



# La decisione del “prelievo” torna al giudice

A percorrere come un filo rosso la novella è la sostanziale discontinuità rispetto alla frettolosa “incursione” sul terreno delle indagini genetiche realizzata dalla legge “antiterrorismo” del 2005

I COMMENTI FINO A PAG. 76 SONO DI CHIARA GABRIELLI

**I**l via libera definitivo al provvedimento di adesione al Trattato di Prüm, dato dalla legge 85/2009, riveste per il nostro ordinamento un'importanza che va ben oltre la scelta, pur significativa sul piano della cooperazione internazionale, di prendere parte a un accordo stipulato fra sette Stati europei nel maggio 2005 con l'obiettivo di rafforzare il contrasto del terrorismo, della criminalità transfrontaliera e della migrazione illegale.

**Il contesto e le novità** - A dete-  
nere il primato della novità più qualificante nel “pacchetto” di norme appena approvato sono, infatti, le «modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale» preannunciate a chiusura dell’“enciclopedica” rubrica, che rappresentano l’attesa soluzione legislativa alla tormentata vicenda del prelievo coattivo di materiale biologico.

Una soluzione ineludibile - essendo quest’ultimo, innegabilmente, strumento decisivo nel consentire alla funzione di accertamento propria del processo penale di giovare delle potenzialità identificative connesse alla comparazione fra profili genetici - ma troppo a lungo rinviata da un legislatore che dapprima ha ingenuamente ritenuto di affidarsi a una norma generica quale l’articolo 224, comma 2, del

codice di procedura penale - incorrendo nelle prevedibili censure della Corte costituzionale (sentenza 27 giugno 1996 n. 238) - e poi, dopo un decennio di imbarazzante silenzio, non ha saputo fare di meglio che confezionare due norme lacunose e di faticosa lettura come gli articoli 349, comma 2-bis, e 354, comma 3, seconda parte, del codice di procedura penale.

A giustificare un simile ritardo giuridico - e prima ancora culturale - non vale neppure constatare l’obiettivo complessità di disciplinare un istituto che si colloca al crocevia di sottili equilibri fra esigenze investigative e tutela di diritti fondamentali; né vale sottolineare come un’operazione dal coefficiente tecnico-scientifico così elevato presupponga in chi intenda mettervi mano non solo una spiccata sensibilità giuridica, ma anche una robusta attrezzatura in discipline fisiologicamente estranee all’orizzonte culturale del giurista, dalla genetica forense alla bioetica, alla medicina legale.

Per quanto potessero essere delicate e problematiche le implicazioni, per quanto potessero essere eterogenei i “saperi” da mettere in campo, allo sforzo di regolamentare l’asportazione coattiva di materiale biologico a fini penali il nostro ordinamento non avrebbe dovuto sottrarsi così a lungo, confidando, di fatto, nella disponibilità dell’interessato

to a sottoporvisi o, più verosimilmente, nell’abilità degli inquirenti nel raccogliere frammenti di materiale genetico destinati alla comparazione.

Dunque, non può che essere accolta con soddisfazione la circostanza che, nel deliberare l’adesione a un Trattato che proprio nello scambio di informazioni genetiche ha uno dei suoi profili più caratterizzanti, finalmente si sia rimediato a quella carenza normativa, approvando un provvedimento convincente quanto a solidità dell’impianto e accettabile - benché non esente da qualche imperfezione - quanto a osservanza delle garanzie costituzionali.

**La discontinuità con gli interventi del passato** - A percorrere come un filo rosso la legge 85/2009 è, anzitutto, una sostanziale discontinuità rispetto alla frettolosa “incursione” sul terreno delle indagini genetiche realizzata dalla legge “antiterrorismo” 31 luglio 2005 n. 155, che ha lasciato, peraltro, in larga parte inalterato il vuoto normativo aperto dalla pronuncia costituzionale del 1996.

