

## GIACOMO NICOLUCCI

### LE NUOVE NORME SULL'IDENTIFICAZIONE PERSONALE

1. Come un caleidoscopio, l'art. 10 del d.l. 27 luglio 2005 n. 144 (conv. in l. 31 luglio 2005 n. 155) riflette, sulle disposizioni processuali modificate, una serie indistinta di problematiche, legate alla succinta violazione di diritti fondamentali e di garanzie del *due process of law*.

Nell'ordine, gli aspetti di rilievo possono essere riassunti nel prelievo coattivo di materiali biologici, nell'estensione della durata del trattenimento negli uffici di p.g. e nel rinnovato vigore conferito ad una norma extraprocessuale (l'art. 11 del d.l. 21 marzo 1978 n. 59, recante il c.d. «fermo per identificazione») che sembrava quasi abrogata per desuetudine<sup>1</sup> (ove ciò fosse possibile) o, comunque, assorbita nell'art. 349 c.p.p.

2. L'art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59, invero, costituisce un arcano retaggio di una trascorsa legislazione emergenziale, cui sono state ora estese le potenzialità dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. in materia di prelievi di materiale biologico. La norma, peraltro, già contemplava un trattenimento sino a ventiquattro ore negli uffici di polizia, secondo presupposti e formalità quasi del tutto sovrapponibili al successivo art. 349 c.p.p. Tuttavia, operava (*rectius*, opera) al di fuori del tipico contesto investigativo della polizia giudiziaria, attribuendo un cogente potere della polizia c.d. «amministrativa»<sup>2</sup>, assolutamente estraneo alla struttura formale dell'indagine penale. I mutamenti normativi e politico-sociali intercorsi nei quasi trent'anni che ci distanziavano dalla novella del 1978 avrebbero dovuto impedire l'esumazione in questione, così inopportuna<sup>3</sup>.

3. Quanto all'estensione sino a ventiquattro ore del limite del trat-

---

<sup>1</sup> Per L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1217, la norma doveva considerarsi «tacitamente abrogata».

<sup>2</sup> È assolutamente condivisibile l'affermazione di A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 321, secondo cui l'istituto di cui all'art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59 assolverebbe a finalità «general preventive».

<sup>3</sup> Molto dura, sul punto, la critica di L. FILIPPI, *op. cit.*, p. 1217 s., p. 1221, che si estende, più in generale, agli aumentati poteri della polizia giudiziaria.

tenimento negli uffici di polizia, *ex art.* 349 c.p.p. – per procedere ad accertamenti sull'identità dell'indagato, quando questi si sia rifiutato di farsi identificare o abbia declinato false generalità o esibito documenti altrettanto non veritieri o presumibilmente tali - piuttosto, non appaiono del tutto chiare le ragioni giustificanti l'imprescindibile esigenza di custodire un soggetto per oltre dodici ore, negli uffici di p.g., al fine di acquisirne un dato identificativo certo; soprattutto al giorno d'oggi, quando gli strumenti tecnici a disposizione della polizia di sicurezza sono sicuramente più efficienti che in passato.

Il comma 4 dell'art. 349 c.p.p. presuppone, per tale "prolungato" trattenimento, la complessità del procedimento d'identificazione o l'assistenza di un'autorità consolare o di un interprete. Se le ultime ipotesi appaiono appena comprensibili, piuttosto, non lo è la prima, ancorata a parametri in tutto labili e legati alla discrezione degli operanti. Il rilievo muove dalle premesse di garanzia della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Se, invero, poteva dirsi compatibile con le linee di tutela della libertà della persona un accompagnamento limitato alle dodici ore, pur senza alcun intervento di convalida e/o di controllo da parte del giudice, ventiquattro ore cominciano a sembrare eccessive. Ciò per una distinta serie di ragioni. In primo luogo, se è vero che l'art. 386 c.p.p. legittima una restrizione della libertà personale sino a ventiquattro ore, sulla base di un'autonoma iniziativa della polizia giudiziaria, è anche da tener conto che la norma si riferisce a situazioni (quali quelle che legittimano l'arresto in flagranza ed il fermo di indiziati di delitto) legate ad un vero e proprio *periculum libertatis*. Anzi, la natura «precautelare» delle misure in questione le connota teleologicamente come preordinate all'adozione di misure restrittive delle libertà della persona. *In secundis*, vi è l'assenza di una forma di controllo (convalida) a posteriori, non potendosi ritenere sufficiente l'avviso anche orale al pubblico ministero, quando poi non si disponga di strumenti di garanzia atti a verificare giudizialmente la legittimità e l'opportunità della restrizione posta in essere.

