

MICHELE PANZAVOLTA

ACCERTAMENTI COATTIVI E TUTELA DELLA LIBERTÀ
CORPORALE NEL PROCESSO PENALE *

SOMMARIO

1. *Premessa (costituzionale)*. 2. *I prelievi esperibili e la nozione di invasività*. 2.1. *Libertà personale e libertà corporale*. 2.2. *Criteri di invasività*. 2.3. *Casistica degli atti invasivi*. 2.4. *Conclusione*. 3. *Gli accertamenti coattivi tra jus conditum e jus condendum*. 3.1. *La polizia giudiziaria, dominus del prelievo, e la forma del provvedimento*. 3.2. *La perdurante assenza dei "casi" di esperibilità del prelievo/accertamento ...* 3.3. *... e dei "modi"*. 3.4. *Una opzione non sondata: sanzionare il rifiuto di sottoporsi ad accertamenti coattivi*. 4. *Le delicate (ed ignorate) fasi dell'esecuzione dell'indagine scientifica e le prospettive future*. 4.1. *Reperazione, conservazione del campione ed esecuzione dell'indagine scientifica*. 4.2. *Valore probatorio in dibattimento delle informazioni raccolte*. 4.3. *Sorte dei dati sensibili*.

1. Premessa (costituzionale)

Tra le costanti della legislazione d'emergenza figura il potenziamento delle prerogative degli organi di polizia, generalmente con compressione delle garanzie individuali; così come ricorre spesso l'imprecisione dei prodotti normativi, figli dell'urgenza e della contingenza delle scelte.

Entrambi i caratteri ritornano nella inedita disciplina sui prelievi corporali, una tra le novità dell'ultima legge antiterrorismo (legge n. 155 del 2005). Con grande delusione delle aspettative nutrite in questi anni. Perché un intervento normativo in materia era atteso, con crescente impazienza, dal 1996, quando la Corte costituzionale (sent. n. 238) interloquì sul punto, mettendo al bando i prelievi coattivi invasivi, almeno finché il legislatore non avesse provveduto a specificare i «casi», i «modi» e le «tipologie» di restrizione della libertà personale, come richiesto dall'art. 13 Cost.¹

* Testo dell'intervento tenuto al convegno "Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali", presso l'Università degli Studi di Urbino, 5-6 maggio 2006, corredato di note. Il testo è aggiornato al maggio 2006.

¹ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, v. i commenti di A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2150; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenze di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, *ivi*, p. 2151; G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, *ivi*, p. 3222; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà*

Con quella pronuncia la Consulta si discostò dal proprio precedente del 1986 (sentenza n. 54), in cui aveva giudicato costituzionalmente legittimi gli stessi accertamenti coattivi, in quanto la restrizione della libertà era finalizzata all'attuazione della giustizia penale e garantita dalle forme della perizia e, comunque, dall'obbligo del rispetto della persona umana². Dieci anni dopo, invece, il giudice delle leggi censura il ricorso ad interventi *ex auctoritate* sul corpo della persona.

Nel 1996 il dato normativo posto sotto scrutinio dalla Consulta era l'art. 224 co. 2 c.p.p., in materia di perizia, che consentiva genericamente al giudice di adottare anche provvedimenti che incidessero sulla libertà personale. Per la Corte quella previsione, quando usata per intrudere la sfera corporale più intima della persona – nel caso si trattava di prelievi ematici – si rivelava incostituzionale: troppo generica l'indicazione dei «provvedimenti necessari all'esecuzione delle operazioni» per coartare la libertà personale, né vi era la possibilità di ricavare per implicito le coordinate della riserva. Ma il *dictum* della Corte, facendo perno sulla insufficiente attuazione della riserva di legge, era suscettivo d'applicarsi anche oltre la perizia, agli accertamenti tecnici, alle ispezioni personali, sino a tradursi in un generico divieto – processualmente sanzionato *ex art.* 191 c.p.p.³ – di procedere ad accertamenti e prelievi corporali coattivi (senza il consenso dell'interessato), in assenza di apposita e precisa disciplina legislativa⁴.

personale, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3570; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 602; G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Rivista di polizia*, 1997, p. 280; D. VIGONI, *Corte costituzionale e prelievo ematico coattivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1022; R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1091; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro sul test del Dna: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, p. 67.

² Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 1986, v. E. BERNARDI, *Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale*, in *Leg. pen.*, 1986, p. 365; A. FERRARO, *Il prelievo ematico coattivo e la violenza "lecita"*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 870.

³ Inutilizzabilità derivante da divieto contenuto in pronuncia di costituzionalità: v. R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 762, nt. 1 e P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 617.

⁴ In termini critici, G.P. DOLSO, *op. cit.*, 3223 s. Nel più limitato senso che la sentenza n. 238 del 1996 abbia accomunato «il divieto di prelievo sanguigno coattivo a quello di disporre nell'ambito della perizia qualsiasi altra misura che comunque incida sulla libertà personale», R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1094 (seppur con

In effetti, la stessa genericità imputabile alla norma sulla perizia poteva (e può) essere ascritta alle regole in tema di ispezione e di perquisizione personale: non sembrano meglio integrati i casi di restrizione della libertà più intima della persona con la mera indicazione della necessità di raccogliere tracce ed altri effetti materiali del reato, o il corpo del reato e le cose pertinenti, di quanto non sia nella perizia l'esigenza di un accertamento specialistico rilevante ai fini della decisione penale⁵.

qualche apertura alla possibilità che il principio affermato in sentenza trascenda i confini della sola perizia, *op. cit.*, p. 1095). Egualmente, G. ROMEO, *op. cit.*, p. 281 e D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 174.

⁵ Non si intende affatto sostenere l'incostituzionalità di questi mezzi di ricerca della prova (ispezione e perquisizione, peraltro, espressamente menzionate dall'articolo 13 della Carta come ipotesi legittime di compressione della libertà personale) per insufficiente determinatezza della loro disciplina legislativa: si vuole solo dire che perquisizione ed ispezione non sembrano permettere – almeno allo stato attuale – un sacrificio di quella specie di libertà personale, la «libertà corporale», che richiede una tutela più intensa. Se è vero che quest'ultima esige un'attuazione più rigorosa della riserva di legge (cioè, una definizione dei «casi» di restrizione più precisa di quanto non avvenga per la libertà personale), quale non è garantita dall'art. 224 c.p.p., allora la stessa conclusione deve valere per l'ispezione e la perquisizione, la cui disciplina legislativa non sembra sul punto più tassativa di quella della perizia.

Basti pensare all'ampiezza del significato ascritto alla locuzione «cose pertinenti al reato» («larghezza» già riconosciuta da F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, p. 155), in cui si ricomprende qualsiasi *res* che possa assumere rilevanza per la decisione del *thema probandum*, per capire come la determinazione dei casi di una perquisizione sia tutt'altro che più restrittiva di quanto non avvenga per la perizia. Nella prima ipotesi – perquisizione – la limitazione della libertà personale viene consentita ogniquale volta sia necessaria per acquisire una cosa che potrebbe essere rilevante per la soluzione del tema processuale; nel secondo – perizia – si permetterebbe la limitazione della libertà personale quando serve per compiere un accertamento scientifico che sia rilevante per la decisione di merito: in definitiva, in entrambi i casi la limitazione della libertà personale sarebbe collegata alle necessità di acquisire un'informazione rilevante per il processo.

Il discorso non pare dissimile nel comparare alla perizia l'ispezione: la limitazione di quest'ultima alla sola ricerca di tracce del reato non sembra costituire una demarcazione davvero incisiva, tale da far ritenere la coercizione personale meglio precisata della perizia. Anche qui il concetto di «tracce», o quello di «effetto materiale del reato», paiono alquanto evanescenti, e, in fondo, evocano soprattutto l'esigenza che l'ispezione vada in cerca di un dato rilevante per il processo. Per questi motivi non sembra si possa dare ragione a Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchi Ben Rachid (in *Dir. giust.*, 2006, f. 12, p. 52, con nota parzialmente critica di A. MACCHIA), che ritiene determinante, per giustificare l'effettuazione coattiva di una radiografia, la sua qualificazione come ispezione, piuttosto che come perizia.

Ma c'è un punto ulteriore da mettere in luce: tracce ed altri effetti materiali del

D'altronde, ad ammettere che la sentenza della Corte costituzionale del 1996 fosse circoscritta al solo ambito della perizia, con esclusione di altre attività d'indagine (ispezione, perquisizione) si dovrebbe oggi constatare una situazione paradossale: che il pubblico ministero possa, durante un'ispezione o una perquisizione personale, intrudere la libertà personale più di quanto non possa fare il giudice (terzo e imparziale) con una perizia; che l'inquirente possa, per dire, procedere a prelievi corporali, quando la mossa è preclusa al giurisdicente. A meno di non ritagliare con estrema precisione la definizione dei singoli mezzi d'indagine – dall'ispezione alla perquisizione – in modo tale da escludere che si possa, con questi mezzi, procedere ad asportazioni di materiale biologico o a incursioni nel corpo della persona (ricerche intime)⁶; ma non sembra che affidarsi alla precisione delle categorizzazioni sia, nella procedura odierna, la soluzione che più garantisce le libertà⁷.

reato (ispezione), *corpus delicti* e cose pertinenti al reato (perquisizione), informazioni rilevanti al processo acquisibili con l'indagine scientifica (perizia), sono tutti esiti di una ricerca: sono, cioè, risultati che si appalesano all'inquirente solo dopo che egli abbia già compiuto la restrizione della libertà personale. Questo per dire che la disciplina delle finalità degli istituti è solo in parte capace di costituire un vincolo forte all'azione coercitiva degli organi inquirenti (ed è, perciò, relativamente capace di definire i «casi» di compressione della libertà personale), cioè nei limiti in cui un giudizio prognostico consenta di escludere con certezza che non si potrà raccogliere nessuna informazione rilevante. Si può allora anticipare che, probabilmente, la determinazione dei casi di restrizione della libertà corporale richiederà qualcosa di più di formule simili. Sul punto v. *infra*, § 2.4 e 3.2. Diverso sembra invece il discorso per quanto concerne le c.d. ricognizioni coattive; *infra*, nota 22.

⁶ Come fa, per esempio, F. CORDERO, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003, 815 e 824, secondo cui «i rilievi sul corpo, ammessi fino alla soglia dell'ispezione personale, includono tutto il visibile nelle parti scoperte (ad esempio, polvere pirica sulla mano, segnalata dalla paraffina); sfuggono allo sguardo investigante le cavità e l'epidermide vestita»: infatti, «l'ispezione endocorporea è già lavoro da perito». La dottrina prevalente, al contrario, ritiene che l'ispezione ben possa esercitarsi nella «descrizione di nascoste parti del corpo d'un individuo» (E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, 3^a ed., Torino, 1939, p. 369; C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 278; G. PEYRON, *Ispezione giudiziale*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 963), anche di quelle «più riposte, non escluse quelle interne all'organismo» (G. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, 1963, p. 201); ed allora, in quest'ultima prospettiva, il problema del limite oltre cui l'inquirente non possa spingersi diviene fondamentale.