Su un piano generale, sono segnali incoraggianti di questo “cambiamento di marcia” sia l’opportuna previsione di una “norma-glossario” - l’articolo 6 - che definisce i principali termini tecnico-scientifici di cui il provvedimento è disseminato, sia



## Diritti fondamentali

### COSTITUZIONE, ARTICOLO 13

#### LA LIBERTÀ PERSONALE È INVIOLABILE

Non è ammessa forma alcuna di detenzione di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

l'istituzione - questa indispensabile - della banca dati nazionale del Dna, pretermessa, con una buona dose di miopia, dalla precedente riforma.

Ma è proprio sul fronte specifico dell'asportazione forzata che si rinviene la norma-simbolo della volontà di prendere le distanze da un "cattivo maestro" quale il legislatore del 2005: l'articolo 27 del provvedimento ne sopprime *in toto*, infatti, uno degli innesti più maldestri, il secondo periodo del comma 3 dell'articolo 354 del codice di procedura penale, norma tanto evasiva in ordine ad aspetti cruciali nella dinamica delle analisi genetiche - come la repertazione, la conservazione, l'estrazione dei profili del Dna - quanto affetta da imperdonabili corrività.

Fra le altre, spiccavano un'improvvida collocazione topografica che correlava il prelievo all'indifferibilità dell'atto per il rischio di deperibilità o modificabilità della *res*, così inconciliabile con il suo oggetto - giacché il patrimonio genetico resta inalterato e inalterabile nel corso della vita dell'individuo - da costringe-

re la dottrina ad "acrobazie esegetiche" nel tentativo di restituire alla previsione un contenuto plausibile (v. Galgani, Commento all'articolo 10 del decreto legge 27 luglio 2005 n. 144, in «Legislazione penale», 2005, 509); l'incongruenza sistematica di aver affidato il prelievo agli stessi organi di polizia ai quali, appena al comma precedente, si fa divieto di procedere alle ispezioni personali; il vistoso "deragliamento" dalle coordinate delineate dall'articolo 13, terzo comma, della Costituzione.

**La ripristinata centralità del giudice** - Se finora, molto opinabilmente, era solo la polizia giudiziaria a poter assumere l'iniziativa del prelievo, oggi l'inciso «fermo quanto disposto dall'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p.» le consente di procedervi solo a fini identificativi.

Quando l'apprensione viene effettuata ad altri scopi, l'attuale disciplina individua nell'organo giurisdizionale il baricentro del micro-sistema normativo dedicato al prelievo, ripristinando quegli equilibri delineati dall'ar-

ticolo 13 della Costituzione che le modifiche del 2005 - nel precludere sia al giudice che al Pm quanto consentivano alla polizia giudiziaria - avevano disinvoltamente sovvertito.

Il nuovo articolo 224-*bis* del codice di procedura penale rimedia a quella svista clamorosa, restituendo al giudice la possibilità di disporre il prelievo di capelli, peli o mucosa del cavo orale ove si renda necessario in funzione di una perizia. Là dove la perizia presupponga l'asportazione «ai fini della determinazione del profilo del Dna», la disciplina standard delineata dagli articoli 224 e seguenti del codice di procedura penale si arricchisce di una articolata sequenza specificamente dedicata alla fase del prelievo.

A introdurre il sub-procedimento è un'ordinanza motivata (che va notificata almeno tre giorni prima dell'esecuzione all'interessato, alla persona offesa, all'imputato, al suo difensore, la cui presenza viene prevista a pena di nullità e al quale avrebbe potuto essere espressamente conferito il potere di interloquire) dalla valenza informativa e giustificativa piuttosto pregnante: ai contenuti descritti dall'articolo 224 del Cpp si aggiungono, infatti, «l'indicazione specifica del prelievo (...) da effettuare», «del reato per cui si procede, con la descrizione sommaria del fatto», del «luogo, del giorno e dell'ora stabilita per il compimento dell'atto e delle modalità di compimento», nonché l'enunciazione delle «ragioni che lo rendono assolutamente indispensabile per la prova dei fatti».

La ripristinata centralità dell'organo giurisdizionale trova



poi conferma nell'attuale articolo 359-*bis* del codice di procedura penale, che si occupa dell'evenienza in cui l'esigenza di effettuare il prelievo coattivo di campioni biologici si manifesti nel corso delle indagini.

