

LA PROVA DELL'ALTERAZIONE ALLA GUIDA: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E GERMANIA

Roberta Del Monaco

ABSTRACT

Il presente contributo è il frutto di un lavoro di confronto tra la disciplina italiana e quella tedesca in materia di accertamento processuale dei reati di guida in stato di ebbrezza ed alterazione da droghe. Il parallelo muove dall'esame della normativa straniera, alla quale l'autrice giustappone quella interna, ravvisando man mano analogie e differenze.

La diversa visione prospettica offre numerosi spunti di riflessione su temi spesso trascurati dal giurista italiano, due dei quali toccano punti nevralgici del processo penale: l'estensione accordata alla tutela del diritto contro le autoincriminazioni rispetto alle prove non dichiarative, da un lato; le regole di esclusione e valutazione della prova c.d. scientifica, dall'altro.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Cenni alla disciplina sostanziale penale e amministrativa. – 3. Sulla facoltà di rifiutare l'alcoltest: applicazione del «*nemo tenetur se ipsum prodere*». – 4. L'abbrivio delle indagini: acquisizione di un concreto sospetto. – 5. Analisi dell'alcool nell'aria espirata. – 6. Il prelievo di sangue. – 7. Prospettive interne.

1.

Premessa.

Dal confronto tra ordinamenti simili nascono talvolta spunti preziosi per il giurista. Distinguerlo lo sguardo dalle tematiche interne, infatti, aiuta a mutare prospettiva, induce a riflettere su temi mai esaminati, suggerisce soluzioni originali a questioni annose.

La materia che qui si affronta è certamente nota ai più con riguardo alla disciplina interna; meno conosciuta la normativa tedesca. Per tale ragione, pare necessario offrire anche una sintetica ricostruzione della disciplina sostanziale, utile all'inquadramento del tema processuale che preme trattare: l'accertamento probatorio degli illeciti penali (ed amministrativi) di guida in stato di ebbrezza ed alterazione da droghe.

Come avviene anche nell'ordinamento italiano, la raccolta di questi peculiari elementi di prova può far sorgere la necessità di procedere per la punizione di un illecito di carattere penale ovvero amministrativo. Il confine tra i due diversi procedimenti, tuttavia, non appare nel sistema tedesco tanto netto quanto nel nostro.

L'iniziale contestazione del fatto come illecito amministrativo, infatti, non esclude che l'esito del processo sia una condanna penale. Lo si ricava dal § 81 *Ordnungswidrigkeitengesetz*¹, a norma del quale il giudice che ravvisi i presupposti per l'imputazione di un reato (*Straftat*) può modificare la qualificazione giuridica del fatto². Il procedimento generato dall'opposizione alla sanzione amministrativa resterà di sua competenza (§ 67 *OWiG*).

Il *Betroffene* (interessato) cambia veste e diventa *Angeklagte* (imputato). Glielo comunica il pubblico ministero (*Staatsanwaltschaft*), ridotto a mero ambasciatore nei confronti del novello imputato circa le determinazioni del giudice³, ovvero direttamente quest'ultimo, d'ufficio.

A fronte di una così rilevante modifica della condizione processuale, l'udienza viene sospesa qualora l'imputato, opportunamente avvisato di tale facoltà, ne faccia richiesta per poter adattare la difesa alla diversa qualificazione, ovvero qualora il giudice lo reputi necessario. Quasi tutto il materiale probatorio sino a quel momento acquisito dall'autorità procedente resta utilizzabile ai fini decisori⁴.

Non stupisce, dunque, che le norme del codice di procedura penale si applichino anche alle attività conoscitive della pubblica amministrazione (§ 46 *OWiG*)⁵: se il rischio che le prove formate per contestare la sanzione amministrativa migrino nel processo penale è tanto concreto, bisogna disporre di elementi acquisiti nel rispetto delle regole contenute nel codice di rito.

La doverosa estensione delle garanzie proprie del processo penale anche all'accertamento di illeciti minori evoca l'art. 220 disp. att. c.p.p. Tuttavia, nel sistema italiano la possibilità che dall'accertamento amministrativo germogli il procedimento penale sembra dover fisiologicamente passare attraverso l'iscrizione della notizia di reato ed il conseguente esercizio dell'azione penale. Volendo immaginare il verificarsi, nel nostro ordinamento, di un improbabile errore nella qualificazione del fatto come illecito amministrativo piuttosto che come contravvenzione, pare ragionevole ritenere che il giudice trasmetta gli atti in procura.

Privo di giurisdizione in materia, il giudice di pace chiamato a pronunciarsi sull'opposizione alla sanzione amministrativa non ha infatti il potere di modificare la contestazione in illecito penale.

Sembra chiusa, invece, la strada inversa: il magistrato penale procedente per un fatto con-

¹ D'ora in poi *OWiG*. Si fa riferimento alla legge del 24 maggio 1968 (in *Bundgesetzblatt*, 1968, I, 481), come revisionato dall'ultima modifica in data 23 luglio 2013 (*ivi*, 2013, I, 2586).

² Il potere non si esaurisce nel primo grado, ma si estende all'appello, dove da un *Rechtsbeschwerdeverfahren* può originare un *Revisionsverfahren* (in questo senso, *Bundesgerichtshof*, 19 maggio 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 3162). Vale anche il contrario: ai sensi del § 82 *OWiG* il giudice che ravvisi nel fatto contestato l'integrazione di una *Ordnungswidrigkeit* procede di conseguenza.

³ La disposizione in commento costituisce un particolare caso di modifica della qualificazione giuridica del fatto ad opera del giudice; il passaggio da un processo all'altro appare consentito dallo stretto collegamento tra *Bußgeldverfahren* e *Strafprozess*, del quale si sta per dire. Non sembrano ravvisabili attriti con il principio *ne procedat iudex ex officio*, che non trova tutela costituzionale e può pertanto essere superato in presenza di una norma che lo consenta.

⁴ Così dispone il § 81 comma 3 *OWiG*, che fa salve le disposizioni contenute nei §§ 77a e 78 comma 1 *OWiG*. La prima riguarda l'acquisizione di prove "semplificate" e consente la lettura di dichiarazioni rese da un testimone in una fase precedente, come anche di quelle contenute in note di polizia, solo a patto che vi consentano difesa ed accusa. La seconda permette di dare mera indicazione del contenuto dei documenti, omettendone la lettura, salvo che quest'ultima non risulti decisiva per la decisione, ovvero, anche ricorrendo tale evenienza, quando le parti vi consentano.

⁵ Per una disamina approfondita degli accertamenti della pubblica amministrazione nel processo penale germanico si rimanda a R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, 49 s.

testato quale reato ha la facoltà di riqualificarlo come illecito amministrativo, pronunciando il proscioglimento dell'imputato, ma non gli compete un obbligo di trasmissione degli atti all'autorità competente⁶.

2.

Cenni alla disciplina sostanziale penale ed amministrativa.

L'alterazione da alcolici e stupefacenti alla guida è sanzionata da una serie di norme del codice penale tedesco e della *Straßenverkehrsgesetz*⁷, ossia il Codice della strada, d'ora in poi *StVG*.

Il § 316 *StGB* punisce con la reclusione fino ad un anno, ovvero con una pena pecuniaria⁸, il guidatore che conduca il veicolo sotto l'influsso di alcool o sostanze di altro genere che non gli consentano di guidare in sicurezza. L'applicazione della norma è residuale; entra in scena quando il fatto non integri uno dei più gravi reati di cui ai §§ 315a e 315c *StGB*. Le due fattispecie, identiche per condotta e pena, differiscono con riguardo al soggetto agente: nel primo caso, si sanziona il guidatore di veicolo su rotaia, funivia, nave o aeroplano; nell'altro, il conducente di qualsiasi altro strumento di locomozione circolante su strada. La condotta è la medesima rispetto al § 316 *StGB*, ma la minaccia per la pubblica sicurezza aumenta: ricorre qualora l'agente metta in pericolo la vita o l'incolumità di persone o cose di particolare valore. Identica anche la sanzione: in alternativa alla pena pecuniaria, si prevede la reclusione fino a cinque anni.

Tutte e tre le fattispecie descritte integrano reati di pericolo concreto, diversamente da quanto previsto dal nostro codice della strada⁹. Duplice, quindi, l'accertamento che il giudice sarà chiamato a svolgere: da un lato, appurare lo stato di ebbrezza o intossicazione del soggetto; dall'altro, verificare l'effettiva incapacità di condurre il mezzo in maniera sicura.

Manca un'indicazione normativa di valori minimi di concentrazione alcolemica o di droghe nel sangue, forse giudicata superflua nell'ambito di una fattispecie di pericolo concreto. La lacuna è stata tuttavia colmata dalla giurisprudenza. Sulla scorta delle conoscenze medico-legali – per cui oltre una determinata concentrazione di alcool nel sangue, nessun essere umano potrebbe guidare in sicurezza, mentre, al di sotto di tali soglie, le capacità variano in ragione di fattori individuali¹⁰ – si è stabilito che, ogniqualvolta sia accertata una concentrazione pari o superiore ad 1,1 g/l di alcool nel sangue, si presumerà in capo al guidatore una *absolute Fahrunsicherheit*, ossia un'assoluta incapacità di guidare¹¹. Contrapposta alla *relative Fahrunsicherheit*, la presunzione in discorso non integra, come lascerebbe erroneamente suggerire una traduzione letterale, una prova incontrovertibile o "legale", ma va più correttamente inqua-

⁶ La trasmissione degli atti all'autorità amministrativa non è prevista dalle disposizioni transitorie della l. 29 luglio 2010 n. 120 (sul punto, *Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 41564*, con nota di G. ROMEO, *Nessun obbligo di trasmissione degli atti all'Autorità amministrativa per i fatti depenalizzati di guida in stato di ebbrezza*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2010).

⁷ Ci si riferisce alla versione del codice penale tedesco modificata da ultimo dalla legge del 22 dicembre 2011 (in *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 3044).

⁸ Nel sistema tedesco, la commisurazione della pena pecuniaria è del tutto peculiare. Il § 40 *StGB* prevede un «sistema a tassi giornalieri» (*Tagessatzsystem*) nel quale, oltre alla gravità del fatto ed all'intensità della colpevolezza dell'imputato, rilevano le capacità finanziarie del condannato. Per approfondimenti sul punto, si veda K. KÜHL-M. HEGER, sub § 40, in *Strafgesetzbuch*, Beck, München, 2014; in italiano, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, 489 s.

⁹ Sull'inquadramento degli illeciti di cui agli artt. 186 e 187 c.d.s. quali reati di pericolo astratto, *ex multis*, D. POTETTI, *La l. n. 120 del 2010 e il nuovo comma 1 dell'art. 187 c. strad.: vecchie e nuove questioni*, in *Cass. pen.*, 2011, 2705; R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 981; M. ZINCANI, *I reati in materia di circolazione stradale*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Utet, Torino, 2006, 835.

¹⁰ Cfr. P. KÖNIG, sub § 316 *StGB*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, a cura di L. EBERMAYER e H. JAGUSCH, De Gruyter, 2008, 503; H.J. KUNERT-F. LÖHRER, *Neuropsychologische Aspekte bei der Berteilung der Fahrnehmung*, in *Blutalkohol*, 2005, 343; più in generale, H. JANISZEWSKI, *Verkehrsstrafrecht*, Beck, München, 2004, 153 s.

¹¹ Ci si riferisce a *Bundesgerichtshof*, 28.6.1990, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 37 (1990), 89 s.

Con questo importante arresto, la Corte di cassazione tedesca ha modificato il proprio precedente indirizzo, nel quale poneva il limite di concentrazione di alcool nel sangue idoneo ad integrare una incapacità assoluta alla guida in 1,3 g/l (*Bundesgerichtshof*, 9 dicembre 1966, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 21 (1966), 157). Il valore attualmente utilizzato si riferisce alla guida di veicoli a motore quali automobili e motocicli; per altri mezzi di locomozione valgono diversi limiti di soglia. Ad esempio, per il ciclista il valore, in precedenza pari o superiore a 1,7 g/l (*Bundesgerichtshof*, 17 luglio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 2650), è sceso a 1,6 g/l (cfr. *ex multis*, *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 28 luglio 1997, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1997, 486 s.; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 10 marzo 1993, in *Blutalkohol*, 1993, 254).

drata come *presumptio iuris tantum*. La prova contraria è ammessa, ma decisamente ardua¹².