Sul punto potrebbe rilevarsi una sottile distinzione tra l'«immediata notizia» data al pm. dell'esecuzione dell'accompagnamento (art. 349 comma 5 c.p.p.) e il «previo avviso anche orale» che autorizza la polizia giudiziaria a trattenere nei propri uffici l'accompagnato non oltre le ventiquattro ore (art. 349 comma 4 c.p.p.). Nel primo caso l'attività è già in esecuzione, per cui all'inquirente spetta un controllo *ictu oculi* di legittimità ed opportunità, potendo ordinare l'immediato rilascio della persona accompagnata. E, quanto più è applicata con stretto ri-

gore l'immediatezza del dovere di notizia, tanto più efficace risulta l'intervento del pm. Per proseguire l'attività identificativa oltre le dodici ore, invece, la comunicazione avrebbe un significato di necessario assenso preventivo, piuttosto che di controllo a posteriori (o meglio, *in itinere*). In pratica, nel primo caso l'avviso della polizia giudiziaria risponde alle necessità di una notizia/controllo, nel secondo può identificarsi con una vera e propria richiesta di autorizzazione.

Le differenze, ad un diverso esame, non sembrano così evidenti. Al di là di un'esegesi meramente letterale, che sottolinea come all'avviso di cui all'art. 349 comma 4, ultimo periodo, c.p.p., non segua l'indicazione di un potere di ordinare il rilascio in capo al pm. (ma il rilievo è agevolmente superabile con un richiamo implicito ai poteri del comma successivo), sta la considerazione per cui, in entrambi i casi, la conseguenza è quella della eventuale liberazione dell'accompagnato sulla premessa di una misura restrittiva della libertà personale già in atto.

Deve aggiungersi come il controllo del pm. sulla particolare complessità degli accertamenti identificativi in corso appaia abbastanza laconico, quantomeno per un'evidente carenza di tassatività, e quindi di parametri verificabili a posteriori.

C'è, inoltre, da rilevare una possibile palese violazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quanto all'arbitrarietà intrinseca della procedura di identificazione ed alla mancanza di proporzionalità tra la durata del trattenimento e lo scopo primario della norma. Come ben evidenziato in un noto precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo appunto ai casi di «*routine identity checks*»<sup>4</sup>, deve esistere uno stretto bilanciamento tra il soddisfacimento dell'esigenza di sicurezza della verifica dell'identità e la compressione della libertà personale che ne deriva con il trattenimento negli uffici di polizia («*a balance must be drawn between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question, and the importance of the right to liberty*»<sup>5</sup>). La procedura di polizia in nessun caso potrebbe assumere un carattere punitivo ed il titolo giustificativo del trattenimento cessa di dispiegare la propria efficacia nel

---

<sup>4</sup> C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2003, Vasileva c. Denmark. La Corte, al riguardo, ha ritenuto sussistere la violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione per la privazione della libertà durata tredici ore e mezza.

<sup>5</sup> C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2003, cit., § 37.

momento in cui, al più presto, venga soddisfatta l'esigenza di cui all'accertamento in corso («*as soon as the relevant obligation has been fulfilled, the basis for detention under Article 5 & 1 (b) ceases to exist*»<sup>6</sup>).

3. Ben diversa l'esigenza cui risponde il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 349 c.p.p. Da tempo, dopo gli arresti giurisprudenziali sui cosiddetti prelievi ematici coattivi<sup>7</sup>, si avvertiva la mancanza di una disciplina specifica che regolasse la possibile acquisizione di materiale biologico – indispensabile soprattutto per l'effettuazione del test del Dna – in carenza del consenso dell'interessato<sup>8</sup>.

La norma in esame prevede ora la possibilità di eseguire accertamenti utili alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini anche prelevando forzatamente capelli o saliva (cd. «tampone buccale») di questi, nel rispetto delle dignità della persona. L'operazione è legittimamente compiuta solo se preceduta da un'apposita autorizzazione scritta del pm. che, in caso d'urgenza, può essere anticipata in via orale e confermata, successivamente, per iscritto.

Con tale novella si è dato inizio ad una disciplina *ad hoc* per gli accertamenti personali coattivi, colmando un vuoto normativo più volte posto in evidenza e fatto oggetto di disegni di legge mai portati a compimento (n. 2572 del 28 ottobre 1996 dell'on. Meandri; n. 4161 del 15 luglio 2003 dell'on. Franz ed altri; n. 3009 del 20 gennaio 1998 dell'on. Flick; n. 4682 del 10 febbraio 2004 dell'on. Onnis).

La copertura legislativa era necessaria in quanto l'attività comporta pur sempre una forma di compressione della libertà personale, sia per l'immobilizzazione, sia per la coazione che induce comunque a subire un *pati*, sebbene di minima entità e rilevanza (la “sofferenza” è sicuramente più letterale che reale).