Rispetto alla disciplina previgente, che demandava la gestione del prelievo "investigativo" a una dialettica poco formalizzata fra Pg e Pm - della cui autorizzazione restavano imprecisati forma, contenuto e tempi di conferma per iscritto, ove in prima battuta fosse stata resa oralmente - l'articolo 359-*bis* del codice di procedura penale compie un deciso salto di qualità in chiave garantista.

Il regime ordinario, dalle evidenti similitudini con i meccanismi che governano la materia cautelare, identifica nel pubblico ministero l'organo che sollecita le operazioni di prelievo e nel Gip quello cui spetta autorizzarne lo svolgimento.

Nei casi di urgenza - che la norma associa al pericolo che «dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini», rescindendo opportunamente ogni legame fra il prelievo e l'urgenza "naturalistica" dell'articolo 354 del Cpp e attingendo invece all'articolo 267, comma 2, del codice di procedura penale in tema di intercettazioni - è lo stesso Pm a poter disporre il prelievo con proprio decreto motivato; il controllo giurisdizionale è affidato alla convalida del Gip, cui il decreto motivato deve pervenire entro quarantotto ore e che è tenuto a pronunciarsi «al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive», in linea - questa volta - con le prescrizioni dell'articolo 13, terzo

## La censura della Consulta

**Processo penale - Incidente probatorio - Operazioni peritali - Poteri del giudice - Sottoposizione dell'indagato o di terzi a perizia medico-legale - Prelievi ematici - Omessa previsione di limiti a garanzia della libertà personale dei periziandi - Violazione dell'articolo 13, secondo comma, della Costituzione - Illegittimità costituzionale parziale - Assorbimento di altra censura.**

È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'articolo 13, secondo comma, della Costituzione, l'articolo 224, comma 2, del Cpp, nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge (nella specie, esecuzione di prelievo ematico coattivo), in quanto - posto che il parametro evocato assoggetta ogni restrizione della libertà personale, tra cui espressamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, alla duplice garanzia della riserva di legge (essendo tali misure coercitive possibili «nei soli casi e modi previsti dalla legge») e della riserva di giurisdizione (richiedendosi l'«atto motivato dell'autorità giudiziaria»), approntando così una tutela della libertà personale che è centrale nel disegno costituzionale - la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere all'esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale. Invero, con riferimento alla medesima norma, le ragioni relative alla giustizia penale, consistenti nell'esigenza di acquisizione della prova del reato, pur costituendo un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità, rappresentano in realtà solo la finalità della misura restrittiva e non anche l'indicazione dei "casi" voluta dalla garanzia costituzionale.

■ Corte costituzionale, sentenza 9 luglio 1996 n. 238

comma, della Costituzione.

**Un'omissione importante** - Stupisce, tuttavia, che un legislatore rispettoso della riserva di giurisdizione quando si tratti di regolamentare prelievi a fini investigativi o probatori non abbia coerentemente rivisitato anche l'articolo 349, comma 2-*bis*, del codice di procedura penale, consentendo alla polizia giudiziaria di continuare a gestire l'apprensione forzosa rivolta a fini identificativi. Un'omissione non catalogabile come un innocuo difetto di coordinamento.

In realtà, infatti, lasciar sopravvivere una disposizione che è in contrasto con l'iter delineato dal-

l'articolo 13, terzo comma, della Costituzione - e, di riflesso, visibilmente "eccentrica" rispetto alle linee portanti della novella che a questo si ispirano - significa innescare nel sistema una "mina vagante", in grado di indebolire in modo rilevante, se non di vanificare, gli intenti garantisti che traspaiono dal nuovo articolo 359-*bis*, del codice di procedura penale.