⁷ In effetti, già non è facile sceverare le attività ispettive da quelle volte alla perquisizione, al di là della generica contrapposizione – per lo più tratta dall'etimologia dei due termini – tra attività d'osservazione e attività di ricerca; ed il fatto che, in

Con la sua sentenza la Corte pare avere voluto individuare all'interno dell'area presidiata dalla libertà personale *ex art. 13 Cost.* un nocciolo duro, la *species* della "libertà corporale", la quale esige un'attuazione più intensa della garanzia della riserva di legge⁸. È una posizione che sembra in consonanza con quel principio di proporzionalità, secondo cui più alto è il grado di invasione nella libertà dell'individuo, più specifica deve essere la legge che quell'aggressione consente⁹. Il che val quanto dire che, quando si tratti di attaccare un bene di rango più elevato, la legge deve ancor più brillare per precisione, rifuggire dal linguaggio vago o generico e, per quanto possibile, da

concreto, la dottrina faccia per lo più riferimento ad un criterio teleologico, valorizzando le diverse finalità dei due istituti (C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276; V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2004, 341; A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 187; G. PEYRON, *Ispezione giudiziale*, cit., 963), conferma per altro verso la difficoltà di distinguere queste operazioni sul piano strutturale. Ancor più arduo individuare un chiaro discrimine tra ispezione e perizia, al di là della comune notazione per cui la prima sarebbe esclusivamente diretta all'osservazione, mentre la seconda si contraddistinguerebbe per la presenza di un'attività di tipo valutativo; in concreto, è difficile dire quando l'una travalichi nell'altra. Sul punto, per le difficoltà di distinguere l'ispezione dalla perizia, e sul fatto che la seconda nasca come sottotipo della prima v., oltre agli AA. appena citati, l'attenta indagine di G.P. VOENA, *Confini tra ispezioni e perizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 903 ss.

⁸ Scrive la Corte: «tale restrizione è tanto più allarmante – e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del giudice dei "casi e modi" in cui può essere disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppure in misura minima, invade la sfera corporale – pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione (cfr. sentenza n. 194 del 1996) – e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla», Corte cost., 238/1996.

Uno sdoppiamento tra libertà personale e corporale sembra risultare anche dal seguente brano della Corte (che immediatamente precede l'altro): «e così [la Costituzione] appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto».

⁹ Nel senso dell'esistenza nell'art. 13 Cost. di «un principio implicito di proporzionalità» si esprimeva già L. ELIA, *Libertà personale e misure prevenzione*, Milano, 1962, p. 64. Più recentemente, l'importanza del principio di proporzionalità è illustrata con chiarezza da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 12.

clausole troppo generali, modellare la disciplina normativa in modo che tutti gli aspetti rilevanti della limitazione della libertà siano esaurientemente risolti.

A prima lettura non si direbbe che la distinzione tracciata dalla Corte trovi un preciso appiglio nella lettera dell'art. 13 comma 1 Cost., che considera la libertà personale come un unico bene giuridico, senza gradazioni di sorta al suo interno. In ogni caso vale la pena di prendere il *dictum* della Corte come un dato di fatto, una creazione pretoria da cui muovere. Di cui il legislatore e l'interprete debbono tenere conto; che il legislatore e l'interprete debbono – se possibile e sin dove ragionevole – razionalizzare.

2. I prelievi esperibili e la nozione di invasività

Desta sorpresa la collocazione topografica della nuova disciplina. Per quanto gli accertamenti coattivi interferiscano *prima facie* con l'area della libertà personale, coercibile solo dall'autorità giudiziaria, il legislatore li colloca, eccentricamente, nel titolo sull'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria. Due gli innesti normativi: l'inserzione del comma 2 *bis* nel corpo dell'art. 349 c.p.p., sull'identificazione dell'indagato; l'introduzione di un secondo periodo nel comma 3 dell'art. 354 c.p.p., in materia di accertamenti urgenti disposti dalla polizia giudiziaria, da compiersi quando vi sia il pericolo che le cose, le tracce, i luoghi connessi al reato si alterino, si disperdano o si modifichino.

Di fronte ad entrambe le interpolazioni si avverte immediatamente l'eccessiva elasticità delle nuove regole. Al fine di identificare l'indagato, il legislatore, oltre a rilievi dattiloscopici, fotografici ed antropometrici, consente genericamente il compimento di «altri accertamenti», tra cui – in forza del nuovo comma 2 *bis* - anche operazioni che comportino il prelievo di saliva e capelli. Formulazione che fa sorgere immediato il dubbio se le due menzionate siano le uniche forme di prelievo biologico possibili, ovvero se anche altre siano consentite (ed eventualmente a quali condizioni, se alle condizioni poste dal comma 2 *bis* ovvero al di fuori di quelle). Ed un medesimo quesito si pone al cospetto dell'art. 354 c.p.p., ove si parla in generale di accertamenti urgenti che «comportano il prelievo di materiale biologico», per poi rinviare alla disciplina operativa dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.: quali «tipi» di accertamento coattivo e, in particolare, di prelievo sono consentiti? Tutti? Solo le due forme indicate dall'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.? Solo quelli non invasivi?

L'innesto frettoloso crea confusione in una materia che, estremamente sensibile per le libertà costituzionali della persona, meriterebbe distinzioni accurate. Per esempio, un primo passaggio avrebbe dovuto essere quello di distinguere tra operazioni diverse, gli accertamenti invasivi da una parte, i prelievi di materiale biologico ai fini d'un successivo esame scientifico del campione dall'altra. Le nuove norme sembrano avere in mente la seconda ipotesi, ma poiché non chiariscono con precisione il proprio ambito di applicazione, lasciano sfumata la sorte della prima categoria.

2.1. Libertà personale e libertà corporale

Per rispondere alle domande poste pare essenziale individuare i tipi di prelievo/accertamento che comportino compressione di quella forma di libertà personale che abbiamo chiamato libertà corporale e che possiamo sin d'ora qualificare «invasivi»: questo perché la Corte costituzionale nella pronuncia del 1996 aveva riferito il divieto proprio a questo tipo di operazioni. Mentre non v'è certo preclusione alcuna ad accertamenti che non ledano quella libertà dell'individuo¹⁰.

Importa dunque capire quando esattamente un prelievo o un accertamento sia invasivo, ossia quando incida sulla libertà corporale, come forma di libertà personale che richiede una tutela di maggior intensità.

Non si tratta di operazione facile, anche perché sconta l'evane-

¹⁰ La Corte di cassazione ha più volte affermato la legittimità della raccolta di materiale biologico non asportato: Sez. I, 2 novembre 2005, n. 1028, *inedita* («Il prelievo di tracce di saliva avvenuto all'insaputa dell'imputato, mediante il sequestro di un bicchierino di caffè offerto dalla polizia giudiziaria, può essere legittimamente effettuato ai sensi degli artt. 348 ss. c.p.p., in quanto l'attività investigativa non ha alcuna incidenza sulla sfera della libertà personale dell'interessato, riguardando materiale biologico dallo stesso fisicamente separato, ed è prodromica all'accertamento tecnico – nella specie non ripetibile – sul relativo reperto, assistito dalle garanzie difensive previste dall'art. 360 c.p.p.»); Sez. I, 2 febbraio 2005, Candela, rv. 233448 («in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili, il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibilità non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici non richiede l'osservanza delle garanzie difensive. Per contro, le successive operazioni di comparazione del consulente tecnico pretendono l'osservanza delle garanzie difensive»). Nella giurisprudenza di merito v. Corte ass. Torino, 21 aprile 2004, P.D., in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 347.

scenza delle categorie di riferimento, del concetto di libertà corporale e, prima ancora, di quello di libertà personale.

Il contenuto della prima appare davvero sfumato: quale intensità di intrusione fisica, se non di lesione del corpo, è necessaria perché si configuri una violazione? A maggior ragione, i confini tra la libertà personale, coercibile con le normali ispezioni personali (ma anche con le più classiche misure coercitive dell'arresto e del fermo), e la libertà corporale, sono nebulosi.

La stessa libertà personale (di cui la libertà corporale costituisce una *species*) è di difficile definizione. Non è di grande aiuto la giurisprudenza della Corte costituzionale che, servendosi ogni volta di criteri diversi, non sembra consentire una ricostruzione sufficientemente ferma del concetto¹¹. In dottrina, poi, la nozione è da sempre estremamente controversa¹²: tra chi ritiene che coinvolga i soli atti di coercizione fisica¹³ e chi, invece, affianca alla coercizione fisica (cioè, alle

¹¹ Lo constatava già G. ILLUMINATI, *Aspetti costituzionali del ritiro del passaporto come misura cautelare nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1169, secondo cui dalla giurisprudenza costituzionale si evince «la difficoltà di enucleare una nozione comune e generale che astragga dal caso particolare sottoposto all'esame della Corte. Sembra piuttosto che il giudizio sull'esistenza di una violazione della libertà personale sia affidato, caso per caso, ad un criterio quantitativo, basato sul grado di intensità della *diminutio* della dignità dei soggetti colpiti dai provvedimenti limitativi». Più recentemente, per simili considerazioni, v. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, p. 484 e M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 235 ss.; C. DE FIORES, *Libertà personale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, p. 3526.

¹² V. la sintesi di A. PACE, *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 287.

¹³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 29 ss., 67 ss., 73; ID., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 949 s.; A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 295 s., secondo cui «l'oggetto del diritto di libertà personale sarà il proprio essere fisico, il suo contenuto – e cioè la situazione soggettiva quale si manifesta dinamicamente e in concreto – si traduce nella disponibilità del proprio corpo», con l'ovvia conclusione che «l'art. 13 riguarda le sole misure coercitive». Sulla stessa linea, S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 864 s., per il quale «la libertà personale [...] va riconosciuta concettualmente come quella situazione giuridica soggettiva che, avendo per oggetto l'uomo nella sua unità psico-somatica, cioè propriamente il corpo della persona nell'unità organico-funzionale di ogni sua facoltà, tutela l'interesse primordiale che ha la persona umana a godere in via esclusiva, libera da ogni intrusione altrui, la disponibilità del proprio corpo, cioè di ogni facoltà che vi è intrinseca»; discende da qui che costituisca violazione della libertà personale «tutto quello che priva o menoma la persona della o nella esclusività con cui può godere e disporre di se medesima; vale a dire, tutto ciò che sopprime o menoma quello *ius excludendi alios*, che la persona, per tale diritto, possiede

misure che comportano un *pati* da parte del soggetto) anche alcune forme di obbligo o comando¹⁴; chi, infine, vi include pure la libertà morale¹⁵ o la dignità personale^{16 17}.

quanto alla disponibilità del proprio corpo e delle facoltà fisiche e fisiopsichiche in esso immedesimate». Egualmente, E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro Padano*, 1951, IV, p. 272. In giurisprudenza, per quest'orientamento, v. Corte cost. 45/1960, 23/75, 943/1988, 471/1990 (che identifica la libertà nella «sfera di esplicazione della persona di disporre del proprio corpo»), 210/1995, 194/1996, 105/2001 (con la precisazione che «in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere» si registra «una mortificazione della dignità dell'uomo»); implicitamente, ma traendo conclusioni molto nette dal concetto di libertà personale come libertà dalla coercizione fisica, già Corte cost. 2/1956. Più sfumata, invece, la posizione di Corte cost. 99/1980, secondo cui «l'art. 13 della Costituzione disciplina potestà coattive dirette a limitare l'autonomia e la disponibilità della persona, ma non riguarda oneri volontariamente assunti che non comportano alcuna degradazione giuridica e che non ledono in alcun modo la dignità del soggetto».