Non si riscontra analogia inversione dell'onere probatorio quando il conducente sia colto nell'atto di guidare con una concentrazione di alcool nel sangue tra 0,3 g/l e 1,1 g/l¹³. In questi casi occorre la prova della pericolosità della guida per la sicurezza stradale. Indizi in tal senso, «necessari ed irrinunciabili»¹⁴, sono quelli che rivelano la perdita di lucidità e la lentezza nei riflessi, come l'aver il conducente proceduto con improvvisi scarti laterali sulla carreggiata¹⁵ o con una guida zigzagante¹⁶.

Allorché il tasso alcolemico riscontrato non integri il presupposto per la *absolute Fahrumsicherheit* e gli indizi adottati appaiano insufficienti ad inquadrare il fatto nell'alveo della fattispecie penale, residua la sanzione amministrativa.

Il § 24a StVG¹⁷ punisce con una multa chi guidi un veicolo con una concentrazione uguale o superiore a 0,5 g/l di alcool nel sangue ovvero 0,25 ml/l di alcool nell'aria espirata¹⁸. La disposizione, al pari dell'art. 186 c.d.s., sottintende un pericolo astratto¹⁹. Resta fuori, dunque, la fascia tra 0,3 g/l a 0,5 g/l di alcool nel sangue, destinata a rimanere irrilevante qualora al dato tecnico della misurazione non si accompagnino elementi comprovanti la concreta minaccia alla circolazione stradale.

Chiude il quadro la disciplina della guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti o psicotrope, punita dalle medesime fattispecie penali sopra indicate. Per lo più inapplicabile la dicotomia tra *absolute e relative Fahrumsicherheit* in ragione del diverso grado di attendibilità delle conoscenze scientifiche in materia²⁰, servono sempre riscontri concreti su cui fondare un giudizio di pericolosità. Valgono allo scopo elementi sintomatici riferiti dagli agenti²¹.

In caso difettino, residua ancora una volta la sanzione amministrativa (§ 24a comma 2 StVG) che punisce, senz'altro aggiungere, colui che si ponga alla guida sotto l'effetto di droghe²². In questo caso la prova richiesta è meno stringente: non la pericolosità concreta del guidatore intossicato, ma la pregressa assunzione di droghe, sotto l'influsso delle quali egli ancora si trovi al momento della guida.

L'assenza di indicazioni sulle concentrazioni minime nella fattispecie amministrativa ha

¹² In questo senso, K. GEPPERT, *Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) und Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)*, in *Jura*, 2001, 561; H. JANKER, *Der langsame Abschied von der Blutprobe - Aktuelle Fragen zum Führen von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss nach § 24a Abs. 1 StVG sowie § 316 StGB*, in *Deutsches Autorecht*, 2002, 49.

¹³ Secondo l'orientamento prevalente, al di sotto del valore minimo di 0,3 g/l vale l'inverso: il conducente non può costituire un pericolo nell'ambito della circolazione stradale (*Landsgericht Hamburg*, 10 settembre 2003, in *Deutsches Autorecht*, 2003, 575; *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 4 febbraio 1999, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 1999, 356); la presunzione vale, comunque, sino a prova contraria (*Oberlandesgericht Hamm*, 23 settembre 2003, in *Blutalkohol*, 2004, 357; *Oberlandesgericht Koblenz*, 10 febbraio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 371). Opinioni critiche nella letteratura rilevano, però, come il valore minimo non sia idoneo ad assicurare la sicurezza alla guida (P. HENTSCHEL, sub § 316 StGB, in *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2013, 1756; H. JANKER, *Relative Fahrumsicherheit bei einer Blutalkoholkonzentration von weniger als 0,3‰?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 197).

¹⁴ Così *Bayrisches Oberstes Landesgericht*, 24 maggio 1989, in *Deutsches Autorecht*, 1989, 427 s. Nello stesso senso, *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 12 novembre 1990, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 80 (1991), 347; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1993, 276.

¹⁵ *Bundesgerichtshof*, 21 febbraio 1974, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 47 (1974), 20.

¹⁶ *Oberlandesgericht Hamm*, 25 febbraio 1975, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 49 (1975), 270.

¹⁷ All'illecito amministrativo "generale" se ne affianca uno "speciale" per i neopatentati e gli infraventunenni. Il § 24c StVG, introdotto il 19 luglio 2007 (in *Bundesgesetzblatt* 25 luglio 2007, I, 1460 s.), non indica limiti di concentrazione minima: anche una infinitesimale quantità di alcool nell'organismo innesca la sanzione. Il suo *alter-ego* italiano è l'art. 186-bis c.d.s.

¹⁸ Si noti come il legislatore tedesco ha avuto cura di menzionare entrambi i valori, indicativi della quantità di alcool nel fiato e nel sangue. La scelta muove dalle perplessità espresse dalla tossicologia nel procedere ad una conversione del dato ottenuto misurando l'alcool nell'aria espirata (detto AAK, ossia *Atemalkoholkonzentration*, o in inglese BrAC, *Breath Alcohol Concentration*) in una percentuale di alcool nel sangue (detta BAK, da *Blutalkoholkonzentration*; in inglese BAC, che sta per *Blood Alcohol Concentration*). La correttezza della trasformazione è legata ad una molteplicità di fattori che afferiscono alla persona ed ostacolano l'individuazione di un fattore standardizzato affidabile.

¹⁹ Cfr. H. JANKER, *Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht in 50 Jahren Deutscher Verkehrsgerichtstag*, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 7.

²⁰ In tal senso, *ex multis*, B. BIALAS, *Die Rechtsprechung zur Feststellung der Fahrumsicherheit infolge des Konsum von Drogen*, in *Blutalkohol*, 1997, 129 s.; S. HARBORT, *Rauschmittelnahme und Fahrumsicherheit*, Boorberg, Stuttgart, 1996, 80 s.; G. KAUERT, *Toxikologisch-medizinische Aspekte des Medikamenteneinflusses auf die Fahrumsicherheit*, in *Deutsches Autorecht*, 1996, 451; H. SCHÖCH, *Medikamente im Straßenverkehr*, *ivi*, 1996, 455 s.

²¹ Costituiscono indizi dell'insicurezza alla guida l'euforia mostrata dal conducente (indice di assunzione di sostanze quali cannabis, eroina, cocaina, morfina), l'incapacità di mantenere la concentrazione, le difficoltà di percezione (cannabis, eroina, morfina), la percezione di allucinazioni (cocaina, cannabis), il rallentamento nelle reazioni (eroina, morfina), etc. Cfr. *Bayerisches Oberlandesgericht*, 20 gennaio 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, 252; *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 11 aprile 2002, in *Verkehrsrechtssammlung*, 102 (2002), 458; *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 3 maggio 2001, in *Deutsches Autorecht*, 2002, 135; *Bundesgerichtshof*, 25 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 419 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 novembre 1998, in *Entscheidungen des bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 44 (1965), 219 s.

²² Si fa riferimento alla tabella degli stupefacenti, modificata da ultimo con decreto del 6 giugno 2007 (in *Bundesgesetzblatt*, 14 giugno 2007, n. 26, 1045), che contiene un'elencazione di droghe tra cui cannabis, eroina, morfina, cocaina, anfetamine (MDA, MDE, MDMA) e metanfetamine.

suscitato dubbi di legittimità costituzionale della disposizione, in Germania come in Italia²³. Medesima la soluzione adottata dalle Corti: la differenza di trattamento conseguente all'assenza di un limite-soglia di sostanze stupefacenti nel sangue rientra nell'alveo della discrezionalità del legislatore né può dirsi irragionevole, considerate le attuali conoscenze scientifiche in materia²⁴. Spetta al giudice, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, il ruolo di mediatore tra norma e scienza, non essendogli comunque vietato di colmare la lacuna legislativa con le informazioni apportate dalla tossicologia forense.

È quanto accaduto in seguito alla pubblicazione dei risultati raggiunti da una commissione di esperti²⁵, che ha individuato per ciascuna sostanza drogante un valore minimo al di sotto del quale si esclude l'influsso sulle capacità fisiologiche dell'individuo. Si riscontrano infatti applicazioni di tali soglie, con riferimento alla fattispecie amministrativa²⁶. Resta comunque ferma la necessità di provare con elementi concreti l'attualità dell'alterazione e, per la fattispecie penale, l'effettiva pericolosità alla guida²⁷.

3. Sulla facoltà di rifiutare l'alcoltest: applicazione del «*nemo tenetur se ipsum prodere*».

L'ordinamento germanico, a differenza del nostro, non prevede alcuna sanzione per il rifiuto di sottoporsi alla prova dell'etilometro: il guidatore è tutelato dal principio per cui nessuno può essere obbligato ad autoaccusarsi. Ciò trova ragione nella peculiare ampiezza accordata alla garanzia contro le autoincriminazioni²⁸, la quale copre anche le prove non dichiarative (purché richiedano una collaborazione fattiva dell'interessato²⁹), nonché quelle assunte nel

²³ Corte cost., ord. 12 luglio 2001, n. 306, in *Giur. cost.*, 2001, 2478 s., nonché Corte cost., ord. 27 luglio 2004, n. 277, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, s.m., 79. s., con nota di G. MANCA, *La precisa formulazione dell'art. 187 del codice della strada*. Brevemente, la questione sollevata dal giudice *a quo* poneva il quesito della compatibilità tra l'art. 187 c.d.s. e gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 2, Cost., nella parte in cui la fattispecie penale non prevede alcun limite oltre il quale il soggetto possa essere considerato in stato di alterazione fisica e psichica. La Consulta ha in entrambe le pronunce citate respinto le censure mosse alla norma: l'assenza di indicazione circa valori di soglia analoghi a quanto previsto per l'ebbrezza alcolica trova ragione nelle differenti conoscenze scientifiche. La fattispecie può comunque dirsi sufficientemente determinata, in quanto alla formazione della prova del reato concorrono due fattori, lo stato di alterazione (accertabile dagli operatori di polizia mediante la constatazione di indizi sintomatici) e la presenza di tracce di sostanze stupefacenti nei liquidi fisiologici del conducente (verificabile mediante analisi di laboratorio).

²⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 21 dicembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 349 s. e, prima ancora, *Bundesverfassungsgericht*, 20 giugno 2002, *ivi*, 2002, 2378 s. Aspre note di dissenso in V. STIEBIG, *Commento a BVerfG 21 dicembre 2004*, in *Juristische Rundschau*, 2005, 335 s.; K.R. MAATZ, *Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum*, in *Blutalkohol*, 2006, 460.

²⁵ Si tratta della *Grenzwertkommission* (Commissione per l'individuazione di valori-soglia), incaricata dal Ministero dei trasporti, delle infrastrutture e dello sviluppo cittadino, nell'ambito di un progetto di modifica del § 24a comma 2 *StVG*, di individuare concentrazioni di droghe nel sangue analoghe a quelle previste per l'ebbrezza (*Bundesrat Drucksache*, 2007, n. 124/07). I risultati della ricerca scientifica sono pubblicati in *Blutalkohol*, 2007, 311 s.

²⁶ La concentrazione di THC (principio attivo della cannabis) ritenuta sufficiente ad integrare la fattispecie di cui al § 24a comma 2 *StVG* è di 1,0 ng/ml di sostanza nel sangue (*Oberlandesgericht Bremen*, 18 giugno 2014, in *NVwZ-Rechtsprechungs-Report*, 2014, 257 s.; *Oberverwaltungsgericht Münster*, 21 marzo 2013, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, 2841; nonché F. KOEHL, *Cannabisconsum und Fahreignung*, in *Deutsches Autoreacht*, 2012, 186 s.). Per le altre sostanze stupefacenti non è data applicazione giurisprudenziale delle concentrazioni individuate dalla *Grenzwertkommission*.