Il prelievo a fini identificativi continua a essere attivabile dalla polizia giudiziaria in base a valutazioni rimesse alla sua discrezionalità - essendo funzionale a non meglio precisati «altri accertamenti» cui può procedersi «ove occorra» - previa autorizza-



## La banca dati del Dna

<b>Istituzione</b>	presso il casellario centrale d'identità del ministero dell'Interno
<b>Funzione</b>	raccoglie, organizza e conserva i profili genetici di soggetti a cui sono state prese le impronte, effettuati prelievi ematici e biologici
<b>Soggetti interessati</b>	cinque non sia in grado o si rifiuti di fornire le proprie generalità, fornisca false dichiarazioni sulla propria identità, nonché soggetti condannati in via definitiva a una pena non inferiore a tre anni

zione, anche orale, del solo Pm. Agli inquirenti basterebbe forzare quel «doppio generico passaggio» (Kostoris, «Prelievi biologici coattivi», in Orlandi-Kostoris (a cura di), «Contrasto al terrorismo interno e internazionale», Torino, 2006, 337) per poter compiere un prelievo di capelli o di saliva che resta completamente sottratto al controllo dell'organo giurisdizionale, prescindendo dal suo nullaosta preventivo, così come dalla sua «ratifica» in sede di convalida.

Dopo di che, una volta che il campione biologico sia stato acquisito, l'eventualità che il suo impiego procedimentale vada oltre quello consentito dall'articolo 349, comma 2-*bis*, del codice di procedura penale potrebbe essere tutt'altro che remota, mancando una norma che vieti espressamente l'utilizzabilità per scopi diversi da quello identificativo.

**L'inutilizzabilità delle operazioni** - D'altra parte, più in generale, il provvedimento approvato non sembra proprio avere nell'apparato sanzionatorio uno dei suoi punti di forza.

Il comma conclusivo del nuovo articolo 359-*bis* è un concentrato di ridondanze, assenze poco spiegabili e piccoli infortuni: se il «raddoppio» di sanzioni appare in sé discutibile (sono previ-

ste sia la nullità delle operazioni, sia l'inutilizzabilità delle informazioni acquisite, quando probabilmente quest'ultima sarebbe stata sufficiente), di certo non vi era alcun bisogno di ribadire, pleonasticamente, che «si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191». Sorprende, al contrario, trovare ricompresi, fra le norme dettate in tema di perizia che l'articolo 359-*bis* del codice di procedura penale richiama a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità degli esiti, i soli commi 2, 4 e 5 dell'articolo 224-*bis* del codice di procedura penale e non il suo comma 7, che prevede l'obbligatoria presenza del difensore dell'interessato alle operazioni di prelievo.

Lascia perplessi, infine, constatare come alla violazione di disposizioni identiche vengano associate conseguenze processuali diverse, a seconda che l'esigenza del prelievo si profili a fini di indagine o che ci si muova invece nell'ambito di una perizia. La carenza nel provvedimento che dispone il prelievo dei contenuti indicati dal comma 2 dell'articolo 224-*bis* del codice di procedura penale comporta, nel primo caso, la nullità delle operazioni e l'inutilizzabilità delle informazioni; nel secondo, la sola nullità.

La discrasia si fa più vistosa

guardando ai commi 4 e 5 dell'articolo 224-*bis* del codice di procedura penale: l'articolo 359-*bis* ne presidia l'osservanza con il combinato disposto di nullità e inutilizzabilità, mentre la norma «ospitante» si dimentica di sanzionarne *expressis verbis* la violazione.

E se per le operazioni funzionali alla perizia in contrasto con le indicazioni del comma 4 (ossia che violino di «espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità) l'inutilizzabilità parrebbe ricavabile comunque in via interpretativa, è meno scontato, vista la formulazione «in positivo» del comma 5, che possa essere associata a un'esecuzione del prelievo non rispettosa della dignità e del pudore o che non si sia attenuta al criterio della «minore invasività».

Qualche appunto invero sembra doversi muovere al provvedimento in esame anche sotto il profilo dell'osservanza della riserva di legge di cui all'articolo 13 della Costituzione, che la sentenza costituzionale n. 238 del 1996 ha declinato nell'obbligo di «determinare la tipologia delle misure esperibili» e di «precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate». ■