¹⁴ È di quest'opinione, A. CERRI, *Libertà II) Libertà personale - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, 1991, p. 5, secondo cui «alcuni obblighi possono equivalere a coercizione», ossia «quelli che non lasciano alcuna discrezione sui tempi e sui modi dell'adempimento, non consentono alcuna armonizzazione dell'impegno che impongono con altri che rientrano nel programma del soggetto passivo; anche equivalgono a coercizione quegli obblighi che sono eseguibili in forma specifica sulla persona (ordine di allontanamento e traduzione) e quegli obblighi ancora che sono presidiati da sanzione penale e da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile».

¹⁵ Per P. GROSSI, *Libertà personale, di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 205 «non potrà seriamente contestarsi che il potere di disporre della propria persona sia limitato ugualmente tanto da coercizione fisica quanto da coercizione morale, per quanto in forme e con influenza diversa, e che da questo punto di vista la solenne proclamazione di inviolabilità sancita dall'aliena dell'art. 13 Cost. avrebbe un ben misero contenuto se consentisse di distinguere gli attentati che alla libertà personale siano recati con la apprensione e la manomissione corporali, da quelli consistenti in ordini, divieti, minacce ed in ogni altra forma di intimidazione morale»; «non soltanto la violenza corporale e l'uso dei mezzi di coazione fisica incidono sulla libertà dell'uomo e dei suoi movimenti, ma altresì qualsiasi limitazione, contenuta in proposizioni normative o in disposizioni dell'Autorità che, operando nel campo della libertà morale, tendono a sottrarre al privato l'autonomia disponibilità della propria persona». Nel senso che il primo e il quarto comma dell'art. 13 siano volti a tutelare anche la «libertà spirituale», «la cui violazione, anche se avviene a mezzo della semplice imposizione di un obbligo o di un limite alla libertà di autodeterminazione, si risolve poi sempre anche in una restrizione delle possibilità fisiche dell'individuo», P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111 s. (per l'A., poi, la libertà spirituale/morale ricomprende in sé «tutte le facoltà primordiali dell'uomo, compresa quella della libera autodeterminazione»).

¹⁶ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 99 ss. (partic. 103) e 120. V. pure C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 689-90 (per il quale va ammessa «l'assunzione di un concetto di

Queste ultime accezioni non vanno sottovalutate proprio in tema di libertà corporale, perché, in molti casi di accertamenti intrusivi della persona, la lesione fisica che viene effettivamente arrecata potrebbe essere complessivamente modesta – tanto che non pare necessario chiamare in gioco, se non quale limite estremo, piuttosto teorico, l'art. 32 Cost., ossia il diritto all'integrità fisica e alla salute del soggetto sottoposto ad accertamenti¹⁸ – ma potrebbe apparire aggredita la libertà morale della persona davanti all'investigatore, tramite lo squarcio della sfera più intima della persona¹⁹.

libertà personale tale da non esaurirsi nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica che si voglia esercitare sulla persona, ma estesa fino a comprendere anche la salvaguardia delle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa», per modo da evitare che sia menomata la capacità generale degli individui, «la loro "dignità"; sicché «deve essere sottoposto alla pronuncia del magistrato ogni provvedimento amministrativo che si concreti non solo in una riduzione coattiva della sfera d'azione riservata al cittadino, ma implichi un giudizio che si rifletta negativamente sulla personalità morale di lui») e ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 8ª ed., Padova, 1969, p. 951-2 e 955-6. V. anche la posizione di P. BARILE, riportata nella nota precedente.

¹⁷ Le discussioni in dottrina sulla disciplina costituzionale della libertà personale si arricchiscono poi della controversia attorno al c.d. «vuoto dei fini» dell'art. 13, cioè all'assenza di indicazioni nella norma quanto alle finalità per soddisfare le quali sia possibile comprimere la libertà. Anche se, in proposito, sembra ormai prevalente la posizione che riduce la coercizione legittima a quella disposta per le sole finalità legate agli artt. 25, 30, 32 Cost. (per tutti v. L. ELIA, *opp. e locc. citt.*, supra nota 13), senza tuttavia dimenticare che, in materia di giustizia penale, prima che intervenga una sentenza definitiva, occorre altresì fare riferimento ai precisi vincoli imposti dall'art. 27 Cost. (V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, p. 36 ss.).

¹⁸ L'art. 32 Cost. costituisce senz'altro un vincolo all'esperibilità di accertamenti invasivi, ma esso si configura più che altro come un limite estremo, una soglia ultima, mai in alcun modo valicabile. Ciò non toglie che – è questa la prospettiva adottata da chi scrive – la tutela del corpo possa assumere rilevanza costituzionale anche prima che si discuta di interventi nocivi per la salute, anche di fronte ad aggressioni che non menomano il diritto sancito dall'art. 32 Cost. Così, come meglio si vedrà nel prosieguo del testo, non è escluso che un intervento corporale possa essere considerato invasivo pur non comportando rischi per la salute. In termini molto netti circa la non configurabilità di una lesione all'art. 32 Cost. dei prelievi biologici, Corte cost. 194/1996 e, con specifico riferimento ai prelievi ematici, Corte cost. 54/1986.

¹⁹ Include nell'art. 13 Cost. la lesione alla libertà morale della persona, Corte cost., 30/1962 (al cui concetto di libertà personale rinvia genericamente Corte cost. 72/1963, forse, però, senza il preciso intento di abbracciare nella nozione anche la libertà morale). Un concetto ampio di libertà personale è asseverato anche da Corte cost. 68/1964, con la conseguenza che se ne avrebbe lesione ogni volta che un prov-

Per vero, non si intende qui sostenere che la nozione di libertà personale contemplata dall'art. 13 Cost. vada identificata con quella di libertà morale, assunto già sottoposto ad efficace critica molti anni or sono²⁰ e che porterebbe ad un allargamento eccessivo di questa libertà a scapito delle altre forme "contigue" di libertà protette – in modo meno intenso – dalla Costituzione (dalla libertà di circolazione a quella di soggiorno o di riunione)²¹. La lesione della libertà personale sembra comunque richiedere una *deminutio* della sfera fisica del soggetto. Dato questo requisito minimo, il grado maggiore o minore di compressione della libertà morale arrecata con l'aggressione fisica può però aiutare a discernere tra varie forme, intensità diverse di lesione della libertà personale. In questa chiave la libertà corporale sembra collocarsi al grado meritevole di più alta protezione. La libertà morale può cioè operare come criterio discrezionale tra ipotesi diverse di restrizione della libertà personale e, per questa via, l'integrità del corpo viene a collocarsi sul gradino più alto: perché quando sia aggredita, il soggetto perde (interamente) la propria capacità di autodeterminazione e si trova in piena soggezione dell'autorità inquirente²².

vedimento arrecasse «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*». Si richiama invece al concetto, tanto sfumato quanto discusso, di «degradazione giuridica», per identificare le ipotesi di violazione della libertà personale, Corte cost. 11/1956.

²⁰ G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 367, sulla base della constatazione della «natura intrinsecamente diversa di queste due fondamentali libertà umane [libertà personale e libertà morale], l'una delle quali può essere violata senza che sia necessariamente violata l'altra». Ancor più radicale la critica di A. CERRI, *Libertà*, cit., p. 6, per il quale si tratta di concetto inutile (l'A., tuttavia, ricomprende nella nozione di libertà personale anche alcune forme di obbligo).

²¹ Efficacemente, A. BARBERA, *op. cit.*, p. 27 s. e 77 ss.

²² Proprio il sommarsi d'una intensa lesione della libertà morale alla compressione della libertà fisica potrebbe dare ragione del diverso – e più garantito – trattamento dei prelievi/accertamenti corporali rispetto ad altri provvedimenti, come l'accompagnamento coattivo, pur essi caratterizzati da una coercizione solo momentanea sull'individuo (in proposito, va ricordato che la Corte costituzionale ha talvolta – discutibilmente – tratto spunto dalla temporaneità della restrizione per giustificare l'assenza di lesione all'art. 13 Cost.; v. Corte cost. 13/1972, a proposito dell'accompagnamento coattivo previsto dall'art. 15 del t.u.l.p.s.). In definitiva, è opportuno differenziare il tipo di coazione che può talora essere richiesto per l'assunzione di determinate prove – si pensi, in particolare, alle ricognizioni coattive – e che consiste in un mero intervento fisico esterno, di immobilizzazione, dall'azione necessaria per gli accertamenti/

Si accennava alla difficoltà di reperire un supporto testuale nella Costituzione per questa distinzione. In effetti, la lettera dell'art. 13 comma 2 Cost. non sembra distinguere tra singole specie di libertà personale. Si potrebbe tuttavia cogliere un punto di emersione della libertà corporale nel quarto comma dello stesso articolo 13: quel riferimento al divieto di violenza "fisica e morale" sulla persona detenuta potrebbe essere interpretato come un accenno alla "sacralità" del corpo umano, che tendenzialmente non tollera intrusioni, nemmeno quando la persona sia già in uno degli stati più intensi di restrizione della libertà personale²³. Da qui potrebbe allora trarsi l'argomento per individuare, all'interno della libertà personale, il sottoinsieme della libertà corporale, bene collocato ad un livello di inviolabilità ancora superiore, quindi scalfibile solo con un corredo di garanzie più robuste²⁴.

Sia chiaro, però, che l'art. 13 comma 4 Cost. può fornire solamente lo spunto per la mossa interpretativa, e non va comunque inteso

prelievi corporali, che investe contemporaneamente libertà fisica e morale dell'individuo. Non pare allora necessario che al riconoscimento d'una specifica tutela per gli accertamenti corporali coattivi si accompagni un equivalente innalzamento delle garanzie per le ricognizioni (così, in chiave dubitativa, R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1095 e N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel processo penale*, Milano, 1998, p. 121) e sembra, perciò, almeno nella prospettiva qui adottata, che non vi siano ragioni per criticare l'approccio giurisprudenziale, che ritiene per lo più ammissibili le ricognizioni coattive (Trib. Piacenza, 13 dicembre 1991, Quirici, in *Cass. pen.*, 1993, p. 448; così, già Cass., sez. II, 18 maggio 1987, Pino, *ivi*, 1990, p. 651, con nota adesiva di P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione coattiva compiuta contro la volontà dell'imputato*, *ivi*, p. 653; in dottrina, v. anche P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 511).

²³ Per V. GREVI, *La libertà personale*, cit., p. 252, il principio vale non solo come regola di trattamento del detenuto, ma anche come regola investigativa, imponendo «il divieto all'impiego di qualunque procedimento investigativo che, alterando *ab externo* le normali condizioni fisiche e psichiche dell'imputato, ne annulli o ne diminuisca gravemente le attitudini inibitorie, lasciandolo in completa balia dell'autorità inquirente» (egualmente in voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 398).