Se l'interessato rifiuta di acconsentire ai detti prelievi, è prevedibile che questi debbano essere posti in essere con l'impiego di una forza volta a vincere una resistenza passiva o attiva, non tanto per “strappar via” una capello, ma per conseguire l'apertura del cavo orale al fine di raggiungerlo con un apposito tampone. Questo tipo di *vis* non è sconosciuto all'ordinamento e nemmeno alla stessa disposizione

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>7</sup> Corte cost., 27 marzo 1962 n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, p. 241; Id., 24 marzo 1986 n. 54, *ivi*, 1986, p. 387; Id., 27 giugno 1996 n. 238, *ivi*, 1996, p. 2142.

<sup>8</sup> P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 614.

sull'identificazione personale, nella sua formulazione precedente. Difatti, un'immobilizzazione del soggetto, per vincerne la resistenza, è comunque indispensabile (e implicitamente ammessa) anche per effettuare i rilievi dattiloscopici, fotografici ed antropometrici.

È palese, invece, che la raccolta di campioni di saliva costituisca un accertamento del tipo «invasivo», che supera i limiti propri dell'ispezione corporale. L'introduzione di un tampone nel cavo orale accede alle parti «interne» dell'individuo, dovendosi oltrepassare la barriera fisica del corpo umano. Di qui, l'opportunità della previsione legislativa nel regolare tanto l'intervento autorizzativo dell'inquirente, quanto il limite del rispetto della dignità della persona.

3. Il prelievo legittimo di materiali biologici, necessari per il *test* del Dna, impone un'attenta riflessione sulla possibilità di farne un uso «probatorio».

Per giudicare dell'eventuale appartenenza dell'attività d'identificazione personale al «procedimento probatorio», è bene definire con stretto rigore la teleologia della norma, la quale non è preposta all'individuazione del colpevole del fatto-reato per cui si procede, ma alla verifica della sua identità. L'art. 349 c.p.p. presuppone che il colpevole sia stato esattamente individuato, ma che occorra procedere all'accertamento della sua identità fisica od onomastica.

Così, le due attività, d'«individuazione» e di «identificazione», sono distinte sotto il profilo funzionale, giacché la prima costituisce una tipica attività d'indagine, volta alla formulazione dell'ipotesi accusatoria a carico di una persona determinata; mentre, la seconda è strettamente finalizzata alla verifica dell'identità personale dell'imputato, sullo sfondo dell'art. 66 c.p.p. Del resto, il significato d'identità, che rileva a livello processuale, è il riflesso diretto ed immediato della necessitata corrispondenza tra la persona nei cui confronti è instaurato il processo e quella effettivamente sottoposta a giudizio.

L'art. 66 c.p.p. chiarisce che la mancata acquisizione di precise generalità dell'imputato (identità onomastica) non ostacola la prosecuzione del procedimento, quando sia comunque accertata l'identità fisica dello stesso. E, risponde a tale scopo, la possibilità di procedere all'identificazione della persona indagata «anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti» (art. 349 comma 2 c.p.p.).

La differenza tra le due attività, forse ineluttabile a livello teorico, nella prassi sembra confondersi. Temporalmente, spesso, può darsi una effettiva coincidenza. Individuare il colpevole (compito affidato

alla polizia giudiziaria dall'art. 348 comma 1 c.p.p.) significa anche acquisire i dati relativi alla sua identità. Questa possibile commistione trova origine nella particolare elasticità della figura dell'indagato, nel senso che l'identificazione potrebbe anche servire alla verifica di un'ipotesi d'indagine orientata nei riguardi di una determinata persona, della quale però occorre accertare la coincidenza dei dati onomastici e fisici già posseduti o di questi dati fra loro.

Altra è, invece, l'utilizzazione in chiave probatoria degli elementi indiziari che costituiscono il risultato dell'attività di cui all'art. 349 c.p.p. Il prelievo coattivo di materiali biologici, in questo senso, rappresenta la cuspide di una supposta inutilizzabilità.

Sembrirebbe, cioè, che l'indagato divenga l'oggetto dell'acquisizione di materiale probatorio a suo carico. Ed è sostanzialmente differente declinare le proprie generalità, lasciar trascrivere i propri dati antropometrici o prelevare le proprie impronte digitali, rispetto al farsi prelevare un campione di saliva, quando questo potrebbe essere usato non già per la verifica dell'identità ma per la conferma di un dato investigativo. Altro è vivere all'interno di una comunità sociale rispondendo a precisi canoni identificativi, cui corrispondono determinati doveri (si veda ad es., l'art. 651 c.p. che punisce il rifiuto di indicazione sulla propria identità personale e gli art. 494 ss. c.p. sulla falsità personale), anche in ossequio ad attività di polizia di sicurezza finalizzate al controllo ed alla prevenzione della criminalità (è il caso dei c.d. "cartellini segnaletici"); altro è ammettere implicitamente che gli esiti di una cogente attività strettamente identificativa possano divenire elementi di prova.