²⁷ Cfr. per tutte *Bundesgerichtshof*, 21 dicembre 2011, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, 324. Nella giurisprudenza di merito si riscontra un isolato precedente secondo cui, a fronte di una concentrazione di THC (principio attivo della cannabis) pari a 20 ng/ml, sarebbe configurabile un'*absolute Fahrunsicherheit* (*Amtsgericht Berlin-Tiergarten*, 6 aprile 2011, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2012, 398 s.). Analogo procedimento, invece, non sarebbe attuabile con riguardo all'assunzione di altre sostanze, quali la cocaina (*Landsgericht Berlin*, 10 aprile 2012, *ivi*, 2012, 397).

²⁸ Il principio trova fondamento costituzionale nei diritti fondamentali di rispetto della dignità umana (art. 1 comma 1 *Grundgesetz*) e del libero sviluppo della personalità (art. 2 comma 1 *Grundgesetz*) e coinvolge in generale i rapporti tra cittadino e Stato. Le sue radici storiche sono tuttavia più antiche della Carta costituzionale (cfr. W. NIESE, *Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßbandlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 63 (1951), 219; W. REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1987, 145 s.; M. NOTHHELFER, *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang*, Decker, Heidelberg, 1989, 3 s.; R. SCHLAURI, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich, 2003, 39 s.; 49 s.). In giurisprudenza è riconosciuto come uno dei pilastri dell'ordinamento; cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 7 luglio 1995, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, 555; *Bundesgerichtshof*, 27 febbraio 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 1463.

²⁹ In questo senso, nonostante non vi sia riconoscimento espresso a livello normativo al pari di quello previsto dai §§ 136 e 163 *StPO*, la dottrina d'oltralpe si è espressa a larga maggioranza; cfr. N. BOSCH, *Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1997, 277 s.; K. PETERS, *Strafprozeß*, Müller Juristische Verlag, Heidelberg, 1985, 325; K. ROGALL, *Der Beschuldigte als beweismittel gegen sich selbst*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1977, 54.

procedimento amministrativo e capaci di entrare nel processo penale³⁰.

Esempio da manuale di mezzo di prova che necessita del contributo del sospettato (o non ancora tale) è proprio quello dell'analisi di alcool o droghe nell'organismo³¹: soffiare nell'etilometro o fornire le proprie urine per gli *screening* tossicologici sono atti non dovuti né coercibili³². Tuttavia, la facoltà di non cooperare costituisce un evidente ostacolo all'accertamento dell'illecito, giacché in mancanza di elementi di sospetto concreti e circostanziati non è consentito procedere con l'assunzione di una prova ematica, questa, sì, coercibile.

Il rischio che il soggetto resti impunito rifiutando l'*alcoltest* o gli *screening* antidroga ha suscitato un ampio dibattito nella letteratura degli anni Ottanta e Novanta³³. Taluni proposero di superare il problema limitando il diritto del guidatore di sottrarsi all'accertamento ed introducendo una sanzione amministrativa a presidio del generale obbligo di collaborazione, ciò che avrebbe agevolato l'attività di polizia e consentito un controllo capillare della sicurezza stradale³⁴. Altri si opposero a questo pensiero, denunciando che il prezzo da pagare per il *vulnus* arrecato al diritto a non autoincolparsi sarebbe stato l'illegittimità della sanzione e la conseguente inutilizzabilità della prova³⁵. Altri ancora obiettarono che l'introduzione di un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) in tal senso si sarebbe risolta in un premio per gli astuti e gli abienti, che avrebbero di buon grado accettato la sanzione pecuniaria per sfuggire a quella penale³⁶.

Sull'onda della polemica, si inserì il tentativo di colmare il preteso vuoto normativo da parte del *Bundesrat* (Consiglio federale), con la risoluzione del 21 aprile 1989, che suggeriva l'introduzione dell'obbligo di cooperare agli accertamenti preventivi della polizia anche in assenza di elementi di sospetto³⁷. Al medesimo scopo miravano la proposta di legge della *SPD*³⁸ e gli appelli rivolti al legislatore³⁹.

In attesa di una presa di posizione di quest'ultimo, si affermò una prassi di polizia che soleva ottenere la collaborazione "volontaria" dei conducenti sottoposti a controlli, non informandoli del proprio diritto. In mancanza di uno specifico obbligo di avvertimento sulla facoltà di rifiutare l'esame, la prova così ottenuta non sembrava viziata dalla sanzione dell'inutilizzabilità⁴⁰.

Contrariamente a quanto auspicato da alcuni, il legislatore non diede mai seguito alle proposte di introdurre un'*Ordnungswidrigkeit* quale penalità per il conducente ritroso, ma si risolse nel senso opposto: eliminare l'aporia del sistema, introducendo l'obbligo di avvisare il soggetto della facoltà di non prestarsi all'accertamento. La legislazione sul punto è tuttavia frammentaria e non perfettamente coincidente in tutta la Germania, dal momento che il "diritto di polizia" non appartiene alla competenza del legislatore federale, ma a quella dei singoli Länder (art. 70 s. *Grundgesetz*). Molti di questi sono intervenuti con regolamenti amministra-

³⁰ Già si è già detto del labile confine che separa procedimento amministrativo e penale e di come questo comporti che nel primo si applichino alcune delle regole della *StPO*. Coerentemente con tale aspetto, la gran parte degli studiosi sostiene da tempo che il baluardo contro le autoaccuse varrebbe anche nella fase dell'accertamento amministrativo (cfr. N. BOSCH, *op. loc. cit.*; M. NOTHHELFER, *op. cit.*, 77 s.; K. ROGALL, *op. cit.*, 145 s.; R. SCHLAURI, *op. cit.*, 78 s.; R. TORCKA, *Nachverhalten und Nemo tenetur*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2000, 128; H.A. WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1997, 92 s.).

³¹ Si veda C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009, 245.

³² In questo senso, O.K.E. KRAFT, *Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung*, Kovač, Hamburg, 2002, 177 s.; W.D. BRODAG, *Strafverfahrensrecht für Schulung und Praxis*, Booberg, Stuttgart, 2008, 117; H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, in H. BUSCHBELL, *Müncher Anwalts Handbuch - Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2009, in *beck-online.beck.de*, num. a margine 29.

³³ Per una più completa ricostruzione della *querelle*, si rinvia a T. VERREL, *Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, 417 s.

³⁴ In questo senso, W. KULLIG, *Kontrollbefugnisse der Polizei im Straßenverkehr. Sind pauschale Kontrollen zulässig?*, in *Blutalkohol*, 1988, 371; U. HEIFER-F. PLUISCH, *Herabsetzung der Pommille-Grenze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, 425.

³⁵ K. GEPPERT, *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, in *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlin, New York, 1992, 660; ID., *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschlüssen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages*, in *Blutalkohol*, 1992, 289 s. Secondo l'autore, l'unica via costituzionalmente consentita sarebbe stata quella di utilizzare dei sensori passivi atti a captare la presenza di alcool nel respiro, strumenti che avvicinati al naso o alla bocca del soggetto, avrebbero potuto agevolare la ricerca di indizi di reato necessari a supportare la richiesta di autorizzazione al prelievo ematico (§ 81a *StPO*).

³⁶ H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, in *Blutalkohol*, 1997, 171.

³⁷ In *Bundesrat Drucksache* 70/89, 3.

³⁸ In *Bundestages Drucksache* 12/985, 3 s.

³⁹ Come quello che conclude l'elaborato del *Arbeitsgruppe des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages im Januar 1992*, in *30. Deutschen Verkehrsgerichtstag*, 1992, 14.

⁴⁰ Di questa opinione, L. SENGE, sub § 81a *StPO*, in *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Beck, München, 2008, 385.

tivi ministeriali (*Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums*) dagli analoghi contenuti, tra cui la previsione di un dovere di informazione⁴¹.

L'avviso precede il *test* spirometrico, come anche gli *screening* antidroga su fluidi corporei quali l'urina; non sembra invece dovuto prima del compimento dei controlli rapidi e non probanti dal funzionamento analogo a quello dell'etilometro. A corredo dell'avvertimento si accompagna la generale previsione di chiarire all'interessato il funzionamento e lo scopo dell'esame, nonché le possibili conseguenze di carattere penale ed amministrativo cui si espone collaborando.

Ulteriore informazione, secondo alcuni capace di viziare *in nuce* la libera autodeterminazione dell'individuo⁴², consiste nel renderlo edotto che, in caso di rifiuto, egli potrà essere comunque sottoposto ad un prelievo ematico.

Sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di avvertimento si registra un contrasto. Secondo alcuni precedenti, la prova così formata sarebbe inutilizzabile⁴³. Ma l'assunto è parso errato ed apodittico; manca, in effetti, l'indicazione della fonte da cui si ricaverebbe la sanzione processuale. In sede di critica, si è evidenziata l'infruttuosità cui conduce la ricerca di un fondamento giuridico all'inutilizzabilità ravvisata dai giudici: esso non sarebbe rinvenibile nell'obbligo imposto dai regolamenti interministeriali (che non costituiscono legge federale e, dunque, non importano alcun obbligo di avvertimento sanzionabile), né in altre disposizioni del codice di procedura penale⁴⁴. L'omesso avvertimento, si conclude, non inficerebbe l'esito della prova.

4.

L'abbrivio delle indagini: acquisizione di un concreto sospetto.

L'indagine preliminare (*Ermittlungsverfahren*) può essere originata da un routinario controllo "a campione" nell'ambito della circolazione stradale, effettuato sulla scorta del § 36 comma 5 *StVO*, norma che consente alla polizia di esaminare chiunque circoli nel traffico stradale, anche in assenza di preventivi sospetti⁴⁵. In questo preludio all'indagine in cui le garanzie della *StPO* non sono ancora attive, la giurisprudenza ritiene che all'interessato non spetti alcun avviso circa il proprio diritto di tacere⁴⁶: pienamente utilizzabili, dunque, le dichiarazioni rese dal conducente che, in risposta a "domande informative" (*informativische Befragung*), ammetta di aver assunto sostanze alcoliche o stupefacenti prima di porsi alla guida del veicolo⁴⁷.

⁴¹ Per il Baden-Württemberg, si veda il regolamento del 29 luglio 1998 (in *Gemeinsames Amtsblatt*, 1998, n. 12, 471), come modificato, da ultimo, in data 17 aprile 2014 (in *Die Justiz*, 2014, 125); lo Schleswig-Holstein si è munito del regolamento 3 novembre 1999 (in *Amtsblatt Schleswig-Holstein*, 1999, n. 41, 636), revisionato in data 15 aprile 2014 (in *Amtsblatt für Schleswig-Holstein*, 2014, 360); nella Renania-Palatinato osserviamo il provvedimento del 13 ottobre 1999, sostituito in data 12 dicembre 2009 (in *Juristische Blätter*, 2009, 150); nella Bassa Sassonia vige ancora quello del 18 ottobre 1999 (in *Niedersächsisches Ministerialblatt*, 1999, n. 38, 755); nel Mecklenburg Vorpommern troviamo quello del 31 agosto 2000 (in *Amtsblatt*, 2000, 1338); nella Renania settentrionale-Vestfalia il regolamento del 15 agosto 2000 (in *Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen*, 2000, 934); nell'Assia quello del 10 gennaio 2000 (in *Staatsanzeiger*, 2000, 455), modificato il 1 gennaio 2012 (in *Staatsanzeiger*, 2012, 1478); per la Sassonia-Anhalt il regolamento del 10 agosto 2000 (in *Sächsisches Amtsblatt*, 2000, n. 32, 645), sostituito il 12 maggio 2005 (in *Ministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt*, 2005, 273); nel Land di Turingen vige il regolamento del 19 settembre 2000 (in *Thüringer Staatsanzeiger*, 2000, 1959).

⁴² W. REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, cit., 174 e 176; H.U. PAEFFGEN, *Vorüberlegung zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Heymann, Köln, 1986, 70; T. VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, Beck, München, 2001, 77.