²⁴ Corre l'obbligo di ricordare che una posizione contraria a questa ricostruzione era stata assunta da Corte cost. 54/1986 (d'accordo, in dottrina, A. FERRARO, *op. cit.*, p. 870), la quale liquidò il tentativo di fondare l'incostituzionalità del prelievo ematico anche sull'art. 13 comma 4 Cost. con le seguenti parole: «Tanto meno, poi, può venire in causa il comma 4° dell'invocato parametro costituzionale, perché le violenze cui quel comma fa riferimento sono evidentemente quelle illecite, (...) e non le minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio». Ma non sembra incongruo aggiungere che, su questo specifico punto, la sentenza del 1986 pare completamente scavalcata dalla decisione n. 238 del 1996.

alla lettera: altrimenti, si dovrebbe concludere che nessun intervento sul corpo sia consentito, trattandosi di violenza²⁵; mentre è chiaro che, seppure con la cautela di un criterio di residualità estrema (una sorta di “doppia *extrema ratio*”), anche la libertà corporale va bilanciata con contrapposti interessi, in particolare con quelli della giustizia penale.

A completare l'opera, poi, soccorre un criterio di proporzionalità. Una volta che si sia riconosciuta una sfera della persona che merita una tutela più incisiva della semplice libertà personale, quel principio interverrà nel senso di ispessire le garanzie poste a tutela di questa area.

Nessuno ignora, in fondo, che la disciplina dei “casi” e dei “modi” prevista dalla Costituzione può essere attuata a livelli diversi di precisione del dettato legislativo, così come tutti sono ormai consapevoli che esistono gradi diversi di analiticità del linguaggio. In questo contesto sembra tutt'altro che irragionevole pensare che la limitazione della libertà corporale, oltre ad essere meno cedevole di fronte a contrapposti interessi, esiga, nell'ottica di quella residualità estrema cui si accennava, un'attuazione della riserva di legge più rigorosa.

2.2. Criteri di invasività

Un criterio distintivo proposto per sceverare tra accertamenti invasivi e non (conseguentemente, tra libertà corporale e semplice libertà personale) è quello che identifica i prelievi invasivi in operazioni che comportano «il superamento del limite fisico dell'individuo», ossia che incidono «sulla integrità fisica del soggetto per asportare materiale biologico»²⁶. Quest'ultima nozione, a prima vista complessivamente accettabile, pone il problema di definire la soglia dell'integrità fisica; sicché essa non fornisce all'interprete una risposta sufficientemente precisa e direttamente fruibile.

Un filone consistente della dottrina suggerisce invece di far correre il discrimine tra rilievi invasivi e non lungo la linea d'una distinzione tracciata in un altro precedente della Corte costituzionale, nella sent.

²⁵ Senza contare che la norma si riferisce espressamente alle sole persone che si trovino in stato di restrizione della libertà.

²⁶ V. BARBATO-G. LAGO-V. MANZANARI, *Come ovviare al vuoto*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 363.

n. 30 del 1962: quella tra i «rilievi esteriori» – «che riguardano l'aspetto esteriore della persona», cioè «quelli che (...) possono talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali» – e le ispezioni personali/corporali – che invece incidono sulla libertà fisica e morale della persona. In altri termini, la dicotomia era istituita tra «misure extracorporali e intracorporali»²⁷.

La distinzione servì nel 1962 a ripartire le attività concesse alla polizia giudiziaria da quelle attribuite alla signoria esclusiva dell'autorità giudiziaria. Chi la rispolvera oggi se ne serve invece per tracciare una distinzione all'interno delle prerogative dell'autorità giudiziaria: ciò che il pubblico ministero (e, *a fortiori*, il giudice) può fare sulla base dei regolari poteri di ispezione/perquisizione personale (cioè, gli interventi extracorporali); ciò che potrà fare solo dietro espressa e molto precisa indicazione legislativa dei casi e dei modi (accertamenti intracorporali)²⁸. Recuperare il criterio del 1962, allora, non vuol dire ritornare al passato, quanto piuttosto spostare il baricentro della tutela della libertà corporale della persona molto più avanti di quanto sia mai accaduto: le misure intracorporali richiedono, non solo un intervento dell'autorità giudiziaria, ma altresì un'indicazione dei «casi» e dei «modi» attuata con estrema precisione e specificità.

Il criterio di invasività da ultimo richiamato riecheggia soluzioni adottate in altri paesi. Così, nel Regno Unito il *Criminal and Police Evidence Act* del 1984 (PACE 1984) distingue tra la raccolta di «campioni intimi» (*intimate samples*), ottenuti dal prelievo di materiale biologico dalle cavità corporee interne, e di campioni «non intimi». An-

²⁷ L'efficace sintesi è di R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1094. In questo senso v., anche, P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 504.

²⁸ Come conseguenza di un tale avanzamento della tutela sembra giunto il tempo di rimeditare la sorte degli accertamenti dattiloscopici e fotografici compiuti autonomamente dalla polizia giudiziaria: se è vero che sono misure «extracorporali», pare ormai anacronistico escludere che essi non chiamino in gioco la libertà personale di chi vi è sottoposto, così da non richiedere l'autorizzazione del magistrato. C'è altrimenti il pericolo di legittimare un'irragionevole frattura: l'intrusione dentro al corpo, tutelata al massimo grado, tanto con l'assenso del magistrato quanto con un'indicazione assai meticolosa dei «casi» e dei «modi»; di contro, l'intervento sulle parti esteriori del corpo, possibile addirittura senza controllo dell'autorità giudiziaria e senza predeterminazione legislativa dei «casi» e dei «modi» di restrizione.

che se nel 1994 la disciplina originaria è stata modificata proprio per eccettuare dai campioni intimi la raccolta di saliva dalla cavità orale²⁹. Pure in Francia, il codice di procedura penale distingue tra prelievi esteriori (*prélèvements externes*, art. 55-1) e prelievi biologici («*prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique*», art. 756-1); seppure in entrambi i casi la competenza dell'adozione dell'atto spetti ad un ufficiale di polizia giudiziaria.

Soprattutto, la distinzione tra interferenza esterna ed interna pare mettere bene in luce le due componenti della libertà corporale: la sola coercizione fisica, da un lato; l'intrusione nella sfera più intima della persona, con una intensa lesione anche della sua libertà morale, dall'altro.

Nella direzione qui suggerita si sono mosse anche alcune proposte di legge presentate nelle passate legislature. Così, per il Ddl Flick (n. 3009) presentato nella XIII legislatura il 20 gennaio 1998, «si considerano non invasivi della sfera corporale i prelievi di campione di unghie, capelli e altre parti esterne non sensibili del corpo e gli accertamenti medici, diversi dalle ispezioni personali, che non richiedono la somministrazione di sostanze o l'introduzione di strumenti nel corpo della persona sottoposta all'esame».

Il pregio di quest'ultima definizione di invasività/non invasività sta nel fatto che essa cerca di combinare un criterio generale, dato dal ri-

²⁹ L'attuale *section 65 Police and Criminal Evidence Act 1984* recita: «“intimate sample” means – (a) a sample of blood, semen or any other tissue fluid, urine or pubic hair; (b) a dental impression; (c) a swab taken from any part of a person's genitals (including pubic hair) or from a person's body orifice other than the mouth». L'aggiunta delle parole «other than the mouth», contestuale alla scomparsa della parola «saliva» dal punto (a), è opera del *Criminal Justice and Public Order Act, 1994*, section 59. La stessa sezione definisce poi come *intimate search* un'ispezione «which consists of the physical examination of a person's body orifices other than the mouth». Si veda anche il caso *Regina v. Hughes (Patrick)*, Court of Appeal, Criminal division, 9 novembre 1993, in *Weekly Law Review*, 1994, 1, 876, in cui la giurisprudenza ha precisato come la definizione legislativa vada interpretata nel senso di richiedere «some physical intrusion into the body orifice, some physical examination rather than mere visual examination in order to attempt to cause the person to extrude what is contained in the body through one of its orifices»; nel caso di specie, un agente di polizia giudiziaria aveva aperto a forza la bocca di una persona, per tentare di farle sputare un sacchetto appena ingoiato, che successivamente rivelò contenere sostanza stupefacente, e la Corte d'Appello esclude che l'operazione fosse qualificabile come ricerca invasiva (*intimate search*).

ferimento all'incidenza dell'azione sulle «parti esterne del corpo», con l'indicazione casistica di alcuni accertamenti – i più frequenti – espressamente qualificati non invasivi o, all'opposto, invasivi.

2.3. Casistica degli atti invasivi

In effetti, il problema non è solo quello di enucleare un concetto di invasività/non invasività, ma anche quello di ascrivere in concreto le singole pratiche all'una o all'altra categoria.

Per esempio, proprio per confrontarci con l'attuale disciplina normativa, non è facile comprendere se il prelievo pilifero o quello salivare – espressamente menzionati oggi dall'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. – siano o meno da qualificare invasivi.

Certo, vi sono accertamenti sulla cui invasività tutti convengono. Una laparotomia è senz'altro invasiva; così pure, gli accertamenti che comportino l'introduzione di sonde, come la laparoscopia, la gastroscopia o la colonscopia: siamo di fronte ad operazioni che attentano addirittura alla salute dell'individuo. Anche in virtù dell'intervento della Corte costituzionale del 1996, è generalmente considerato invasivo il prelievo ematico³⁰.

Simmetrica convergenza sulla non invasività dell'accertamento ecografico. Per la giurisprudenza non lede la libertà corporale nemmeno l'accertamento radiologico³¹. E secondo molti nemmeno il prelievo di capelli va giudicato invasivo.

Sul prelievo di saliva si registra, invece, una divisione in due gruppi quasi equivalenti. Chi considera il prelievo intrusivo³², chi lo esclude.

Se ciò che caratterizza la lesione alla libertà corporale da quella alla libertà personale è l'affiancarsi, alla coercizione fisica, di un'aggressione

³⁰ P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 512. In senso contrario, si esprimono per la non invasività del prelievo di sangue, M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., 2155 e F. TERRUSI, *L'esame ematologico del soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993, p. 852.

³¹ Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euch Ben Rachid, cit.; in precedenza, v. Cass., 27 febbraio 1989, Salvan, in *Foro it.*, p. 1989, II, 665. In dottrina, G. ROMEO, *op. cit.*, p. 286. *Contra*, P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 512.

³² R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quaderni camerti*, 1992, p. 420; G. NICOLUCCI, *Tempi più duri per i predicatori d'odio*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 37, p. 125.

alla sfera morale della persona, aggressione che, squarciando la libertà della persona, la pone in stato di soggezione morale avanti all'indagante, potrebbe argomentarsi che il prelievo salivare sia qualificabile come prelievo invasivo: anche qui c'è una raccolta di materiale da cavità interne, superando la soglia della barriera fisica esteriore. Quando gli inquirenti oltrepassano con la coazione il limite esteriore del corpo, per penetrare in aree interne, il soggetto passivo è, da un lato, esposto a maggiori pericoli di aggressione, di fronte ai quali la sua autodifesa è menomata; al contempo, egli è violato nella sfera più intima e delicata della persona: si misurerebbe qui quella soggezione psicologica che pone il soggetto in condizione di forte sudditanza rispetto a chi agisce³³. In direzione contraria non va però dimenticato che l'intrusione attuata col prelievo salivare è davvero di minima entità.