In proposito, non appare utile il paragone con l'ispezione personale (art. 245 c.p.p.), alla quale l'indagato non può sottrarsi (diviene "oggetto di prova") e che pur conduce al conseguimento di risultati utilizzabili per la decisione. Al di là del dato sistemico, per cui l'ispezione rappresenta tipicamente un mezzo di ricerca della prova, spicca sia l'esclusione di un autonomo potere d'iniziativa della polizia giudiziaria (art. 354 comma 3 c.p.p.), sia l'individuazione di precisi confini oltre i quali lo «sguardo esplorante»<sup>9</sup> non può andare. Il limite fisico della corporeità dell'individuo non può essere travalicato mediante ispezione e, pertanto, non possono essere compiuti accertamenti (e prelievi) invasivi, che contemplano un accesso oltre la parte visibile

<sup>9</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano 2003, p. 821.

del corpo umano, con l'introduzione di strumenti e sostanze<sup>10</sup>. Se, quindi, i risultati dell'ispezione, atti irripetibili, sono legittimamente utilizzabili dal giudice per la decisione, gli stessi argomenti non valgono per i dati (ed in particolare i materiali biologici) acquisiti con l'identificazione.

Ammettere l'utilizzabilità in punto di prova dei materiali biologici prelevati coattivamente dal corpo dell'identificando, significa introdurre una forma coercitiva di acquisizione di contributi probatori da parte dell'indagato (*Geständniszwang*), estranea al nostro ordinamento processuale<sup>11</sup> e condannata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>12</sup>. In pratica, rilevato altresì che il prelievo avviene in assenza delle garanzie normalmente previste per le attività d'investigazione (presenza del difensore o di persona di fiducia, deposito degli atti), all'indagato non è consentito difendersi non collaborando: è come se fosse costretto a rispondere all'interrogatorio. E non ha valore la circostanza che possa dichiararsi lecito il prelievo effettuato a mezzo di espedienti e sotterfugi (come la tazzina di caffè o il mozzicone di sigaretta con tracce di saliva, i capelli rimasti impigliati in un pettine ed altro), mancando la cogenza e trattandosi di un'operazione teleologicamente distinta, investigativa in senso stretto.

L'uso probatorio di materiali biologici è possibile solo se questi siano stati prelevati nel corso degli accertamenti urgenti di p.g. effettuati ai sensi dell'art. 354 comma 3 c.p.p. (così come modificato dall'art. 10, comma 4 ter, d.l. cit.) e raccolti secondo le modalità di cui all'art. 349 comma 2 bis c.p.p. La previsione espressa, in questo caso, legittima la p.g., d'iniziativa, a superare il limite dell'ispezione personale. Il solo richiamo alle modalità previste per il prelievo di capelli o saliva, tuttavia, sembrerebbe ammettere un'acquisizione coattiva anche

---

<sup>10</sup> Corte cost., 27 marzo 1962 n. 30, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 855; Id., 27 giugno 1996 n. 238, cit.; Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, in *Cass. pen. mass.*, fasc. 7, p. 40.

<sup>11</sup> F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, p. 66.

<sup>12</sup> C. eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, Jalloh c. Germany: «*the right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*». Cfr. anche C. eur. dir. uomo, Saunders c. United Kingdom, 17 dicembre 1996; J.B. c. Svizzera, 3 maggio 2001; Heaney and McGuinness c. Ireland, 21 dicembre 2000; Allan c. United Kingdom, 5 novembre 2002.

di altri materiali biologici, purché sia richiesta preventivamente l'autorizzazione del pm. e sia rispettata la dignità personale del soggetto. Inoltre, la stessa forma di rinvio parziale potrebbe legittimare il prelievo anche su persone diverse dall'indagato (cui, esclusivamente, si riferisce l'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.).

In proposito, per entrambe le questioni, è preferibile optare per un'esegesi restrittiva, che si richiami alla disciplina dell'identificazione tanto per il profilo soggettivo, quanto per quello oggettivo, circa i materiali biologici prelevabili. Ciò in attesa di una normativa organica che provveda ad una più completa regolazione degli accertamenti coattivi<sup>13</sup>. Altrimenti, da un lato la coercizione mal si giustificerebbe nei riguardi di soggetti diversi dall'indagato (ad es. i potenziali testimoni), costretti ad un'immobilizzazione e ad un *patis* poco in equilibrio con la pur ineluttabile attività cognitiva del processo penale; dall'altro, stante la perdurante vigenza del limite dell'ispezione personale (identificabile nel "visibile" delle parti scoperte del corpo<sup>14</sup>) per tali accertamenti di p.g. (art. 354 comma 3 c.p.p.), sarebbe difficile accostargli una fattispecie aperta di prelievo di materiali biologici.

<sup>13</sup> P. FELICIONI, *op. cit.*, p. 622 ss.

<sup>14</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 815.