⁴³ *Landsgericht Freiburg*, 21 settembre 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2009, 614; *Amtsgericht Frankfurt am Main*, 18 gennaio 2010, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, 266; *Amtsgericht Michelstadt*, 22 novembre 2011, *ivi*, 2012, 97. Secondo *Amtsgericht Freiburg*, 23 ottobre 2009, reperibile su www.juris.de, sarebbe inservibile financo la prova ematica il cui provvedimento autorizzativo si fondi sull'esito positivo di un *Vortest* non preceduto dall'avvertimento della libertà di non collaborare.

⁴⁴ In tal senso, J. CIERNIAK-G. HERB, *Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2012, 411-412; P. KÖNIG, sub § 24a *StVG*, in P. HENTSCHEL-P. KÖNIG - P. DAUER, *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2013, 319.

⁴⁵ Sul punto, in giurisprudenza, *Kammergericht*, 5 giugno 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, 422; *Bayerischer Verfassungsgerichtshof*, 7 febbraio 2006, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, 1284; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 5 giugno 1996, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1996, 458 s.; in letteratura, S. LEGAT, *Rechtliche Grenzen polizeilicher Atemalkoholkontrollen*, in *Blutalkohol*, 1988, 374 s.; P. HENTSCHEL, sub § 36 *StVO*, in *Straßenverkehrsrecht*, cit., 795; M. HETTENBACH-V. KALUS-M. MÖLLER-A. UHLE, *Drogen und Straßenverkehr*, cit., 44; M. LUDOVISY, *Praxis des Straßenverkehrsrecht*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co., Rechlinghausen, 2001, 530.

⁴⁶ In questo senso *Oberlandesgericht Celle*, 23 luglio 2012, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 644 s. Per un commento alla sentenza, si veda E. TERNIG, *Allgemeine Verkehrskontrolle und konkreter Verdacht einer Ordnungswidrigkeit*, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 730 s.

⁴⁷ *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 16 agosto 2010, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2010, 589; *Oberlandesgericht Hamm*, 7 maggio 2009, in *Strafverdingen*, 2010, 5 s.; *Kammergericht*, 5 giugno 2009, cit., 422; *Bayerisches Oberstes Landgericht*, 21 giugno 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, 435 s.

L'indirizzo interpretativo sembrerebbe trovare riscontro in un precedente italiano, nel quale la Corte di cassazione ha giudicato utilizzabile la testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni rese da un soggetto che, avendo ammesso la recente assunzione di droghe, si era poi posto alla guida del suo veicolo. Il caso tedesco e quello interno, tuttavia, divergono. Nel primo le domande sono rivolte ad un conducente fermato nella circolazione stradale, nel secondo ad un soggetto che ancora non sta guidando. Secondo i giudici di legittimità, proprio tale circostanza impedisce di definire "indizianti" le parole di quest'ultimo, in quanto formulate in un momento in cui l'accusa della contravvenzione in discorso non si trova neppure allo stato embrionale. Inoltre, si è ritenuto che la testimonianza indiretta della polizia non fosse vietata dall'art. 62 c.p.p., «in quanto dette dichiarazioni [sono] captate al di fuori del procedimento»⁴⁸.

A diversa soluzione si dovrà tuttavia pervenire almeno quando le informazioni autoaccusatorie siano fornite dal guidatore fermato al volante, secondo quell'indirizzo giurisprudenziale che, attraverso l'interpretazione combinata degli artt. 350 comma 7, 62 e 63 comma 1 c.p.p., giudica assoluto e generale il divieto di utilizzabilità (pur limitato al dibattimento) delle dichiarazioni "spontanee" o "sollecitate" rese senza garanzie difensive alla polizia giudiziaria nell'immediatezza del fatto da chi non sia ancora indagato⁴⁹. Né pare a chi scrive che il difetto d'instaurazione di un procedimento penale possa neutralizzare l'azione dell'art. 63 c.p.p., la cui portata dev'essere estesa a maggior ragione ad una fase tanto delicata come quella in cui si acquisisce la notizia di reato.

È proprio dalle incaute ammissioni del guidatore, dunque, che può ottenersi quel "sospetto concreto" che giustifica, nell'ordinamento tedesco, l'invito a sottoporsi agli accertamenti aventi dignità di prova. Altri possibili elementi da cui prende avvio l'indagine sono la percezione dei c.d. indizi sintomatici (alito vinoso, andatura barcollante, eloquio sconnesso), eventualmente dedotti sottoponendo il soggetto a prove di equilibrio (camminare in linea retta, voltarsi, toccarsi il naso, etc.), ovvero l'esito positivo dei c.d. *Vortest*.

Sono, questi, accertamenti di carattere preliminare, privi di rilevanza probatoria: consistono nell'analisi dell'aria espirata⁵⁰ o nell'esame di liquidi biologici quali saliva, sudore, urine. Quanto al *Vortest* spirometrico, si è già detto come non sia preceduto dall'avvertimento della facoltà di non collaborare. Per gli *screening* tossicologici, invece, bisogna distinguere: mentre l'esame del sudore non pone problemi di compatibilità con il principio di libertà dalle autoincriminazioni⁵¹, poiché prelevabile anche attraverso meri rilievi, l'analisi delle urine e della saliva richiede un comportamento attivo del conducente cui si domanda di fornire un campione biologico⁵².

Sul punto, rileva il § 4 delle linee guida adottate con i regolamenti amministrativi sopra citati⁵³, che prevede l'avviso del diritto a non collaborare, nonché quello della possibilità di subire comunque un prelievo ematico; la disposizione, che menziona soltanto il *test* sull'urina, tralasciando quello sulla saliva, anticipa la garanzia dell'avvertimento del diritto di non collaborare ad una fase in cui potrebbe non essere ancora emerso un indizio rilevante, forse in ragione del fatto che l'esito della prova è ritenuto utilizzabile nel giudizio amministrativo, al pari dell'*Atemalkoholtest*.

⁴⁸ Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2009, n. 7270, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 608.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2004, n. 12174, in *Cass. pen.*, 2006, 3287. Per approfondimenti sul punto, si veda per tutti M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2002, 137 s.

⁵⁰ Solitamente per questi esami preliminari vengono utilizzati il Dräger Alcotest 7410 oppure l'AlcoQuant 6020 (F. HÄCKER, *Die forensische Verwertbarkeit der Atemalkoholanalyse im Straf- und Ordnungswidrigkeitenbereich*, Driesen, Taunusstein, 2009, 23). La strumentazione ha un diverso funzionamento rispetto a quella in uso alle forze dell'ordine italiane: mentre l'esito offerto da quest'ultime è una generica indicazione di assenza, presenza o dubbio circa la presenza di alcool (mediante la colorazione verde, rossa o gialla rilasciata dall'apparecchio), quella tedesca fornisce una misurazione analoga a quella rilasciata dall'etilometro. L'esito non risulta però attendibile sotto il profilo probatorio, non essendo questi *tester* sottoposti a periodici controlli e revisioni al pari dell'etilometro. Sul punto, *Oberlandesgericht Stuttgart*, 13 gennaio 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, 409; *Oberverwaltungsgericht Magdeburg (Sachsen-Anhalt)*, 12 agosto 2002, in *Blutalkohol*, 2003, 390 s.

⁵¹ H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, loc. cit.

⁵² In tal senso, H. JANKER, *Polizeiliche Maßnahmen bei Drogendelikten im Straßenverkehr*, in *Deutsches Autorecht*, 2003, 492. Per il prelievo di urine, nulla *questio* sulla necessaria collaborazione dell'interessato. Il prelievo di saliva, invece, sembra eseguibile in astratto anche in forma coattiva (§ 81a *StPO*). Tuttavia, da un lato occorrerebbero indizi di reato al fine di autorizzare una simile invasione della sfera privata del soggetto, dall'altro, l'esigenza di tutelare la salute dell'individuo - si pensi al rischio di causare lesioni al viso o alla bocca di chi opponga resistenza - impone di ottenere sempre il consenso del soggetto (S. HARBORT, *Rauschmitteleinnahme und Fahrersicherheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1996, 187).

⁵³ Cfr. *retro* nota 41.

Per l'accertamento dell'ebbrezza, l'avviso della facoltà di non prestarsi alla prova del respiro è parimenti dovuto ma, diversamente dagli *screening* tossicologici, all'esame si procede solo dopo aver acquisito il "concreto sospetto" che il guidatore stesse violando una norma penale o amministrativa. Sono, dunque, già attive le garanzie del procedimento penale.

Diversamente da quanto accade per le operazioni sin qui descritte, volte all'acquisizione di quell'indizio minimo affinché il conducente possa dirsi "indagato", infatti, i *test* tossicologici o del respiro rientrano già tra gli atti d'indagine coperti dalle garanzie della *StPO*.

Non è previsto alcun diritto di far presenziare il proprio difensore all'atto⁵⁴.

Una così rilevante difformità rispetto alla procedura applicata in Italia non sembra però riduttiva delle garanzie accordate all'indagato. Da un lato, l'accertamento etilometrico segue in Germania regole procedurali molto più dettagliate rispetto a quelle indicate nel regolamento del codice stradale italiano; dall'altro, la presenza del difensore ad atti delle indagini preliminari è istituito generalmente meno frequente nel diritto germanico, essendo assicurata soltanto con riferimento all'interrogatorio disposto dal giudice (§ 168c *StPO*) o condotto dal pubblico ministero (§ 163a comma 3 e § 168c comma 1 *StPO*)⁵⁵, nonché alle ispezioni del giudice (§ 168d *StPO*). Infine, come si vedrà a breve, l'esito della misurazione non sarà utilizzabile in sede penale.

5. Analisi dell'alcool nell'aria espirata.

L'unico apparecchio ritenuto abbastanza affidabile da poter produrre una misurazione dotata di credito probatorio nel processo amministrativo è il Dräger Alcotest 7110 Evidential Typ MK III⁵⁶. Prima della sua introduzione, infatti, l'esperienza scientifica aveva lasciato apprezzare l'estrema fallibilità ed imprecisione dei suoi predecessori. Il rilevamento spirometrico veniva dunque utilizzato in ambito forense come mero preludio all'esame del sangue⁵⁷.

L'*Alcotest* viene quasi sempre eseguito, anche qualora le misurazioni indicate dai *Vortest* indichino concentrazioni vertiginose di alcool nel respiro che giustificherebbero di per sé sole l'autorizzazione a sottoporre il soggetto al prelievo di sangue⁵⁸. L'esito di questi strumenti è infatti spesso inattendibile ed occorrono elementi certi prima di procedere con un atto tanto invasivo della sfera corporale.

In ogni caso, però, a fronte di un esito positivo dell'esame etilometrico, il prelievo ematico si rivelerà ineludibile in ambito penale. La giurisprudenza, infatti, è pacifica nell'affermare che l'*Atemalkoholtest*, per quanto affidabile nel procedimento volto all'irrogazione della sanzione di cui al § 24a *StVG*⁵⁹, non possa fondare una condanna in sede penale⁶⁰.

⁵⁴ Ciò diversamente da quanto accade in Italia, ove la giurisprudenza ha ritenuto di ricondurre l'esame etilometrico nell'alveo dell'art. 354 c.p.p., con la naturale conseguenza di accordare all'indagato sottoposto all'esame la garanzia posta a corredo della citata norma procedimentale e disciplinata dall'art. 114 disp. att. c.p.p. Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. IV, 21 marzo 2014, n. 17810, www.iusexplorer.it; Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 1208, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27736, in *C.E.D. Cass. Rv.* 236933; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 10135, in *C.E.D. Cass. Rv.* 233717.

⁵⁵ La facoltà viene estesa, in via interpretativa attraverso il combinato disposto tra i §§ 163a comma 4 e 135 comma 1 *StPO*, anche all'interrogatorio svolto dalla polizia giudiziaria. Per tutti, S. WERNER, *Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main, 2008, 139 s.

⁵⁶ D'ora innanzi Dräger Alcotest 7110. Si tratta dello strumento di misurazione citato nella legge di riforma del § 24a *StVG* del 27 aprile 1998 (in *Bundesgesetzblatt*, 1998, I, 795), da ultimo modificato in data 28 agosto 2013 (in *Bundesgesetzblatt*, 2013, I, 3313). Anche in Italia viene utilizzata una strumentazione analoga, secondo quanto disposto dal d.m. 196/1990 (cfr. sul punto G. PROTOSPATARO, *Etilometro: com'è fatto*, in *Polizia moderna*, 2008, n. 2; R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *Alcool etilico nell'aria espirata. Aspetti tossicologico forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1444), ma i modelli in uso alle forze dell'ordine sono diversi; tra i principali, oltre al Dräger Alcotest 7110, il Lion Intoxilyzer 8000.