2.4. Conclusione

La individuazione della linea di confine dell'invasività sembra essere determinante anche per leggere la disciplina odierna.

Come detto, soltanto gli accertamenti invasivi, in quanto lesivi della libertà corporale, richiederebbero una attuazione estremamente determinata e tassativa della riserva di legge. Gli altri accertamenti sulla persona, invece, potrebbero essere compiuti regolarmente, secondo le regole tradizionali: ispezione e perquisizione del pubblico ministero per i rilievi che incidono sulla libertà personale non corporale; accertamento tecnico della polizia giudiziaria per i rilievi segnaletici.

Ora, la dizione di «materiale biologico» adottata dal legislatore nell'art. 354 c.p.p. è piuttosto generica. Al livello d'una interpretazione letterale, la norma si presta a consentire ogni tipo di prelievo, a prescindere dalla sua invasività.

Ma l'esegesi testuale va senz'altro corretta, altrimenti la norma sarebbe costituzionalmente censurabile. Infatti, il legislatore consente il prelievo di materiale biologico senza però impegnarsi in una definizione

³³ Alla luce di quanto detto dovrebbero, ad esempio, essere considerate invasive anche operazioni come l'apertura coattiva della mandibola per estrarvi oggetti, un'osservazione con una sonda della ferita aperta, uno striscio vaginale. Persino l'asportazione di un lembo di epidermide è da giudicare azione intrusiva: anche qui infatti si registra quel superamento della soglia fisica esteriore che costituisce il *discrimen* tra libertà personale e corporale.

ne adeguata dei «modi» e dei «casi» in cui ciò sia possibile³⁴. Pertanto, chi ammettesse l'esperibilità di prelievi invasivi dovrebbe riconoscere che la libertà corporale sarebbe intrusa con violazione del principio di legalità. E la conclusione sembra ancor più incongrua considerando che simili prelievi sarebbero esperibili su qualsiasi persona; non solo sull'indagato (che è invece il destinatario esclusivo dei prelievi a fini identificativi dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.), ma, appunto, anche sui terzi. La limitazione della libertà corporale dei soggetti non indagati sembra imporre che il legislatore indichi ancor più precisamente i limiti entro cui è consentita la compressione della libertà in funzione delle esigenze della giustizia penale.

È allora giocoforza ritenere che gli accertamenti invasivi siano tuttora vietati: l'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. e l'art. 354 comma 3 c.p.p. vanno cioè interpretati in conformità all'insegnamento della Corte costituzionale del 1996.

In questo quadro, il prelievo salivare, espressamente menzionato dal legislatore nell'art. 349 c.p.p., solleva un delicato interrogativo: a volerlo ritenere un accertamento invasivo, si dovrebbe concludere per l'incostituzionalità della previsione ed invocare un pronto intervento della Consulta.

Chi, invece, volesse difendere la norma potrebbe far leva proprio sulla previsione dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. Il fatto che quello pilifero e quello salivare siano le uniche due forme di prelievo espressamente indicate da questa norma potrebbe essere interpretato come il segno della volontà del legislatore di qualificarli come non invasivi. In altri termini, questa esegesi partirebbe dall'idea che il legislatore non volesse consentire alcuna operazione invasiva, come sarebbe confermato dal mancato impegno sul fronte della determinazione dei «casi» e dei «modi» in cui effettuare il prelievo. Il legislatore avrebbe solo voluto precisare il novero degli accertamenti non invasivi, puntualizzando che la raccolta di saliva e capelli non lede la libertà personale/corporale.

Ma questa lettura, pur suggestiva, finisce solo per aggirare il problema. Il punto resta sempre lo stesso: se il prelievo salivare leda la libertà corporale. Se così fosse, a poco varrebbe tentare di interpretare le intenzioni del legislatore.

Semmai, va detto che se il legislatore volesse introdurre nel futuro

³⁴ A. SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di Rosi e Scopelliti, Milano, 2006, p. 95.

ipotesi di accertamento coattivo dovrebbe curarsi di indicare con precisione i «casi» in cui ciò fosse consentito. E la maggiore analiticità richiesta al legislatore dalla Corte costituzionale in materia di libertà corporale sembra vada declinata nel senso che non possa bastare una clausola generale a giustificare i casi di restrizione³⁵. Ad esempio, molte delle proposte di legge sin qui presentate suggerivano di collegare il potere di compiere i prelievi invasivi ad una certa gravità del reato per cui si indaga. Soprattutto – ma su questo si tornerà – sarebbe opportuno prevedere che si procedesse al prelievo solo quando fosse strettamente necessario, introducendo un requisito di «indispensabilità» dell'operazione ai fini del processo (similmente a quanto avviene oggi per le intercettazioni).

3. Gli accertamenti coattivi tra *jus conditum* e *jus condendum*

Poche indicazioni sono dettate dalla legge per l'effettuazione delle operazioni d'accertamento coattivo, a partire dall'atto con cui l'operazione è adottata.

Il codice si limita ad affermare che, quando manca il consenso dell'interessato, la polizia procede «previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero».

3.1. La polizia giudiziaria, dominus del prelievo, e la forma del provvedimento

Come si accennava all'inizio, sorprende l'attribuzione alla polizia dell'iniziativa³⁶, soprattutto perché nel comma 3 dell'art. 354 c.p.p.

³⁵ Come invece avviene per perquisizioni ed ispezioni; v. *retro*, nota 5.

³⁶ Sotto questo profilo, la disciplina italiana pare in linea con quella francese, nella quale è la polizia a decidere se procedere all'ispezione e se effettuare il prelievo biologico. Si deve tuttavia tener conto del fatto che, in Francia, il prelievo è possibile solo con il consenso dell'interessato. Nell'unico caso consentito di prelievo coattivo, quello effettuato su persona già condannata per un reato punito con pena superiore a 10 anni di detenzione, la legge francese prevede invece l'intervento scritto («*réquisitions écrites*») del Procuratore della Repubblica (così, l'art. 706-57 Code de procédure pénal). Anche in Inghilterra è la polizia l'organo che ha il potere di assumere l'iniziativa, ma deve trattarsi di soggetto che abbia almeno il grado di *inspector*, non potendo la raccolta del campione o la ricerca "intima" essere deliberata da un semplice agente (*constable*): così la sezione 55 (1) e le sezioni 62 (1) e (1A) del *Police and Cri-*

permane il divieto per l'organo di procedere ad ispezione personale³⁷. Certo, dal 1992, per il 2001, il ruolo della polizia nelle indagini è lievitato. Ma, in questo caso, anche il legislatore si è accorto della eccentricità della scelta della polizia in un campo che incide sulla libertà personale (corporale, addirittura); tanto che si è visto costretto a prevedere un interpello da parte della polizia al pubblico ministero, per consentire all'autorità giudiziaria di «autorizzare» preventivamente l'atto. Correttamente, l'autorizzazione deve essere scritta. Si consente, peraltro, che sia data oralmente e, poi, confermata per iscritto; eventualità che sembra mostrare troppa accondiscendenza per le esigenze di efficienza; in fondo, è più giusta l'indicazione che vale per la perquisizione personale, in cui si deve mostrare il decreto all'atto del compimento dell'operazione, ma non si può ignorare che un simile adempimento non è previsto nemmeno in sede di ispezione personale³⁸, ciò che esclude in radice ogni tentativo di correzione analogica.

Sin troppo evidente si staglia poi il *vulnus* dato dalla mancanza di un obbligo di motivazione. Il contrasto con il dettato costituzionale qui è tanto palese da non meritare commento; ed il rimedio non può essere altro se non quello di applicare direttamente la Costituzione, esigendo per questa via che l'autorizzazione giustifichi il perché dell'accertamento.

La motivazione è essenziale non solo sul piano d'un ossequio formale alla Costituzione; in essa il magistrato dà conto delle ragioni che lo hanno indotto ad ammettere l'intrusione nella libertà; vale per le persone indagate e, a maggior ragione, per i non indagati, a giustificare che la restrizione sia avvenuta per scopi legittimi; anche se non si

minal evidence Act 1984. Ma pure in questo caso si tratta di scelta non sorprendente e giustificata: da un lato, perché nell'ordinamento inglese è tradizionalmente la polizia ad essere incaricata delle indagini, dall'altro, perché non è comunque consentito procedere ad accertamenti/prelievi corporali senza il consenso della persona su cui l'operazione debba essere compiuta.

³⁷ A. SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, cit., p. 94-5: «il prelievo coattivo al quale allude l'art. 354 comma 3 c.p.p. è lecito, innanzitutto, quando l'attività tecnica non richiede il tramite di un'ispezione personale – appunto preclusa alla polizia – e, cioè, di quell'indagine diretta ad osservare “corpi umani vivi”, salvo l'asporto di capelli o di saliva quale duplice possibilità già introdotta in deroga dal legislatore (art. 349 comma 2-bis c.p.p.), la quale potrebbe essere preceduta da un inevitabile quanto breve percorso ispettivo».

³⁸ In proposito, avanza perplessità di legittimità costituzionale, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279 s.

potrà confidare troppo nel valore della spiegazione, giacché la carente indicazione dei “casi” finisce per lasciare la scelta dell’azione coercitiva nelle mani della massima discrezionalità dell’inquirente, disancorata da parametri precisi.

Infine, proseguendo nel sentiero ricostruttivo, non sembra improprio che la forma del provvedimento sia quella del decreto motivato, come per le ispezioni e le perquisizioni personali.

Proprio dal raffronto con le ispezioni e perquisizioni emerge l’assenza della previsione di una «facoltà di farsi assistere da persone di fiducia»; dimenticanza singolare, considerando che siamo in presenza di un’indagine particolarmente delicata. Anzi, sotto questo aspetto potrebbe essere opportuno, *de iure condendo*, prevedere l’obbligatorietà di un testimone *ad actum*: quando si penetra nella sfera più intima della persona, la presenza come osservatore di un soggetto di fiducia sembra, ad un tempo, ridurre i rischi di abusi e assicurare maggiore serenità al soggetto sottoposto al prelievo³⁹.

Nell’ottica di un prossimo intervento legislativo, tuttavia, il suggerimento principale è quello di affidare la competenza sul prelievo al giudice. Non si tratta solo di opportunità. Se si condivide la prospettiva qui adottata, per cui l’aggressione alla libertà corporale pone il soggetto passivo in uno stato di forte sudditanza nei confronti dell’autorità procedente, si intuisce facilmente come sia necessario, per compensare questa situazione, che a procedere sia un soggetto terzo ed imparziale, e non una parte (come sarebbe nel caso in cui il potere fosse affidato al pubblico ministero).

3.2. *La perdurante assenza dei “casi” di esperibilità del prelievo/ accertamento ...*

Il dato più sconcertante resta comunque l’assenza di qualsiasi indicazione dei «casi» e dei «modi» in cui procedere agli accertamenti corporali, evidente strappo al principio della riserva di legge e all’autorità della Corte costituzionale.

