

QUESITI

ANTONIO UGO PALMA

**Radiologia, processo penale, corpo umano:
un microcosmo dove nulla è permesso
ma tutto è consentito**

Il mancato recepimento della Direttiva 2013/59/Euratom e la conseguente procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Europea contro l'Italia sono eventi che inducono ad una nuova riflessione sull'utilizzo della radiologia all'interno del processo penale; tematica che riporta alla mente la ripartizione concettuale tra "organo di prova" ed "oggetto di prova", ponendo così in risalto tutte le difficoltà che il legislatore interno incontra nel predisporre efficaci strumenti di tutela per il soggetto che si ritrova sottoposto, il più delle volte coattivamente, ad atti cognitivi sul proprio corpo.

Radiology, criminal trial, human body: a microcosm where nothing is allowed but everything is allowed

The non-transposition of Directive 2013/59/Euratom and the subsequent infringement procedure initiated by the European Commission against Italy are events that lead to a new reflection on the use of radiology within the criminal trial; theme that brings to mind the conceptual division between "test organ" and "test object", thus highlighting all the difficulties that the internal legislator encounters in providing effective means of protection for the subject who finds himself submitted, most often in a coercive way, to cognitive acts on his body.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Inquadramento sistematico: la "giuridificazione" del corpo umano. - 3. Gli esami radiologici nel processo penale. - 4. La qualificazione giuridica degli esami radiologici: tra certezze e nodi irrisolti. - 5. La (in)compatibilità costituzionale dell'esecuzione coatta degli esami radiologici. - 6. [Segue] L'art. 13 Cost.: diritto alla libertà personale. - 7. [Segue] L'art. 32 Cost.: diritto alla salute. - 8. Uno sguardo al futuro: *neuroimaging* (o *brain imaging*). - 9. Conclusioni.

1. *Premessa.* Lo scorso 24 gennaio 2019, la Commissione Europea ha aperto l'ennesima procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia¹; tramite l'invio di un parere motivato², il nostro Paese è stato costituito in mora affinché, nel termine di due mesi, comunichi le ragioni sottese al mancato recepimento della Direttiva 2013/59/Euratom, per effetto della quale l'intera disciplina in materia di sicurezza e protezione dai pericoli derivanti dall'esposizione ai raggi ionizzanti è stata uniformata ed armonizzata in un unico testo legislativo, con conseguente abrogazione delle pregresse "direttive euratom"³.

¹ Da alcuni dati recentemente diffusi dal Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a carico dello Stato italiano pendono 71 procedure d'infrazione delle quali ben 7 sono relative al mancato recepimento di direttive comunitarie (<http://www.politicheeuropee.gov.it/attivita/procedure-di-infrazione/stato-delle-infrazioni>).

² Il testo integrale del parere è rinvenibile sul portale della Commissione Europea (europa.eu/rapid/press-release_memo-19-462_it.htm).

³ Ai sensi dell'art. 107 della Direttiva "2013/59/Euratom" si considerano abrogate, a far data dall'8 febbraio 2018, le direttive "89/618/Euratom" («concernente l'informazione della popolazione sui prove-

Indipendentemente dal fatto che, ad oggi, i competenti organi governativi nazionali ancora non hanno ritenuto opportuno rispondere alle sollecitazioni comunitarie⁴ - rendendo, a questo punto, concreto il rischio di un deferimento innanzi alla Corte di Giustizia Europea - spiace constatare che ad essere stata travolta dai citati effetti abrogativi vi sia anche la Direttiva 97/43/Euratom che, in quanto attuata con d.lgs. 187/00, costituiva l'unico scampolo normativo, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, da cui ricavare una regolamentazione, seppur appena abbozzata⁵, per l'impiego della radiologia con finalità non eminentemente sanitarie⁶. In particolare, la medesima - impregiudicata la necessità di ottimizzare i livelli di esposizione, nel senso di contenerli sempre entro valori minimi - legittimava il ricorso ad accertamenti radiologici nell'ambito di procedimenti giudiziari, segnatamente per il perseguimento di interessi aventi natura medico-legale, attraverso il contemperamento di opposte esigenze, laddove il sacrificio alla salute del soggetto sottoposto a radiazioni era considerato giustificabile in funzione dei vantaggi conseguibili dalla collettività: ad esempio la prevenzione, la repressione e l'accertamento dei reati⁷.

dimenti di protezione sanitaria applicabili e sul comportamento da adottare in caso di emergenza radioattiva», "90/641/Euratom" («concernente la protezione operativa dei lavoratori esterni esposti al rischio di radiazioni ionizzanti nel corso del loro intervento in zona controllata»), "96/29/Euratom" («norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti»), "97/43/Euratom" («riguardante la protezione sanitaria delle persone contro i pericoli delle radiazioni ionizzanti connesse a esposizioni mediche») e "2003/122/Euratom" («sul controllo delle sorgenti radioattive sigillate ad alta attività e delle sorgenti orfane»).

⁴ Tra gli esponenti politici italiani, il solo ad aver esternato pubblicamente la propria opinione è stato il Sottosegretario di Stato alla Salute che, nel corso di un'interrogazione parlamentare del 21 febbraio 2019, ha tenuto a precisare: «pur nel protrarsi della cennata situazione di stasi, l'Istituto Superiore di Sanità ritiene, comunque, che le iniziative già assunte in ambito nazionale al fine di contrastare i rischi derivanti dal *radon* pongano l'esperienza italiana tra le migliori in ambito internazionale [...] il Ministero della salute è comunque consapevole che debba giungere, al più presto, il recepimento della Direttiva 2013/59/Euratom, il quale, tuttavia, potrà conseguire solo in esito ad un pieno accordo da parte delle numerose amministrazioni coinvolte» (http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=71249).

