamento sintomatico. Lo dice la Cassazione a gran voce (Cass. Cass. pen. sez. IV, 3\5\2016, Ciurletti), ma solo per provare la violazione dell'art. 186 lett. a).

Nessuna possibilità invece per accertare l'aggravante della guida sotto l'effetto di droghe perché ancora la norma speciale (art. 589bis co. 2) richiama la necessità che l'incidente sia **conseguenza dell'effetto di alterazione**. Non basta la positività.

c.p.p. art. 349. Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone.

1. La polizia giudiziaria procede alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti.

2. Alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti.

2-bis. Se **gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato**, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero

Cito questa disposizione per ricordare il limite implicito di utilizzabilità dei risultati acquisiti ex art. 349 c.p.p. – limite che dovrebbe valere anche per quelli acquisiti ex art. 359bis c.p.p. se diretti ad accertare **reati diversi** da quelli di cui all'art. 589bis e 590bis c.p.

E che dire se la polizia giudiziaria utilizzasse ancora quei metodi poco ortodossi per acquisire una traccia biologica?

Non occorre ricordare che cosa ha detto la giurisprudenza anche dopo l'ingresso della l. 85\2009 nella nostra legislazione:

“Il prelievo di tracce biologiche dell'indagato, utilizzate per la comparazione del DNA, avvenuto attraverso un escamotage irriuale, con atteggiamento ingannevole, non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive.

(Cass. pen., Sez. II, 09/05/2014, n. 33076)

Un'ultima chicca. Vi riporto l'art. 10 co. 1 della l. 85\2009 (quella che ha introdotto l'art. 224bis c.p.p.):
Art. 10. (Profili del DNA tipizzati da reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali)

1. Se, nel corso del procedimento penale, a cura dei laboratori delle Forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione, sono tipizzati profili del DNA da reperti biologici a mezzo di accertamento tecnico, consulenza tecnica o perizia, l'autorità giudiziaria procedente dispone la trasmissione degli stessi alla banca dati nazionale del DNA, per la raccolta e i confronti.

Ecco che fine fa il materiale biologico prelavato. Va insieme a quello degli altri soggetti, presunti colpevoli di gravissimi delitti **dolosi** indicati nell'art. 9 della stessa legge.

Che il mio profilo di DNA sia raccolto per trovarmi una cura futura, mi va anche bene, ma che sia confuso con quello di un violentatore un giorno futuro un po' meno.

Concludo: un grande giurista del passato (CARRARA) diceva che il codice penale è il codice dei delinquenti mentre il codice di procedura è quello dei galantuomini. Dubito che oggi un galantuomo possa usufruire di questo codice, perché anche il giudice più equo e imparziale è indotto all'errore a fronte delle continue bizzarrie del legislatore