Già s’è accennato ai profili che la normativa avrebbe dovuto af-

³⁹ Ci si può forse avvicinare a questo risultato già nell’odierno quadro normativo, col ricorso all’analogia; ma l’ortopedia non potrebbe spingersi sino a configurare un’ipotesi di invalidità per la violazione: ciò comporterebbe, infatti, aggiungere un requisito alla fattispecie, in violazione del principio di tassatività dell’invalidità.

frontare per attuare con la dovuta precisione la riserva di legge nell'ambito della libertà corporale, attribuendo al giudice (salvo eccezioni) la signoria sull'operazione, provvedendo ad indicare le precise tipologie di reato per cui il prelievo/accertamento sia possibile, imponendo un ricorso alla coercizione solo quando sia strettamente indispensabile per il buon esito dell'indagine.

In particolare, già molti dei progetti di legge delle passate legislature prevedevano il requisito dell'indispensabilità⁴⁰. Sotto questo profilo ci si deve comunque domandare se, secondo la nuova disciplina, il ricorso a tecniche di prelievo di materiale biologico dalla persona possa essere compiuto in ogni occasione in cui lo si reputi necessario, ovvero solo se non siano possibili modalità alternative per raccogliere le informazioni ricercate, secondo la logica del "minor sacrificio" della libertà personale/corporale. Nonostante l'assenza di indicazioni testuali nelle norme appena introdotte, in dottrina si è concluso che un simile vincolo sussista comunque implicitamente, sulla base di un criterio di proporzionalità⁴¹. Soluzione pregevole negli intenti; resta però sguarnito il fronte dei rimedi: nulla sanziona l'eventualità d'un ricorso al prelievo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, anche ove non strettamente necessario⁴².

Forse è possibile recuperare qualcosa di quell'indispensabilità tramite il requisito d'una motivazione rigorosa che adduca chiaramente le ragioni che giustificano l'intrusione della libertà personale, col vantaggio di poter sanzionare la spiegazione assente o claudicante. Ma, lo si anticipava, si tratta d'un palliativo, che non può risolvere il problema

⁴⁰ Secondo M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., p. 2154, la giurisprudenza costante già lo richiede.

⁴¹ È così per SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, cit., p. 98, secondo cui le intrusioni corporali debbono assumere «carattere residuale, nel senso che ad essi si può ricorrere solo quando "rilievi" di altro tipo non siano sufficienti a fissare i segni identificativi dell'individuo»; in fondo, «l'approvvigionamento di materiale biologico della persona implica intrusioni corporali le quali – pur se minime – determinano una maggior lesività rispetto a semplici rilievi esterni».

⁴² Sembra tutt'altro che agevole riuscire a far operare la sanzione dell'inutilizzabilità, per la difficoltà di costruire un divieto implicito in una materia in cui l'autorità inquirente ha senz'altro il potere di compiere l'operazione. Non più feconda pare la strada di una nullità per violazione dei diritti della difesa: intanto, la protezione potrebbe operare solo quando il prelievo/accertamento corporale sia compiuto sull'indagato, non anche sui terzi; soprattutto, non si direbbe che sia ortodosso, rispetto al canone di tassatività delle nullità, applicare la sanzione di nullità ad un requisito assolutamente implicito, mai evocato dalle parole della legge.

alla radice, cioè stornare completamente il rischio che si faccia ricorso all'intrusione corporale anche fuori dal canone dell'*extrema ratio*.

Sempre nell'ottica d'una normazione costituzionalmente rigorosa, sarebbe stato tutt'altro che inopportuno istituire un raccordo tra l'invasione della sfera corporale e la serietà del reato, prevedendo che la menomazione della libertà potesse avvenire solo per l'accertamento di illeciti di una certa gravità, selezionati per tipologia o con riferimento ad un certo livello di pena edittale⁴³. È questa una costante nelle legislazioni degli altri paesi⁴⁴ ed è in fondo la diretta applicazione di quella proporzionalità nella limitazione della libertà corporale che sembra cruciale nella materia in esame⁴⁵.

⁴³ Per la proposta di selezionare i reati in base alla gravità, D. SCHELLINO, *op. cit.*, p. 175 e ID., *Commento all'art. 224*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, 3° Agg., Torino, 1998, p. 123. Si mostra, invece, contrario, G.P. DOLSO, *op. cit.*, p. 3226.

⁴⁴ In Francia, per esempio, l'art. 706-55 prevede che le indagini genetiche (che sono poi raccolte nella banca dati nazionali sulle impronte genetiche) possano essere effettuate solo per i reati ivi espressamente indicati, secondo un criterio qualitativo. La lista, abbastanza corposa, comprende delitti di natura sessuale, crimini contro l'umanità, crimini volontari contro la vita delle persone, tortura e atti di barbarie, atti di violenza volontari, minaccia, traffico di stupefacenti, tratta d'esseri umani, prossenitismo, truffa, estorsione, e altri ancora. In Inghilterra il prelievo di materiale biologico intimo (*intimate samples*), inizialmente consentito solo in indagini per «serious arrestable offences», è ora (dal 1994) stato esteso a tutti i casi in cui la polizia sospetti che la persona sia coinvolta «in a recordable offence», cioè in un reato per cui sia prevista la registrazione nel Computer nazionale della polizia (catalogo che comprende, oltre ai crimini punibili con la pena detentiva, una serie ulteriore di reati). In Olanda, stando alle informazioni fornite da H.J.T. ASSEN, *The DNA database in the Netherlands*, in *New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, II, Antwerpen, 2000, p. 367, i prelievi coattivi erano consentiti solo nelle indagini contro crimini puniti con la pena di otto anni di reclusione o più; dal 2000, invece, la soglia è stata abbassata a reati puniti con almeno quattro anni di pena detentiva (la stessa limitazione prevista per l'applicazione della custodia cautelare). Accade diversamente, secondo quanto riferisce D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi*, cit., p. 175 e ID., *Commento all'art. 224*, cit., p. 124, in Germania: qui la legge non collega il prelievo/accertamento invasivo a precise categorie di reato e sono stati, invece, gli interpreti – sulla base del principio di proporzionalità – a concludere che «siffatte misure coercitive possano essere disposte solo in rapporto ad imputazioni per reati gravi e di rilevante significato antigiuridico».

⁴⁵ Non si può tuttavia omettere di ricordare l'opposta indicazione che, su questo punto, sembra provenire (almeno quanto all'indagine genetica) da un importante documento internazionale, la Raccomandazione del 10 febbraio 1992 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, R(92)1, ove si suggerisce che il ricorso all'analisi del DNA dovrebbe essere consentito «in all appropriate cases, independent of the degree of the seriousness of the offence». Sembra però opportuno mettere in luce che la rac-

3.3. ... e dei "modi"

Anche sul piano delle modalità esecutive del prelievo, le indicazioni codicistiche sono troppo scarse per essere considerate sufficienti: in pratica, l'unica indicazione utile è costituita dal generico obbligo di «rispetto della dignità personale del soggetto».

Qualche correttivo interpretativo può essere avanzato. Trattandosi di «accertamento», sembra corretto dire che colui che compia materialmente il prelievo debba essere un soggetto dotato dell'adeguata perizia: quantomeno un ufficiale appartenente ai servizi scientifici della polizia e, solo nei casi dell'art. 113 disp. att. c.p.p. (di «particolare necessità e urgenza»), un agente.

Sorprende, però, che non si sia stabilito di far eseguire l'operazione da un medico qualificato, come accade in molti paesi europei⁴⁶. Opportuna, in effetti, sarebbe stata almeno la previsione che a procedere all'accertamento coattivo fosse il personale sanitario dell'ASL: un emendamento di questo tipo si è arenato in sede di lavori parlamentari alla legge di conversione per via del parere contrario della 5^a Commissione. Non è questa una circostanza che debba necessariamente precludere la possibilità di un'applicazione analogica degli artt. 245 comma 3 e 79 disp. att. c.p.p., che già consentono in materia di ispezione personale l'intervento di un medico; ciò ripristinerebbe un minimo di ragionevolezza della disciplina. Ma anche a ritenere possibile l'applicazione analogica, resta il fatto che un conto è consentire l'intervento di un sanitario, altro conto è imporlo, predisponendo sanzioni processuali per la violazione dell'obbligo.

Affidare l'operazione ad un medico sembra davvero un requisito

comandazione si riferisce esclusivamente alla ammissibilità della prova genetica in sé, consigliando agli ordinamenti nazionali di permetterne la più ampia adozione, ma è muta quanto alla possibilità di incidere sulla libertà personale/corporale dell'individuo, e non si tratta di profili che siano inscindibilmente collegati: la verifica genetica potrebbe essere esperita anche su tracce organiche raccolte senza coazione dall'imputato.

⁴⁶ In Inghilterra, per esempio, le ricerche intime sono effettuate «by a suitably qualified person», a meno che l'operatore di polizia (che abbia almeno il grado di *inspector*) non ritenga che ciò sia «not practicable» (sezione 55 (5) *Police and Criminal Evidence Act 1984*); eccezione che però non può mai applicarsi alle ricerche intime concernenti sostanze stupefacenti (sezione 55 (4)). Quando poi si tratti di prelievi, la sezione 62 (9A) del *Police and Criminal Evidence Act 1984* esige che a procedere sia sempre «(a) a registered medical practitioner; or (b) a registered health care professional» (e, qualora si tratti di raccogliere l'impronta dentale, un dentista registrato, sezione 62 (9)).

minimo per evitare che la limitazione della libertà corporale avvenga senza apprezzare l'importanza del bene aggredito. Ciò non toglie – lo vedremo a breve⁴⁷ – che sia opportuno che si tratti di personale sanitario che ha competenze specifiche nella raccolta del campione, per garantire la migliore riuscita dell'operazione in funzione del buon esito della successiva analisi.

3.4. Una opzione non sondata: sanzionare il rifiuto di sottoporsi ad accertamenti coattivi.

Come si è detto, la conclusione cui sembra di dover approdare è quella che gli accertamenti invasivi siano tuttora preclusi nel nostro ordinamento processuale penale. Tuttavia, sempre nell'ottica futura di aprire il varco a simili indagini, sarebbe il caso di riflettere sull'opportunità di consentire sempre l'esecuzione coattiva, oppure di lasciare al soggetto su cui si vogliono compiere i rilievi il diritto di rifiutare l'esecuzione dell'operazione, salvo attribuire valore probatorio al rifiuto (come avviene nel Regno Unito)⁴⁸, oppure sanzionarlo penalmente (come accade nella disciplina del codice della strada).

La prima alternativa, quella di consentire al giudice di trarre un'inferenza negativa sul piano probatorio dal rifiuto di sottoporsi al prelievo/accertamento, può ovviamente funzionare solo se ad esimersi sia l'indagato, non invece se la sottrazione sia quella del terzo soggetto ad accertamento⁴⁹. Di contro, la sanzione penale del rifiuto potrebbe essere sufficientemente dissuasiva per il terzo, meno per l'indagato,

⁴⁷ *Infra*, § 4.1.