⁵⁷ I primi strumenti quali la "prova del palloncino" (*Prüfbröchen*) vennero utilizzati tra gli anni Cinquanta e Ottanta (E. LIGNITZ-H.P. SCHMIEDEBACH, *Zur Entstehungsgeschichte vom »Alcotest«*, in *Blutalkohol*, 2000, 4 s.); furono abbandonati con l'avvento di macchinari elettronici come il Dräger Alcotest 7410, ancora oggi utilizzato come *Vortest*.

⁵⁸ In tal senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, Deubner, Köln, 2006, 5.

⁵⁹ Si vedano *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 1952 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 18 giugno 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 101 (2001), 53 s., secondo le quali i valori dell'*Alcotest*, se ottenuti nel rispetto delle disposizioni dettate per l'acquisizione della prova, sono attendibili e non abbisognano di ulteriori riscontri per l'applicazione della sanzione amministrativa.

⁶⁰ *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 27 settembre 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 102 (2002), 117; *Amtsgericht Klötze*, 25 gennaio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 178; *Amtsgericht Magdeburg*, 8 marzo 2000, in *Blutalkohol*, 2000, 399; *Amtsgericht Meiningen*, 10 maggio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 485; *Landgericht Dessau*, 21 agosto 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 538; *Oberlandesgericht Naumburg*, 15 dicembre 2000, in *NSfZ-Rechtsprechungs Report*, 2001, 105 s.; *Amtsgericht Cottbus*, 26 ottobre 1999, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 88.

Non sembra però di avere a che fare con una regola di esclusione paragonabile alla nostra inutilizzabilità – più simile alle *negative Beweisregeln*⁶¹ – ma con un impedimento nell'uso della prova (*Beweisverwertungsverbot*) di fattura giurisprudenziale. La regola di esclusione è parametrata sui requisiti di certezza della prova propri del processo penale e tiene conto dei risultati raggiunti dalla medicina legale, i cui studiosi evidenziano come la temperatura dell'ambiente esterno o del respiro, ovvero ancora il volume dell'aria espirata possano influire sul risultato offerto dall'apparecchio⁶².

Vano il tentativo del legislatore regionale che nel Land del Sachsen-Anhalt era intervenuto⁶³ – proprio nel periodo in cui si andava affermando l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato – statuendo che qualora l'etilometro avesse riportato una concentrazione superiore a 0,8 mg/l di alcool nell'aria espirata (parificato ad 1,1 g/l di alcool nel sangue mediante conversione), il giudice penale avrebbe potuto avvalersi di tale dato ai fini della condanna.

Il limite individuato dalla giurisprudenza di legittimità per poter applicare la presunzione di pericolosità alla guida e ritenere accertato l'illecito penale è espresso in relazione alle concentrazioni nel sangue (1,1 g/l), non nell'aria espirata. Ne discende che la necessaria conversione da un'unità di misura all'altra, sottoposta ad inevitabile variabilità⁶⁴, preclude l'accesso alla prova del respiro nel processo penale.

Il punto richiede un breve chiarimento tecnico. Diversamente da quanto avvenuto in Italia, il legislatore tedesco, nell'introdurre la misurazione etilometrica per l'accertamento dell'illecito amministrativo, non ha stabilito un fattore di conversione⁶⁵ che trasformi il livello di alcool nell'aria in un dato analogo indicativo della quantità contenuta nel sangue, ma ha indicato entrambi i valori soglia, nel sangue e nel respiro, onde consentire che la prova possa ottenersi tanto con l'esame spirometrico, quanto con l'analisi ematica.

Per tale ragione, l'*Atemalkoholtest* è utilizzabile in sede amministrativa ma non in ambito penale, poiché apprezzarne gli esiti richiederebbe una previa conversione da un'unità di misura all'altra, la quale, avendo il *Bundesgerichtshof* stabilito la presunzione con riguardo al solo dato di concentrazione sanguigna, è caratterizzata da incertezze considerate inaccettabili nel processo penale.

Non contraddice questo orientamento il fatto che, nel processo amministrativo, il corredo delle procedure poste a presidio dell'acquisizione dell'*Atemalkoholtest* che si analizzerà di seguito ha consentito di definirlo come un "procedimento standardizzato" (*standardisiertes Messverfahren*) attendibile al punto da alleggerire l'onere motivazionale del giudice⁶⁶. Vale, sul punto, un'inversione dell'onere della prova che muove dalla presunzione di correttezza dell'esito probatorio.

L'esame dev'essere svolto nel pieno rispetto delle regole indicate nella perizia dell'Ufficio Federale della Salute (*Gutachten des Bundesgesundheitsamtes*), cui rinvia il legislatore⁶⁷, pena l'inutilizzabilità delle misurazioni in sede processuale. Oltre al già affrontato problema dell'omesso avvertimento circa la facoltà di non collaborare all'atto, si attribuisce particolare peso al rispetto di alcuni imprescindibili presupposti tecnici: una scorretta manutenzione dell'ap-

⁶¹ Per un approccio al problema riguardante le diverse forme di inutilizzabilità nel sistema probatorio tedesco, cfr. R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 61-65. Ulteriori approfondimenti in C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009, 153 s.

⁶² S. HARBORT, *Der Beweiswert der Blutprobe*, Boorberg, Stuttgart, 1994, 195 s.; R. IFFLAND-N. BILZER, *Zweifel an dem beweisicheren Atemalkoholnachweisverfahren mit dem "Alcotest 7110 Evidential"*, in *Deutsches Autorecht*, 1999, 1; R. IFFLAND-W. EISENMENGER-N. BILZER, *Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Atemalkoholspiegels in der forensischen Praxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 1379 s.; ID., *Gerichtsverwertbarkeit von Atemalkoholmessung*, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 9; J. WILSKÉ, *Die "beweisichere Atemalkoholprobe" – Wie beweisicher ist sie?*, *ivi*, 2000, 16.

⁶³ Si veda il regolamento ministeriale del 7 giugno 1999, in *Blutalkohol*, 2000, 171 s.

⁶⁴ *Oberlandesgericht Naumburg*, 5 dicembre 2000, in *NStZ-Rechtsprechungs Report*, 2001, 105. e *Oberlandesgericht Naumburg*, 29 novembre 2000, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2001, 135 s.

⁶⁵ In Italia il rapporto di conversione è di 2300:1, ai sensi dell'art. 2.1 dell'allegato al D.M. 22 maggio 1990, n. 196.

⁶⁶ *Oberlandesgericht Dresden*, 3 gennaio 2005, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2005, 328 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, cit.; *Kammergericht Berlin*, 29 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 388 s.; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 295; *Oberlandesgericht Hamm*, 4 luglio 2000, *ivi*, 2000, 426; *Oberlandesgericht Stuttgart*, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), 286.

⁶⁷ La riforma del 19 maggio 1995, pubblicata in *Bundestag-Drucksache*, 13/1439, 4, richiama la pubblicazione di G. SCHOKNECHT, *Gutachten zur Prüfung der Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse*, in *Unfall- und Sicherheitsforschung Straßenverkehr*, 1992, 3 s., che riporta gli esiti del lavoro redatto dal *Bundesgesundheitsamt*.

parecchio⁶⁸, come anche l'inosservanza delle modalità di espletamento dell'esame indicate nei regolamenti, sono elementi che minano l'attendibilità della prova tanto da considerarla, anche in sede amministrativa, non utilizzabile. Così, l'esito di una misurazione svolta con un apparecchio non correttamente omologato o revisionato sarà in ogni caso inservibile⁶⁹.

La regola di esclusione vale anche per risultati ottenuti in spregio alle disposizioni che presiedono all'acquisizione probatoria⁷⁰. Tre le principali scansioni temporali che connotano l'atto: tempo di attesa, periodo di controllo, intervallo tra le due misurazioni.

Il primo (*Wartezeit*) impone di aspettare almeno venti minuti dopo l'ultima ingestione accertata di alcool da parte del conducente prima di sottoporlo al *test*. La disposizione è volta a consentire l'assorbimento della sostanza nell'organismo ed evitare che il risultato della prova venga falsato da residui di alcool buccale⁷¹. A questo si sovrappone o sostituisce⁷² il secondo (*Kontrollzeit*): dieci minuti durante i quali il guidatore verrà monitorato dalla polizia prima di essere sottoposto all'*alcoltest*, per evitare che agenti esterni quali fumo di sigaretta, uso di *spray* buccali o altre sostanze inficino l'esito della misurazione.

Solo allora sarà esperibile l'accertamento: due insufflazioni consecutive ad una distanza di tempo che può variare dai due ai cinque minuti. Quest'ultima previsione è l'unica in parte analoga a quella contenuta nell'art. 379 d.p.r. 495/1992, se non fosse che la norma italiana prevede un intervallo «di cinque minuti». Diversamente, nessuna disposizione affine a quelle riguardanti i tempi di attesa e di controllo si ravvisa nell'ordinamento interno.

L'inutilizzabilità della prova formata in violazione delle previsioni suddette, ancora una volta, non integra una regola di esclusione giuridicamente stabilita, ma si fonda sul divieto, di creazione giurisprudenziale, di avvalersi, ai fini della decisione, di elementi non dotati di credibilità sufficiente⁷³. Ne costituisce riprova il fatto che qualora le circostanze del caso concreto lo consentano e ciò non interferisca sulla bontà dell'esito probatorio, anche in caso d'inosservanza del *Wartezeit* e del *Kontrollzeit*, la prova può essere apprezzata dal giudice⁷⁴. Ciò avverrà ad esempio quando i valori di concentrazione di alcool nel respiro saranno talmente alti da poter escludere che gli stessi siano stati inficiati dalla mancata osservanza delle regole procedurali.

Nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza chiamata a fare i conti con casi d'inosservanza della regola che richiede un intervallo di cinque minuti tra le due prove ha giudicato comunque affidabili gli esiti anche qualora la distanza tra le due misurazioni superi il tempo indicato: si tratterebbe, infatti, di un periodo di attesa "minimo"⁷⁵. Nessuna perplessità suscita l'inosservanza del *Wartezeit* e del *Kontrollzeit*, pure richiesti dalle scienze positive, non essen-

⁶⁸ Come il nostro etilometro, anche quello tedesco viene sottoposto ad una procedura di omologazione e taratura, che trova disciplina nel § 3 I n. 4 della *Eichordnung* (regolamento di taratura), introdotta il 12 agosto 1988 (in *Bundesgesetzblatt*, 1988, I, 1657 s.), e modificata da ultimo in data 6 giugno 2011 (in *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 1035). Secondo la normativa, la revisione dello strumento dev'essere effettuata ogni sei mesi.

⁶⁹ *Oberlandesgericht Dresden*, 25 gennaio 2008, in *Neue Justiz*, 2008, 275. In dottrina, per tutti, K.R. MAATZ, *Forensische Verwertbarkeit und Konsequenzen aus der AAK-Entscheidung des BGH*, in *Blutalkohol*, 2002, 31.

⁷⁰ *Oberlandesgericht Bamberg*, 21 agosto 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 134 s.; *Amtsgericht Plön*, 3 settembre 2007, in *Deutsches Autorecht*, 2008, 408; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 5 maggio 2006, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1988; *Oberlandesgericht Dresden*, 8 febbraio 2005, in *Blutalkohol*, 2006, 404 s.; *Oberlandesgericht Thüringer*, 1 settembre 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 225; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 2 novembre 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 40; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 19 aprile 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 2004, 52; *Oberlandesgericht Dresden*, 10 dicembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 352 s.; *Oberlandesgericht Celle*, 8 marzo 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2004, 318.