⁴⁸ Per la sezione 62 (10) (b) del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, qualora la persona si sia rifiutata senza giusta causa di sottoporsi ad un prelievo biologico «the court or jury, in determining whether that person is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the refusal as appear proper».

⁴⁹ Come osserva C. CESARI, «Prova del DNA» e contraddittorio mancato, in *Giur. It.*, 2003, p. 538; egualmente D. SCHELLINO, *op. cit.*, 176; ID., *Commento all'art. 224*, p. 125. Esprime contrarietà per questa soluzione, G.P. DOLSO, *op. cit.*, p. 3223 e 3226. V. anche le perplessità di P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale*, cit., p. 503 (si «lascia al giudice una discrezionalità valutativa rispetto ad un comportamento processuale dell'imputato che non è sempre e necessariamente indicativo di responsabilità»), nonché le obiezioni di M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., 2154, a parere del quale il principio adottato in sede civile non è esportabile nel processo penale, dove le ispezioni personali non hanno valore meramente obbligatorio, ma coercitivo.

specie quando questi fosse coinvolto in un'indagine per reati molto gravi⁵⁰.

Queste osservazioni inducono a concludere che, qualora si volesse prescegliere la via della coercizione indiretta, la prospettiva più ragionevole sia quella di cumulare i due rimedi: prevedere, cioè, una sanzione penale per qualunque soggetto che si rifiuti (o, almeno, per chi si rifiuti senza giustificate ragioni specificate dalla legge) di sottoporsi ai prelievi/accertamenti corporali previsti dalla legge, con l'ulteriore pericolo, per il solo indagato, che il diniego possa nuocergli anche nel procedimento in corso⁵¹. Una simile disciplina avrebbe reale efficacia dissuasiva contro i tentativi di schivare l'operazione d'indagine. Di contro, essa non sembra irragionevolmente penalizzante: da un lato, è ormai acclarato che la previsione di una sanzione penale a presidio di un obbligo di *facere* non comporta una indebita restrizione della libertà personale⁵²; dall'altro, non pare incongruo che il rifiuto dell'imputato sia esposto ad una duplice conseguenza "sanzionatoria", proprio perché maggiore è potenzialmente il vantaggio che questi potrebbe ottenere col rifiutarsi di soggiacere al prelievo/accertamento.

Sarebbe questo un modo per esaltare l'intangibilità della sfera corporale: escludere il ricorso alla coazione, senza il consenso dell'interessato, ed articolare un sistema di contromisure che disincentivino il rifiuto di collaborare con l'autorità giudiziaria.

4. Le delicate (ed ignorate) fasi dell'esecuzione dell'indagine scientifica e le prospettive future

Nella sua frettolosa novella, il legislatore anti-terrorismo si occupa esclusivamente dei rilievi sul corpo della persona e del prelievo di campioni biologici, senza minimamente curarsi dei passaggi successivi; dell'uso e della sorte dei dati ottenuti, in particolare; ma anche, nel

⁵⁰ D. SCHELLINO, *Commento all'art. 224*, cit., p. 125. Ritiene che questa soluzione sia difficilmente praticabile P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale*, cit., p. 503: «si configurerebbe, infatti, un accertamento "obbligatorio" che sul piano del processo penale, con riguardo alla formazione della prova, difficilmente può trovare una giustificazione teorica».

⁵¹ Spunti in questo senso in G. ROMEO, *op. cit.*, p. 287.

⁵² V. Corte cost. 194/1996, che – seppur con una motivazione tortuosa e sfuggente – ha riconosciuto la legittimità della sanzione penale a presidio del prelievo obbligatorio previsto dal Codice della strada.

caso dei prelievi, della repertazione e conservazione del campione, dell'accertamento volto ad estrarre le informazioni utili dal materiale raccolto.

La miopia legislativa tocca qui apici sconcertanti. Basti ricordare che l'attendibilità del test sul Dna, cui il legislatore sembra pensare quando parla di prelievi salivari e piliferi, lungi dall'essere una costante, è invece il prodotto d'una operazione d'accertamento da condurre con massima cautela. Essa richiede laboratori specializzati, dotati delle attrezzature adeguate, personale competente e qualificato⁵³. Non meno importante è il ricorso alle metodiche e ai protocolli scientificamente più testati ed affidabili. In assenza di queste condizioni, il risultato dell'esame del Dna aumenta il proprio margine d'opinabilità, sino a perdere gran parte del proprio valore⁵⁴. In definitiva, l'indagine sul Dna è in astratto capace di sortire risultati prossimi alla certezza, ma l'applicazione concreta può di molto ridurre il grado di verità del suo esito. È questo un discorso che, ovviamente, non vale solo per l'indagine volta ad estrarre il profilo del DNA dal campione organico raccolto, ha una portata più generale. Nella maggior parte degli accertamenti scientifici determinante è la correttezza delle operazioni di rac-

⁵³ Questo aspetto è messo particolarmente in risalto dalla Raccomandazione R(92)1, cit., il cui punto 6 stabilisce che l'analisi del Dna «should only be preformed by laboratories possessing the appropriate facilities and experience», ed in particolare dotati di «high professional knowledge and skill, coupled with appropriate quality and control procedures», «scientific integrity», «adequate security of the installations and of the substances under investigation», «adequate safeguards to ensure absolute confidentiality in respect of the identification of the person to whom the result of the Dna analysis relates».

⁵⁴ Sebbene le difficoltà ed i margini di errore del test si siano con gli anni ridotti, grazie al progressivo affinamento delle tecnologie, la dottrina specialistica non cessa di mettere in guardia dal pericolo di abbandonarsi ad un cieco fideismo nei confronti dei risultati del test genetico, i cui risultati invece dovrebbero sempre essere oggetto di un attento vaglio di accuratezza: v., con accenti proporzionalmente crescenti, A. FIORI, *I polimorfismi del DNA, nuove frontiere e problemi del laboratorio medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1988, p. 402 ss.; V.L. PASCALI-E. D'ALOJA, *L'identificazione in biologia forense a sei anni dall'introduzione dei profili polimorfi del DNA tra imprevisi problemi e concetti emergenti*, *ivi*, 1991, p. 754 ss.; C. SCORRETTI-P. CORTIVO-C. CRESTANI-G. CAMPOLIETI-L. CAENAZZO-G. BONAN, *I problemi sorti nei primi anni di applicazione del DNA profiling in ambito medico legale*, *ivi*, 1991, p. 799 ss.; A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1313 ss.; C. SCLAVI, *DNA-test come «scientific evidence»: poteri del giudice e validità della prova. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 465.

colta e conservazione dei campioni da analizzare, fondamentale il rispetto delle metodologie accreditate in sede scientifica.

4.1. *Repertazione, conservazione del campione ed esecuzione dell'indagine scientifica*

Come si diceva, già sin dalle prime battute si gioca la buona riuscita d'un test scientifico su un campione biologico e, specialmente, di uno genetico. Lungi dall'essere una operazione materiale di pressoché nulla importanza, quella di raccolta del campione è invece un'attività delicatissima che, oltre ad invadere la sfera corporale, determina l'esito dell'indagine successiva. Basti solo pensare al problema della esatta quantità di materiale biologico che sia necessario prelevare; oppure alle modalità con cui sia necessario effettuare il prelievo per assicurare l'idoneità del tessuto raccolto a fornire le informazioni ricercate, evitando inquinamenti e diluizioni della traccia organica⁵⁵.

Quanto appena detto vale poi, *a fortiori*, per la fase di conservazione del materiale biologico, se possibile ancor più influente della precedente sull'esito positivo dell'accertamento⁵⁶: c'è infatti il pericolo che una negligente conservazione sia deleteria al campione e alla possibilità di estrarne informazioni attendibili⁵⁷.

In virtù di queste osservazioni sarebbe stato appropriato seguire la linea suggerita dalla dottrina, che proponeva di affidare quest'operazione a personale qualificato, con adeguate esperienze di laboratorio⁵⁸.

⁵⁵ Si vedano alcune indicazioni tecniche per il compimento di quest'operazione in V. DI LEMBO, *Tecniche e metodiche di identificazione del DNA: rilievi giurisprudenziali e medico-legali*, in *Foro ambrosiano*, 2005, p. 485 ss.

⁵⁶ Un aspetto che era stato chiaramente messo in luce da R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche*, cit., p. 419, quando ricordava che «già l'attività di raccolta e conservazione della traccia organica presuppone un minimo di conoscenza specialistica», «la conservazione della traccia organica è attività cruciale e delicatissima che dovrebbe essere affidata allo (o dovrebbe quantomeno essere svolta sotto la direzione dello) stesso soggetto che provvederà poi ad estrarre il campione di DNA».

⁵⁷ Come ricordava R. ORLANDI, *Il problema*, cit., p. 419, «è necessario assicurare la conservazione, soprattutto evitando la formazione di muffe o microrganismi». In particolare, i reperti «devono essere custoditi in appositi ambienti, per evitare i processi degenerativi cui i materiali biologici vanno incontro» (V. DI LEMBO, *Tecniche e metodiche di identificazione*, cit., p. 489).

⁵⁸ Secondo l'opportuno suggerimento di R. ORLANDI, *Il problema*, cit., 419 s., a parere del quale «solo chi ha maturato esperienze di laboratorio è in grado di predi-

Anzi, sviluppando il ragionamento a fondo, meglio ancora sarebbe stato mettersi nella scia delle proposte legislative avanzate in questi anni, prevedendo che raccolta e conservazione dei campioni fossero espletate nell'ambito d'un accertamento peritale, consentendo solo per i casi di assoluta urgenza il ricorso alla disciplina degli accertamenti irripetibili.

Il discorso vale *a fortiori* quando l'operazione effettuata sul corpo delle persone non sia finalizzata alla raccolta di materiale biologico, ma costituisca essa medesima un rilievo scientifico (si pensi, ad esempio, ad un'indagine radiologica): qui l'opportunità di ricorrere ad una perizia, eventualmente in sede di incidente probatorio, si intuisce istintivamente. E, come si vedrà, questa conclusione si rafforza ulteriormente tenendo conto della delicatezza degli interventi sulla persona⁵⁹.

Quanto poi all'effettuazione dell'indagine sul campione biologico, pare davvero scontato che, *de iure condendo*, debba essere quantomeno eseguita con le regole della perizia. Con riferimento all'indagine genetica, qualcuno in dottrina aveva addirittura suggerito l'opportunità di delineare una disciplina peritale *ad hoc*: poiché questo tipo d'accertamento esige, come si diceva, competenze specifiche e, soprattutto, l'uso di laboratori specializzati ed affidabili, si constatava in proposito che «le garanzie formali previste dal nuovo codice di procedura penale riguardo la scelta dei periti e dei consulenti tecnici del pm. (art. 221 c.p.p., artt. 67 e 73 n. att.) non possono essere ritenute soddisfacenti»⁶⁰: le regole vigenti sarebbero carenti soprattutto sul piano dell'accreditamento dei laboratori e della scelta del personale specialistico necessario.

In conclusione, vale la pena di notare che l'effettuazione di una perizia che includa tutti i momenti dell'operazione scientifica sul corpo della persona (dalla repertazione e conservazione, all'indagine sul campione biologico, all'accertamento eseguito direttamente sulla persona) consentirebbe di saldare le esigenze di affidabilità dell'accertamen-

sporre l'opera di recupero e conservazione della traccia organica, così da garantire che l'indagine genetica approdi ad esiti attendibili». Lo stesso A. aveva cura di precisare che sarebbe altresì auspicabile che l'esperto non fosse agli ordini della polizia. Per A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1325, in fondo, il nostro ordinamento già prevede in determinati casi la valorizzazione di laboratori specializzati in alcuni campi, ed il riferimento è in particolare all'art. 49 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁵⁹ V. *infra*, § 4.2.

⁶⁰ D. DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, X, 1995, p. 382.

to con l'opportunità di assicurare che sia il giudice a disporre e sovrintendere alle attività che incidono sulla parte più intima dell'individuo.

Desolante, invece, constatare come, di tutti questi aspetti, la nuova normativa si disinteressi completamente.

4.2. Valore probatorio in dibattimento delle informazioni raccolte

In un provvedimento normativo che solleva le tante perplessità evidenziate, finisce per non essere più sorprendente l'ultimo profilo critico: quello sul silenzio mantenuto sulla sorte delle informazioni estratte dai materiali repertati. Si dimostra appieno anche in questa omissione, davvero infelice, la tendenza del legislatore a sottovalutare le questioni processuali più delicate, trattandole in modo grossolano.

In linea di principio, comunque, data l'unilateralità della esecuzione, l'accertamento della polizia giudiziaria – sul corpo o sul campione biologico raccolto – non avrà valore probatorio, ma dovrà servire esclusivamente ai fini della determinazione sull'azione penale. Restano salvi solo i casi di irripetibilità sopravvenuta ed imprevedibile, per i quali è consentita l'acquisizione in dibattimento *ex art.* 512 c.p.p. dell'accertamento unilaterale, che peraltro sembrano piuttosto rari: infatti, da un lato, l'urgenza evocata dall'art. 354 c.p.p. non identifica necessariamente la condizione di irripetibilità del rilievo che giustifichi poi una successiva lettura in dibattimento ai sensi dell'art. 512 c.p.p.; dall'altro, e più radicalmente, non sembra si possano prospettare molte situazioni in cui l'intrusione nel corpo non potesse attendere altro tempo o si rivelasse, successivamente, non più eseguibile⁶¹.

Anche questa constatazione induce a ritenere che i tipi di prelievo consentito siano solo quelli non invasivi. Sarebbe paradossale ammettere una compressione della libertà corporale, che presidia la sfera più intima della persona, soltanto al fine delle determinazioni da assumere sull'esercizio dell'azione penale.

Anzi, proprio nell'ottica della considerazione appena svolta pare opportuno mettere in luce un punto, per il caso in cui si volessero introdurre rilievi coattivi invasivi nel nostro ordinamento. Sembra sia

⁶¹ Tra le rare evenienze di impossibilità sopravvenuta si può immaginare la morte inaspettata del terzo su cui si siano compiuti i rilievi corporali, o il cui campione biologico sia stato oggetto di accertamento.

adeguato qualificare l'accertamento/prelievo invasivo come operazione intrinsecamente irripetibile, che può essere compiuta una sola volta. Si intuisce facilmente la ragione: se si ammette un'invasione della libertà corporale a fini probatori, non la si può permettere più di una volta. Non pare ragionevole, cioè, che si debba procedere ad una seconda violazione dell'intimità della persona per raccogliere dati utilizzabili in sede dibattimentale per la sentenza di merito.

Insomma, se in futuro si volesse aprire la strada all'accertamento/prelievo invasivo in sede d'indagine si dovrebbe far ricorso alla disciplina prevista per la perizia assunta in incidente probatorio (con al più il temperamento, nei casi di concreto e imminente pericolo di irripetibilità, agli accertamenti tecnici irripetibili *ex art. 360 c.p.p.*). In questo modo si otterrebbero diversi vantaggi, oltre alla minima compressione arrecata alla libertà corporale: intanto, quando il sottoposto a prelievo sia l'indagato, consentire un tempestivo intervento difensivo; inoltre, salvaguardare l'assunzione dialettica della prova; soprattutto, garantire un'esecuzione delle operazioni effettuata da soggetti competenti e con modalità più attente della libertà personale e, al tempo stesso, più attendibili.

Una volta consentita la restrizione della libertà corporale sarebbe dunque opportuno che si raccogliessero informazioni utili alla decisione finale di merito⁶². Sembra sia proprio quel canone di proporzionalità, più volte evocato, ad esigere che il ricorso a tecniche che incidono sul corpo della persona sia consentito solo con l'obiettivo di raccogliere elementi che servano alla decisione del caso; sotto questo aspet-

⁶² Non si vuole, beninteso, patrocinare una versione aggiornata del "principio di non dispersione della prova"; si vuole solo suggerire l'opportunità di prevedere una disciplina che consenta un'anticipazione della raccolta della prova nel contraddittorio delle parti. Una regola implicita del sistema, che si evince facilmente dall'art. 111 Cost., suggerisce (se non impone) al legislatore di adottare tecniche di raccolta delle informazioni in contraddittorio tutte le volte in cui sia possibile e, al tempo stesso, di ridurre al minimo le forme di coercizione della libertà personale. Dunque, talora l'anticipazione del contraddittorio può rendersi necessaria, non tanto per prevenire la dispersione della prova, quanto per evitare di ledere in modo sproporzionato determinati interessi. È un ragionamento che trova già nel diritto vivente l'esempio dell'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza del minore vittima di delitti a matrice sessuale: per evitare danni alla psiche del minore dovuti alla reiterazione della testimonianza nel tempo si impiega l'incidente probatorio, così da ridurre il trauma che si consuma con il ricordo e la narrazione degli eventi. Al fondo, l'idea è che il sacrificio del principio di immediatezza, che si verifica con l'incidente probatorio, si giustifichi quando si debbano proteggere valori importanti della persona.

to, anzi, potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale di una disciplina che restringesse la libertà corporale a soli fini investigativi: il mezzo, cioè l'invasione della sfera intima dell'individuo, risulterebbe sproporzionato rispetto al fine.

4.3. *Sorte dei dati sensibili*

Anche quando non vengano usati per la soluzione dibattimentale del tema penale, resta il fatto che l'autorità ha raccolto notizie che concernono la sfera più intima dell'individuo. Si conferma sotto questo profilo quanto più opportuno sarebbe stato attribuire i poteri di accertamento coattivo al solo giudice, estromettendo sia pubblico ministero sia polizia giudiziaria: stiamo maneggiando dati sensibili; dovrebbe essere un'autorità garante ed imparziale a consentirne la raccolta.

Soprattutto, però, le informazioni intime ottenute con gli accertamenti coattivi pongono il problema d'una loro sorte più generale e sollevano precise domande: fino a quando saranno conservate e dove? Come saranno protette da indebite intrusioni? Chi sorveglierà questi dati? Sono questi solo alcuni dei temi più spinosi che andrebbero risolti da una normativa attenta e scrupolosa⁶³.

L'argomento è di capitale importanza, soprattutto quando si discu-

⁶³ E potrebbe non essere inopportuno spingersi sino a precisare cosa accada quando in un processo si utilizzino informazioni genetiche che avrebbero dovuto essere distrutte, questione che ha suscitato dibattito in Inghilterra, sebbene vi fosse una apposita norma nella legislazione statutaria. La sezione 64 (3AB) del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, infatti, vieta l'uso come prova di impronte digitali, campioni biologici o dati che dovevano essere distrutti contro la persona che li ha resi; e la proibizione si estende sino ad impedire di avviare investigazioni sulla base di quegli elementi. Nonostante un divieto così perentorio, la giurisprudenza si è comunque domandata se l'*exclusionary rule* fosse automatica, oppure fosse soggetta alla discrezionalità giudiziale, nel senso che il giudice potesse comunque soppesare i valori in gioco e decidere se escludere o meno la prova. La questione è stata infine risolta da una decisione della House of Lords (*Attorney General's Reference no. 3 of 1999*, 23-24 ottobre 2000, in *Appeal cases*, 2001, 2, p. 91, con giudizio unanime dei Lords), che ha concluso nel senso dell'esistenza di un margine di discrezionalità giudiziale solo quanto alle prove derivate dal campione che andava soppresso: sicché, mentre il materiale biologico da distruggere non può mai in sé costituire una prova valida contro la persona da cui è stato raccolto, gli elementi probatori derivati da quel campione possono – ma non necessariamente devono – essere esclusi.

ta di dati genetici. Queste sono informazioni che possono essere estremamente utili nella lotta contro il crimine; ma sono anche assai pericolose, in quanto veicolo di notizie attinenti alla sfera più intima della persona. Non si obietti che le porzioni di Dna oggetto d'accertamento giudiziario dovrebbero essere quelle «non codificanti», ossia quelle parti «a funzionalità muta o quantomeno sconosciute»⁶⁴. A parte il fatto che, in mancanza di migliori indicazioni, resta sempre la possibilità che coloro che compiano l'operazione scientifica estraggano invece le informazioni codificanti della catena genetica⁶⁵, anche la parte non codificante del Dna costituisce comunque un cospicuo serbatoio di informazioni privatissime sulla persona⁶⁶.

Sotto questo aspetto della tutela dei dati personali va detto che il nostro ordinamento è colpevolmente in ritardo: poiché le indagini già permettono la raccolta e la conservazione dei profili genetici di molte persone, senza che il possesso di queste informazioni sia davvero regolamentato. Da diversi anni si discute dell'opportunità di istituire una banca dati del Dna, similmente a quanto accade in altri paesi (per esempio in Francia, Gran Bretagna, Olanda). Alcuni emendamenti volti all'istituzione di una simile banca dati erano stati presentati anche nel corso dei lavori preparatori della legge di conversione, ma sono naufragati nella discussione parlamentare.

Grave è comunque il silenzio che cala sulla sorte di queste informazioni. Ma, in fondo, è l'ultimo coerente tassello di una riforma emergenziale grossolana e frettolosa: con poche vere innovazioni, tante questioni controverse, piena di sentimenti regressivi.

⁶⁴ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1310. Per la distinzione tra porzioni codificanti e non del Dna v. R. DOMENICI, *Prova del DNA*, cit., p. 373.

⁶⁵ In dottrina, rileva il pericolo che, «in assenza di qualsiasi disciplina e di controlli», «si passi arbitrariamente dall'analisi di porzioni non codificanti del Dna all'esame del genoma nel suo complesso», A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1327.

⁶⁶ «Anche le cosiddette strutture non codificanti del DNA contengono informazioni di carattere personale o, quantomeno, informazioni dalle quali è possibile inferire alcunché, con riguardo alle condizioni fisiche o al patrimonio genetico del soggetto sottoposto a prelievo. Inoltre, i continui progressi della ricerca in questo campo lasciano presagire una sempre maggiore capacità dell'esperto di trarre da materiale genetico (codificante o non codificante) informazioni di carattere personale» (R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica*, cit., p. 762, nt. 7).