⁷¹ Il tempo di attesa consente che nell'organismo si fissi un rapporto proporzionale tra la quantità di alcool nel sangue e quella nel respiro. Il funzionamento è, in estrema sintesi, il seguente: l'alcool entrato in circolo mediante ingestione viene assorbito dal sangue attraverso le pareti dello stomaco; da qui giunge ai capillari presenti negli alveoli per essere espulso attraverso i polmoni in fase di espirazione.

⁷² La sovrapposizione si avrà ogniqualvolta non sia possibile stabilire con certezza se il soggetto abbia bevuto da meno di venti minuti; in tal caso, tempo di attesa e tempo di controllo coincideranno in parte. Diversamente accadrà qualora vi sia la ragionevole certezza che il conducente non abbia assunto alcolici da oltre venti minuti; eliso il tempo di attesa - già decorso prima dell'intervento della polizia -, resta impregiudicato quello di controllo, volto ad evitare contaminazioni nell'esame alcolimetrico. In questo senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., 12.

⁷³ Ritiene che l'istituto di matrice giurisprudenziale sia un diretto precipitato del principio di cui al § 261 *StPO*, che vuole il giudice libero di formare il suo convincimento P. KÖNIG, *Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zum Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht*, in *Deutsches Autorecht*, 2014, 374 s.

⁷⁴ *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 22 aprile 2013, in *Blutalkohol*, 2013, 295; *Oberlandesgericht Hamm*, 15 ottobre 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 37 s.; *Amtsgericht Schwelm*, 23 giugno 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 37 s.; *Oberlandesgericht Bamberg*, 27 novembre 2007, in *Blutalkohol*, 2008, 197 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 24 agosto 2006, in *Verkehrsrecht aktuell*, 2007, 35; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 5 maggio 2006, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1988. Aperture alla possibilità di ritenere comunque la prova così irregolarmente formata come utilizzabile si devono a *Bayrisches Oberlandesgericht*, 2 novembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 232; *Oberlandesgericht Dresden*, 10 dicembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 352.

⁷⁵ In tal senso, Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2014, n. 29892, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., sez. IV, 15 ottobre 2013, n. 48531, *ivi*.

dovi traduzione normativa di tali buone regole.

Concluso l'iter acquisitivo delle due misurazioni appena descritto, l'apparecchio fornisce un risultato.

Mentre lo strumento italiano rilascia tanti "scontrini" quante singole prove vengono svolte, imprimendovi i relativi valori analizzati, quello tedesco offre un'unica stampa esterna, che riporta la media aritmetica dei due valori ottenuti mediante le due espirazioni, arrotondata al terzo decimale. Gli esiti dei rilevamenti restano invece impressi su stampe che la macchina trattiene al suo interno⁷⁶.

Di fronte al quesito se, ai fini della decisione, il magistrato debba tenere conto del solo "scontrino esterno", ovvero valutare anche quelli interni, è prevalsa la prima soluzione⁷⁷. Duplica la legittimazione all'uso della prova così formata: la prima, di carattere normativo, deriva dall'introduzione di questa modalità di acquisizione della prova per l'accertamento dell'illecito di cui al § 24a StVG⁷⁸; la seconda, di natura giurisprudenziale, muove dalle considerazioni svolte nel 2001 dal *Bundesgerichtshof*, allorché approvò l'utilizzo probatorio dell'*Atemalkoholtest* nel processo amministrativo, con piena coscienza delle modalità di funzionamento del dispositivo⁷⁹.

6. Il prelievo di sangue.

Già si è anticipato molto sulla centralità della prova offerta dall'analisi ematica, con riferimento alla verifica dell'ebbrezza. Anche per indagare la presenza attuale di droghe nell'organismo del guidatore si richiede sempre un esame del sangue⁸⁰. L'esito positivo degli *screening* tossicologici è prova monca, che dimostra soltanto l'assunzione di droghe, mentre ne tace i tempi, che potrebbero essere anche lontani giorni o settimane⁸¹. Parimenti escluse altre modalità di accertamento del fatto, dalla confessione, alla testimonianza, ai *test* immunologici⁸².

Le modalità di acquisizione del campione ematico, disciplinate dal § 81a StPO, si discostano non poco da quelle di cui agli artt. 359-bis e 224-bis c.p.p., norme che costituiscono il corrispondente italiano più simile alla fattispecie tedesca.

Lo strumento probatorio, affidato di regola al giudice, conosce modalità acquisitive di diversa estensione quando ricorrano situazioni d'urgenza investigativa. Il codice di rito italiano limita al solo pubblico ministero il potere di disporre l'atto quando l'acquisizione della pro-

⁷⁶ Gli "scontrini" interni riportano le generalità del soggetto, l'orario, i dati tecnici dell'espirazione (quali volume d'aria, tempo impiegato per il soffio, temperatura dell'aria espirata). Cfr. J. LAGOLS, *Dräger Alcotest 7110 Evidential - das Meßgerät zur gerichtswertbaren Atemalkoholanalyse in Deutschland*, in *Blutalkohol*, 2000, 77 s.

⁷⁷ *Oberlandesgericht Bamberg*, 24 maggio 2012, in *Blutalkohol*, 2012, 265 s.; *Oberlandesgericht Bamberg*, 14 luglio 2006, in *Deutsches Autorecht*, 2007, 92 s.; *Oberlandesgericht Dresden*, 3 gennaio 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 224 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 13 settembre 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 107 (2004), 386; *Oberlandesgericht Köln*, 5 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 137; *Oberlandesgericht Stuttgart*, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), 286. *Contra*, *Oberlandesgericht Hamm*, 14 novembre 2005 in *Deutsches Autorecht*, 2006, 339; *Oberlandesgericht Brandenburg*, 10 marzo 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, 658; *Oberlandesgericht Celle*, 24 febbraio 2004, in *Blutalkohol*, 2004, 465 s.; *Oberlandesgericht Köln*, 5 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 137; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 5 giugno 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 3138; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 295.

⁷⁸ Peralto, in queste pronunce si rammenta che l'introduzione normativa della possibilità di misurare il tasso alcolemico mediante strumentazione atta a captarne le tracce nell'aria espirata è avvenuta solo successivamente alla modifica del *software* dei *Dräger Alcotest 7110*, resasi necessaria in ragione delle considerazioni svolte dal *Bundesgerichtshof* nella pronuncia del 13 aprile 1978 (in *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* 28 (1978), 1 s.), che non riteneva le modalità di funzionamento allora adottate dalla casa produttrice idonee a fornire un mezzo di prova processualmente utilizzabile.

⁷⁹ *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, cit.

⁸⁰ In giurisprudenza si è affermata l'ineludibilità di questo mezzo di prova per accertare tanto l'illecito penale quanto quello amministrativo. Si vedano, sul punto, *Amtsgericht Saalfeld*, 11 febbraio 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 49; *Oberlandesgericht Hamm*, 9 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 484. Analogamente, in dottrina, ritengono che l'unica prova "certa" della presenza di droghe nell'organismo sia l'analisi del sangue W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., 244; P. KÖNIG, sub § 24a StVG, cit., 323; C. KRUMM, *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 1260; H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen*, cit. 175; S. SIGRIST, *Drogenschnelltest im Straßenverkehr*, in *Kriminalistik*, 1996, 676; W. SCHUBERT-W. SCHNEIDER-W. EISENMENGER-E. STEPHAN, *Begutachtungs-Leitlinien zur Kraftfahrereignung. Kommentar*, Kirschbaum Verlag, Bonn, II ed., 2005, 183.

⁸¹ L'esame delle urine si dimostra inidoneo ad accertare l'attualità dell'alterazione, in quanto può rilevare tracce di sostanza assunta giorni o settimane prima; l'analisi dei capelli, poi, individua residui vecchi di mesi. Cfr. R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, V ed., Giappichelli, Torino, 2011, 111.

⁸² In tal senso, P. KÖNIG, sub § 24a StVG, cit., 323; C. KRUMM, *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, cit., 1259.

va non appaia rinviabile⁸³, sottomettendone la validità alla tempestiva convalida del giudice. Quello tedesco detta una procedura più snella: a fronte di un pericolo per la prosecuzione delle indagini dovuto al ritardo nell'attesa dell'intervento del giudice, la facoltà di disporre il prelievo spetta, oltre che al magistrato inquirente, anche alla polizia giudiziaria⁸⁴; non è prevista convalida⁸⁵.

Non si stenta ad immaginare in che modo le circostanze che solitamente connotano l'accertamento dei reati in discorso⁸⁶ abbiano inciso favorendo, nella prassi, un vero e proprio ribaltamento dei rapporti tra norma ed eccezione: è quasi sempre la polizia a disporre il prelievo, talvolta il magistrato inquirente, di rado il giudice⁸⁷. La sistematica anomalia, denunciata nelle aule giudiziarie, è giunta al banco dalla Corte costituzionale tedesca per ben tre volte⁸⁸.

Con le prime due pronunce di rigetto, il *Bundesverfassungsgericht*, pur non ravvisando nel § 81a *StPO* una violazione della riserva di giurisdizione⁸⁹, ha ritenuto di fornire un'interpretazione adeguatrice della norma: nessuna violazione della *Richtervorbehalt* potrà ravvisarsi allorché la polizia, prima di disporre il prelievo in via autonoma, tenti di contattare un giudice o, in subordine, un pubblico ministero. La prova così ottenuta resta utilizzabile⁹⁰.

Ma il fisiologico intensificarsi dei controlli stradali durante le ore notturne e nei fine settimana complica la ricerca di un giudice che autorizzi l'atto. Per ovviare al problema, in taluni Länder si sfrutta il "servizio di reperibilità" dei magistrati previsto anche al di fuori dell'orario lavorativo, ma il rimedio non è dato ovunque. Laddove manchi e la polizia, per ragioni di urgenza investigativa, acquisisca comunque la prova, ci si è domandati se la circostanza integri violazione della riserva di giurisdizione e possa condurre ad un divieto di utilizzo della prova formata in assenza di un ordine del giudice⁹¹.

La risposta del *Bundesverfassungsgericht* è stata ancora una volta negativa. La Corte ha infatti chiarito che, diversamente dalle perquisizioni nel domicilio e dalle limitazioni della libertà personale intese quali misure cautelari o precautelari, le intrusioni nella sfera corporale dell'individuo come il prelievo ematico non sono espressamente menzionate dal *Grundgesetz*, ma trovano tutela nel combinato disposto tra l'art. 2 comma 2 e l'art. 3 della Carta fondamentale, i quali, tuttavia, non prevedono alcuna riserva di giurisdizione⁹². Pertanto, non può imporsi ad ogni Land di dotarsi di un sistema di reperibilità dei magistrati volto a consentire alla polizia di ottenere autorizzazione da parte del giudice, ovvero in subordine del pubblico ministero, a procedere al prelievo ematico. La *Richtervorbehalt* trova previsione unicamente codicistica (§ 81a *StPO*), pertanto spetterà al magistrato procedente valutare, caso per caso, se la sua inosservanza sia idonea a determinare l'inutilizzabilità della prova.

Le tutele assicurate dalla Corte costituzionale alla riserva di giurisdizione sono parse eccessive a taluni. La diffusa insofferenza dovuta alla mancanza di una disposizione che consenta

⁸³ Più precisamente, la norma pretende la sussistenza di un «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini». Sul significato da attribuire alle due espressioni, infelicemente separate dalla congiunzione disgiuntiva "o", si veda A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1439.

⁸⁴ Il codice si riferisce alle *Ermittlungspersonen*, intendendo gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria appartenenti all'ufficio dello *Staatsanwalt*, ai sensi del § 152 *Gerichtsverfassungsgesetz*.

⁸⁵ In tal senso anche R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni sulla recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 764.

⁸⁶ Per lo più di notte e con stretti tempi d'azione, pena l'inattendibilità degli esiti tardivi.

⁸⁷ In tal senso, C. KRUMM, *Richtervorbehalt bei der Blutprobe: Weg damit!*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, 71.

⁸⁸ *Bundesverfassungsgericht*, 12 febbraio 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 1345 s.; *Bundesverfassungsgericht*, 24 luglio 2010, *ivi*, 2010, 2864 s.; *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, in *Fachdienst Straßenverkehrsrecht*, 2011, n. 315633.

⁸⁹ Il principio non ha natura costituzionale; la precedenza del giudice su pubblico ministero e polizia giudiziaria deriva unicamente dalla previsione codicistica del § 81a *StPO*. In questo senso, *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, *cit.*

⁹⁰ Alla violazione della riserva di giurisdizione segue un *Beweisverwertungsverbot*. In questo senso, anche se con riferimento alle perquisizioni nel domicilio, *Bundesgerichtshof*, 18 aprile 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 2269.

⁹¹ Risponde positivamente *Oberlandesgericht Celle*, 11 agosto 2010, in *Strafverteidiger*, 2011, 82 s. Secondo tale pronuncia, la lesione del principio di giurisdizione si ricaverrebbe dall'applicazione analogica al caso del § 81a *StPO* di quanto già statuito dalla Corte costituzionale per il § 104 comma 3 *StPO*, in tema di perquisizioni notturne nel domicilio (*Bundesverfassungsgericht*, 10 dicembre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 1442; *Bundesverfassungsgericht*, 28 settembre 2006, *ivi*, 2007, 1444). In quel caso, affinché fosse correttamente svolta la perquisizione, si pretendeva che la riserva di giurisdizione fosse rispettata nella prassi attraverso un servizio di reperibilità dei magistrati durante il giorno (*Tagzeit*), anche nel fine settimana e nei giorni festivi. Applicando alla lettera il principio *ivi* affermato, dunque, non violerebbe la riserva di giurisdizione quel prelievo disposto in via autonoma dalla polizia in orario notturno, non essendo stabilita la necessità di assicurare un servizio di reperibilità dei magistrati in quegli orari (*Oberlandesgericht Celle*, 15 luglio 2010, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2011, 46 s.).

⁹² *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, *cit.* Nello stesso senso, in tempi più recenti, *Landsgericht Düsseldorf*, 24 luglio 2014, in *Redaktion beck-aktuell*, n. 1033728.

l'intervento autonomo e diretto della polizia ha condotto alla presentazione di un disegno di legge⁹³. La proposta di modifica del § 81a *StPO* attribuirebbe alle *Ermittlungspersonen*, qualora si proceda per illeciti che necessitino accertamenti tempestivi come quelli in argomento, la facoltà di ordinare immediatamente un prelievo ematico. La soluzione ovvierebbe all'attuale esigenza di attendere la previa autorizzazione del magistrato giudicante o inquirente, ciò che allo stato ritarda inevitabilmente l'acquisizione della prova, rendendone meno affidabili gli esiti⁹⁴.

7. Prospettive interne.

Le riflessioni stimolate dal raffronto con il sistema tedesco possono essere svolte su due direttrici. La prima attiene alle regole di esclusione e valutazione della prova ottenuta mediante etilometro; la seconda si sviluppa dall'osservazione del diritto a non collaborare con l'autorità accordato al conducente.

Quanto alle questioni valutative, nel panorama italiano non è dato riscontrare una consapevolezza scientifica analoga a quella mostrata dai giudici tedeschi. Anche se recentemente si apprezzano timide aperture verso un più prudente apprezzamento della prova⁹⁵, nella maggioranza dei casi all'*alcoltest* viene ancora attribuito un valore rafforzato⁹⁶, analogamente a quanto avviene nel *Bußgeldverfahren*. La circostanza lascia perplessi: nel processo penale dovrebbero valere *standard* probatori più elevati rispetto a quelli ritenuti sufficienti in un rito amministrativo.

Eppure i limiti che connotano l'accertamento sul respiro svolto in Italia superano quelli dell'*Atemalkoholtest*⁹⁷. Mentre l'etilometro tedesco misura la sola concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata (elemento sufficiente, posto che il relativo valore di soglia è specificamente indicato nel § 24a *StVG*) quello italiano trasforma il dato direttamente nel corrispondente quantitativo di alcool nel sangue, attraverso un fattore di conversione standardizzato. Ciò appare necessario in ragione del fatto che l'art. 186 c.d.s. indica solo i livelli di presenza della sostanza nel sangue e non anche quelli nel respiro.

La scelta legislativa non ha mancato di suscitare critiche. La trasformazione massificata da un'unità di misura all'altra sarebbe arbitraria, poiché non tiene conto dell'oscillazione derivante da fattori fisiologici (come il sesso, l'età, la corporatura, il patrimonio genetico, l'utilizzo

⁹³ Presentato il 15 dicembre 2010, è pubblicato in *Deutscher Bundestag Drucksachen*, 17/4232. La modifica prospettata toccherebbe i §§81a *StPO* e 46 *OWiG*. Nel primo si introdurrebbe la disposizione per cui «un provvedimento giudiziale non occorre nei casi di cui ai §§ 315a, 315c, 316 *StGB*, quando serve un'analisi ematica per la prova della presenza nel sangue di alcool, consumo di droghe o farmaci, come anche ai sensi del § 98 comma 2 cpv» (intendendosi con il richiamo al § 98 *StPO* riferirsi alla disciplina del sequestro); nel secondo si renderebbe valida la disposizione processuale anche al fine di accertare la corrispondente fattispecie amministrativa. Sul punto, R. BAUSCH, *Vorschlag Richter-vorbehalt bei Blutproben*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, 79 s.; B.A.D.S.: *Blutentnahme ohne richtliche Anordnung der richtige Weg*, in *Blutalkohol*, 2013, 286; J. KONRAD, *Plädoyer für einen beschränkten Verzicht auf den Richter-vorbehalt bzgl. der Entscheidung, ob eine Blutentnahmen gemäß § 81a StPO erfolgen darf*, *ivi*, 2014, 58 s.

⁹⁴ Sulla necessità che il prelievo ematico sia effettuato nel più breve termine rispetto alla commissione del fatto, *ex multis*, G. ROCHHOLZ-H.J. KAATSCH, *Gefahr im Verzug! Notwendigkeit einer zeitnahen Blutentnahme bei Straßenverkehrsdelikten*, in *Blutalkohol*, 2011, 129 s.

⁹⁵ Attualmente constano isolati interventi nella giurisprudenza di merito che hanno messo in discussione l'attendibilità della prova raggiunta tramite l'accertamento spirometrico, rilevando come sia talvolta auspicabile l'acquisizione di una perizia medico-legale che guidi il giudice nella sua valutazione (Trib. Terni, 1 giugno 2012, in *www.iusexplorer.it*; C. App. Trieste, 2 febbraio 2011, in *www.leggiditalia.it*; Trib. Rovigo, 22 ottobre 2009, *ivi*; Giudice di pace Ancona, 25 settembre 2009, *inedita*). Anche in letteratura si è espressa perplessità circa l'attendibilità del test spirometrico; cfr. R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 987, secondo cui «la misurazione dell'etilometro [non] è una prova, come troppo spesso si ritiene in ambienti giudiziari, irrefutabile»; D. POTETTI, *Procedure per l'accertamento dell'ebbrezza (art. 186 c. strad.)*, *ivi*, 2008, 3839-3840; P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, 1701.

⁹⁶ Vale una sorta di presunzione di affidabilità all'etilometro. Spetta infatti alla difesa dell'imputato l'onere di provare difetti nella strumentazione o altri elementi capaci di compromettere il buon esito della prova: *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 2013, n. 4967, in *Dir. e giust.*, 31 gennaio 2014; Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 22048, in *Guida al dir.*, 2012, 33-34, 78 (s.m.); Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2011, n. 42084, in *Cass. pen.*, 2012, 3542; Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2009, n. 41846, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 538; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 8591, in *Cass. pen.*, 2008, 3831 (s.m.); Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2004, n. 45070, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2006, 279.

⁹⁷ Molteplici gli scritti di medicina-legale che denunciano le criticità della prova in questione. Si vedano R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, 1481; P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *Considerazioni medico-legali sulle modifiche apportate all'art. 186 c.d.s.*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 235; M. CINGOLANI-P. FRATI-R. FROLDI, *Qualche ulteriore considerazione giuridica e tecnico-applicativa in tema di accertamenti previsti per alcool e stupefacenti dagli artt. 186 e 187 del codice della strada*, in *Zacchia*, 2000, n. 18, 75; O. CRIPPA-A. GROPPI-P. PAPA, *In tema di alcool nell'espirato: possibili problemi derivanti dall'impiego di calibratori commerciali*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1990, 107 s.; M. BERNINI, F. DE FERRARI-R. FROLDI-V. GAMBARO-S. PEDROTTI-R. NEDROTTI, *Alcoolimetria nel sangue e nell'aria espirata: confronto tra diverse metodiche*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1988, 380; L. COSTAMAGNA-S. DEZZI-N. VOCI, *Alcool e idoneità alla guida: comparazione tra valori ematici reali e valori teorici desunti dall'esame dell'aria espirata*, in *Zacchia*, 1989, 91.

abituale o saltuario) e patologici (quali ipotermia, ipertermia, diabete, reflusso gastro-esofageo) che richiederebbero un indice di trasformazione personalizzato per ciascun individuo⁹⁸.

Trascurando tale fondamentale aspetto dell'accertamento, si finisce per delegare ad una scienza dichiaratamente imperfetta il compito di valutare la prova, che dovrebbe essere proprio del giudice. Sembra, questa, una delle circostanze in cui la «deferenza»⁹⁹ dei magistrati di fronte a metodologie basate sul sapere scientifico rischia di aprire la strada ad elementi probatori dall'attendibilità dubbia¹⁰⁰.

Quali, allora, le possibili soluzioni?

Non v'è dubbio che l'ordinamento interno precluda la possibilità di creare una generale regola di esclusione della prova, in assenza di una precisa indicazione legislativa¹⁰¹, ma le criticità poste dall'esame spirometrico non possono essere ignorate ed impongono al giudice un preliminare vaglio circa la sua idoneità ad assicurare l'accertamento del fatto.

Sarebbe sufficiente, invero, attribuire all'esito del *test* la natura che maggiormente gli si confà, quella di prova critica¹⁰²: basata su una doppia presunzione¹⁰³, la verifica in discorso non fornisce infatti una rappresentazione diretta del fatto da accertare – il tasso alcolemico nel sangue – ma lo ricostruisce per deduzione, attraverso un elemento – il quantitativo nell'aria espirata – da cui la prova dell'ebbrezza è ricavabile soltanto in via indiretta¹⁰⁴. Ne segue che, al pari di quanto già avviene in tema di intossicazione da droghe¹⁰⁵, anche per ritenere accertata l'ebbrezza l'esito probatorio scientifico dovrebbe accompagnarsi al conforto della verifica sintomatica, ovvero di un parere peritale che getti luce sul margine di errore della misurazione nel caso concreto¹⁰⁶.

Conclusioni analoghe valgono a maggior ragione quando alla formazione della prova si sia proceduto con modalità non ortodosse, intervallando le due acquisizioni con tempi che si discostino parecchio rispetto a quelli previsti dalla norma o non prestando attenzione alla necessità di attendere dai dieci ai venti minuti prima di sottoporre il guidatore al *test*. Sono, queste, regole di fondamentale importanza ai fini dell'attendibilità dell'esame, ancorché non previste dall'art. 379 d.p.r. 495/92, e delle quali sarebbe auspicabile l'introduzione.

Quanto al riconoscimento del diritto contro le autoincriminazioni nei confronti del conducente sottoposto ai controlli stradali, l'esempio tedesco induce a chiedersi se sia consentito sanzionare l'atteggiamento autodifensivo di chi rifiuta di cooperare con l'autorità nella forma-

⁹⁸ P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. cit.*, 235, secondo i quali «aver standardizzato il rapporto di conversione, uniformandolo ad ogni soggetto, indistintamente dalle caratteristiche individuali e dalle possibili variabili soggettive, potrebbe non apparire in linea con il limite, necessariamente tassativo, indicato dal legislatore per la guida in stato di ebbrezza da alcool»; s'impone la necessità, secondo gli autori, di adottare «una riserva di legge che risolva, una volta per tutte, il problema del prelievo ematico coattivo, così da poter utilizzare il sangue come campione di elezione, anche in virtù del fatto che le attuali indagini hanno solo valenza presuntiva e quindi una limitata utilizzabilità probatoria» (*ibidem*, 239).

⁹⁹ In questi termini, con riferimento, *mutatis mutandi*, all'atteggiamento dei giudici nella valutazione della prova genetica, B. GALGANI, *Un test di elevata "scientificità" e un inedito banco di prova per la "civiltà" del processo*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, Torino, 2006, 43.

¹⁰⁰ Sul punto, *ex multis*, G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Ind. pen.*, 2006, 504.

¹⁰¹ In questo senso, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, 21.

¹⁰² Sono critiche, come noto, le prove che pretendono una valutazione inferenziale da parte del giudice. Il fatto da accertare sarà così provato «solo attraverso un'operazione mentale di tipo induttivo, fondata sulle regole della logica o su massime di esperienza» (così, V. GREVI (agg. curato da G. ILLUMINATI), *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, V ed., Cedam, Padova, 2012, 311).

¹⁰³ Cfr. P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. loc. cit.*, secondo cui «l'accertamento strumentale previsto dall'art. 186 è legato ad una doppia presunzione, la prima basata sul presupposto che esista una correlazione tra l'alcool contenuto nel sangue e quello presente nel campione di aria alveolare espirata, la seconda sul fatto che la concentrazione rilevata sia idonea a provocare uno stato di ebbrezza».

¹⁰⁴ In questo senso anche A. ALIBRANDI, *Cenni sul reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ.*, 1991, 450, secondo cui il reato di guida in stato di ebbrezza conosce una metodologia di accertamento diretta ed altre indirette: «la prima è costituita dai dosaggi analitici sul sangue a seguito di prelievo ematico; le seconde si basano sul dosaggio dell'alcool presente nell'aria alveolare espirata».

¹⁰⁵ Secondo un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, oltre alla presenza di sostanze stupefacenti nei fluidi biologici accertata mediante analisi tossicologiche, per la prova del reato di cui all'art. 187 c.d.s. occorrono elementi ulteriori dai quali dedurre l'attualità dell'alterazione del conducente. Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. IV, 15 maggio 2013, n. 39160, in *Cass. pen.*, 2014, 2296; Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, n. 2762, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2013, 371.

¹⁰⁶ Allarmante, infatti, il dato emerso in alcune pubblicazioni scientifiche, secondo cui il livello di fallibilità raggiungerebbe, nella misurazione dei valori più bassi, oltre il 27%. Si vedano R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *Alcol etilico nell'aria espirata. Comparazione BrAC/BAC in una popolazione di conducenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1493 s.; R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *op. loc. cit.*

zione di una prova *contra se*¹⁰⁷ e se nel nostro ordinamento siano attuabili soluzioni simili a quelle adottate in Germania.

Indubbiamente l'eliminazione della sanzione contro il rifiuto offrirebbe piena garanzia alla più ampia tutela del diritto a non autoincriminarsi, estendendolo non solo alle prove dichiarative ma anche alla libertà di non collaborare attraverso comportamenti e azioni alla raccolta di prove a proprio carico¹⁰⁸. Tuttavia, la scelta legislativa non appare formalmente illegittima: giustificata della vaghezza dei confini che sconta il *nemo tenetur se detegere*¹⁰⁹, essa sembra destinata a trovare futuro avallo nella recente proposta di direttiva europea in tema di presunzione d'innocenza¹¹⁰.

La questione è stata affrontata superficialmente nella giurisprudenza domestica¹¹¹. L'unico precedente che consta sul punto non offre spunti per un'approfondita riflessione sul tema. «L'asserita violazione del diritto di difesa» sarebbe «una petizione di principio», afferma la Corte; si ravvisa, infatti, «una vera e propria contraddizione» nel «dedurre di sentirsi obbligato ad opporre il rifiuto, perché non si è alla guida di un veicolo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, non sussistendo in tal caso l'addotta necessità di contravvenire all'invito legittimamente rivolto dall'autorità»¹¹².

Il ragionamento sembra pericolosamente trasferibile alla sfera delle prove dichiarative: *mutatis mutandi*, potremmo dire che nessun diritto al silenzio va concesso a chi si professi innocente; la collaborazione con l'autorità inquirente, infatti, non può che giovargli. Hanno toni da sistema inquisitorio le parole dei supremi giudici, i quali concludono affermando che la collaborazione all'accertamento conviene in ogni caso allo stesso indagato: egli in tal modo fornisce al giudice gli elementi necessari ai fini della quantificazione della pena.

Ad avviso di chi scrive, relegare l'operatività del principio alle sole prove partorite dall'intimità dell'imputato, quali dichiarazioni o scritti suoi propri, come sembra suggerire la proposta di direttiva sulla presunzione d'innocenza, rischia di comprimere sensibilmente la sfera difensiva. Si apre la via ad obblighi di cooperazione potenzialmente illimitati, che potrebbero prevedere sanzioni per l'imputato che, ad esempio, rifiuti di compiere gesti o produrre suoni necessari a fini ricognitivi o nell'ambito di un esperimento giudiziale, ovvero non intenda fornire un proprio campione grafologico o vocale¹¹³.

Ipotizzando dunque un'estensione delle garanzie, resta da vedere se la libertà di rifiutare il *test* etilometrico ovvero gli *screening* tossicologici che richiedono un *facere* del sospettato sia soluzione processualmente praticabile.

De iure condito, la risposta appare negativa. L'assenza di un'esplicita previsione nell'art. 359-*bis* c.p.p. che consenta alla polizia giudiziaria di disporre il prelievo ematico, in situazioni d'emergenza e pericolo per le indagini, esclude di poter ottenere per tale via la prova dello

¹⁰⁷ Sul punto, tra gli altri, G. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 2240; A. ZORZI GIUSTINIANI, *Droga ed alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1992, 471 e, con particolare riguardo al caso di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti clinici, P. SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1361.

¹⁰⁸ Ritengono che la tutela del privilegio comprenda ogni contributo alla propria autoincriminazione, anche non meramente dichiarativo, tra gli altri, M. SCAPARONE, *Commento all'art. 24 comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti civili - Art. 24-26*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, 91; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 9 s.

¹⁰⁹ Sulle difficoltà nell'individuazione dei contenuti del principio in parola nella letteratura italiana, tra gli altri, D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, BUP, Bologna, 2012, 274 s.

¹¹⁰ Ci si riferisce al testo presentato dalla Commissione europea (*Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM 2013, 821 def.) che, all'art. 6 prevede un generale «diritto di non autoincriminarsi e di non cooperare» distinto dal diritto al silenzio, menzionato dall'art. 7. La genericità non inganni: tra le considerazioni preliminari al testo si auspica espressamente che «il diritto di non incriminarsi e di non cooperare non si estenda all'utilizzo in un procedimento penale del materiale probatorio [...] per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, o del sangue e delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA». La ragione dell'esclusione sembra fondata sull'esistenza del materiale di prova indipendentemente dalla volontà del soggetto.

¹¹¹ *Cass. pen.*, sez. IV, 23 ottobre 2009, Rosito, in *Arch. giur. circ.*, 2010, 636.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Sul punto, si segnala C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 80, in *www.echr.coe.int*, secondo cui i campioni vocali sono assimilabili a quelli di sangue o capelli e, pertanto, non sarebbero ricompresi nel raggio d'azione del *nemo tenetur* che trova tutela nel § 6 CEDU. Nel caso di specie, tuttavia, gli indagati non erano stati obbligati a fornire un proprio saggio fonico, ottenuto registrandone occultamente le voci mediante un agente attrezzato per il suono.

stato di ebbrezza o intossicazione del soggetto¹¹⁴. L'estrema celerità che connota l'acquisizione probatoria in discorso non pare soddisfatta dall'attribuzione al solo pubblico ministero del potere di provvedere d'urgenza. Pur ipotizzando che un magistrato reperibile nottetempo o nei giorni festivi autorizzi l'atto, l'eventualità che non si riesca a contattarlo e l'impossibilità che questi provveda oralmente¹¹⁵ sono circostanze destinate a minare l'efficienza dell'indagine¹¹⁶.

Anche ponendosi in una prospettiva *de iure condendo*, se da un lato si risolverebbe il problema derivante dalla minore attendibilità di etilometro ed analisi su fluidi corporei "minori" rispetto all'esame del sangue, dall'altro si andrebbe verso un'inevitabile ipocrisia. La naturale esigenza di non far dipendere dal capriccio del sospettato la possibilità di collezionare la prova della sua alterazione alla guida imporrebbe, a fronte dell'eliminazione del reato di cui agli artt. 186 comma 7 e 187 comma 8 c.d.s., l'estensione della facoltà di disporre prelievi coattivi ad opera della polizia. Con ciò, tuttavia, si finirebbe per mascherare sotto forma di eccezione una norma destinata ad operare, nella prassi, quale regola. L'esperienza tedesca ne costituisce utile banco di prova.

Posti sul piatto di un'ideologica bilancia, i costi sembrano pesare più dei benefici. Il rischio di una generale limitazione della libertà personale ad opera di soggetti diversi dall'autorità giudiziaria è forse da temere maggiormente rispetto all'attuale erosione del baluardo contro le autoincriminazioni.

In un futuro forse non troppo lontano, la soluzione al problema potrebbe risiedere nell'uso di strumenti di verifica dello stato di alterazione alcolica di ultima generazione, che operano mediante sensori passivi¹¹⁷, richiedenti un mero *patis* da parte di chi li subisca e dunque idonei a garantire il più ampio rispetto del diritto di non collaborare all'indagine, come anche quello di non subire intrusioni nella propria sfera corporale. Ma l'attendibilità di questi apparecchi è tutta ancora da dimostrare sul piano scientifico.

¹¹⁴ Neppure può ritenersi consentito il prelievo ad opera della polizia per il tramite degli artt. 186 comma 5 e 187 comma 3 c.d.s. L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito che dette disposizioni non accordano alla polizia giudiziaria il potere di richiedere un esame del sangue, ma soltanto la facoltà di pretendere verifiche circa la presenza di alcool e droghe su campioni ematici che siano già stati prelevati per ragioni terapeutiche. In caso contrario, si verificherebbe una lesione della libertà personale (art. 13 Cost.) tale da determinare l'inutilizzabilità della prova. Si vedano, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 5 novembre 2013, n. 10136, in *Dir. e giust.*, 4 marzo 2014; Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10605, in *Cass. pen.*, 2014, 1788; Cass. pen., sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26108, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1746, con nota di L. ROMANO; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, n. 1827, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 538; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4118, in *Cass. pen.*, 2009, 4409.

¹¹⁵ L'art. 359-bis c.p.p. non sembra accordare tale potere, non essendo previsto in maniera espressa. Laddove il legislatore ha voluto attribuire simile facoltà, infatti, ne ha fatto esplicita menzione. Si pensi all'art. 103 comma 3 del d.p.r. n. 309 del 1990, in materia di perquisizioni volte alla ricerca di sostanze stupefacenti.

¹¹⁶ La rapida modificabilità della concentrazione alcolemica nell'organismo impone, infatti, di provvedere con estrema solerzia alla raccolta di un campione biologico. L'eccessivo indugio può produrre misurazioni inaffidabili (cfr. Tribunale di Rovigo, sez. Adria, 22 ottobre 2009, in *www.altalex.it*; Tribunale di Genova, 11 luglio 2013 n. 3392, inedita).

¹¹⁷ R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *op. cit.*, 1447, che tra le innovazioni tecnico-scientifiche descrivono «un metodo alternativo non invasivo di misura spettroscopica in vivo» che «non richiede raccolta di fluidi biologici, dal momento che necessita solo di un contatto passivo del soggetto testato con lo strumento [...] mediante applicazione alla cute della regione volare dell'avambraccio». Lo strumento è in fase sperimentale, ma dai primi dati sembrerebbe idoneo ad assicurare esiti di accuratezza tale da paragonarli alle misurazioni nell'aria espirata o nel sangue. Per approfondimenti, si rimanda a T.D. RIDDLER-B.J. VER STEEG-B.D. LAAKSONEN, *Comparison of Spectroscopically Misured Tissue Alcohol Concentration to Blood and Breath Alcohol Measurements*, in *Journal of Biomedical Optics*, 14, 2009.