⁵ Non a caso, l'art. 5 par. 4 della Direttiva "97/47/Euratom" diffidava gli Stati membri perché si adoperassero nel garantire confacenti «procedure da seguire nel caso di esami medico-legali».

⁶ La legislazione italiana, in tema di radiologia, annovera solamente altri due corpi normativi ossia il d.lgs. 230/95 («norme fondamentali di radioprotezione a tutela dei lavoratori e della popolazione») ed il d.lgs. 52/07 («sul controllo delle sorgenti radioattive sigillate ad alta attività e delle sorgenti orfane»), recettivi rispettivamente delle direttive "89/618/Euratom", "90/641/Euratom" e "96/29/Euratom" (il primo), nonché "2003/122/Euratom" (il secondo).

⁷ Significative, a tal riguardo, sono le disposizioni della Direttiva "97/47/Euratom" di cui agli artt. 1 par. 2 lett. e) («la presente direttiva si applica anche alla ... esposizione di persone nell'ambito di procedure medico-legali»), 2 (per «procedure medico-legali» si intendono «procedimenti effettuati a fini assicurativi o legali, senza indicazione medica»), 3 par. 1 («le esposizioni mediche di cui all'articolo 1, paragrafo 2

L'improvviso vuoto legislativo venutosi a creare in materia tanto delicata quanto sottovalutata offre allora lo spunto per una nuova e più accurata riflessione in merito ai dicotomici rapporti che intercorrono tra gli esami radiologici ed il processo penale; un connubio senz'altro fragile e che, ad una disamina nemmeno troppo attenta, mette a nudo tutta l'inesperienza del legislatore interno nel tratteggiare un appagante punto d'equilibrio per il compimento, vieppiù in maniera coattiva, di atti cognitivi sul corpo umano.

2. *Inquadramento sistematico: la "giuridificazione" del corpo umano.* In una prospettiva assiologica, è corretto rilevare come il nostro ordinamento, forte di una consolidata elaborazione teorica, si sia sempre mostrato maggiormente incline alla tutela della persona intesa quale "fonte di prova dichiarativa": fermo restando il generale diritto al silenzio riconosciuto all'indagato/imputato⁸ ed a pochi altri "eletti"⁹, il cono di luce è rappresentato

devono mostrare di essere sufficientemente efficaci mediante la valutazione dei potenziali vantaggi diagnostici o terapeutici complessivi da esse prodotti, inclusi i benefici diretti per la salute della persona e della collettività, rispetto al danno alla persona che l'esposizione potrebbe causare ... particolare attenzione è rivolta alla giustificazione di quelle esposizioni che non presentano un beneficio diretto per la salute delle persone esposte, in particolare le esposizioni per motivi medico-legali», 3 par. 3 («un'esposizione che non può essere giustificata dovrebbe essere vietata»), 4 par. 2 («gli Stati membri provvedono a che sia fatta particolare attenzione che la dose derivante dalle esposizioni medico-legali di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera e sia mantenuta al livello più basso ragionevolmente ottenibile») e 5 par. 4 («gli Stati membri si adoperano per stabilire procedure da seguire nel caso di esami medico-legali»).

⁸ Sul tema AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 410; AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio o dovere di collaborazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 3587; CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Torino, 2002, 7 ss.; CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso tra diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 20 ss.; CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 2000, 1077; DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1027; GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 821; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 5 ss.; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 319 ss.; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 319 ss.; MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 611; PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 308; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 101 ss.; PERONI, *Precisazioni in tema di diritto al silenzio ed impiego delle misure cautelari per esigenze probatorie*, in *Cass. pen.*, 1993, 1183; TONINI, *Giusto processo, diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, 729; TONINI, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 835; VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 87.

dal rispetto della libertà morale in virtù della quale «le informazioni che l'individuo possiede appartengono al foro interno e vengono a esistenza solo attraverso la sua volontà [...] tale processo volitivo deve restare libero e l'ordinamento non può in alcun modo interferire, neppure in presenza del consenso dell'interessato»⁹.

Eppure, «da qualche decennio, dinanzi all'inarrestabile evoluzione della scienza e della tecnica, il corpo – del vivente, beninteso, perché il cadavere ha sempre “parlato” – ha acquisito una peculiare e inedita valenza cognitiva: si è infatti notevolmente amplificata la capacità del corpo di fornire informazioni direttamente, a prescindere dalla parola del suo titolare. I capelli, le unghie, le immagini ossee forniscono informazioni utili all'accertamento penale»¹¹.

In poche parole, il corpo umano si è «giuridificato»¹² e l'originaria concezione monistica dell'individuo è stata trapassata dalla sua ripartizione in “organo di prova” ed “oggetto di prova”¹³; mentre con la prima accezione si suole indica-

⁹ Ci si riferisce a quelle categorie di soggetti assistiti da un privilegio contro l'autoincriminazione – i c.d. “testimoni assistiti” (art. 197-bis, co. 4, c.p.p.) ed i prossimi congiunti (art. 199 c.p.p.) –, i portatori di uno specifico segreto – sia esso professionale (art. 200 c.p.p.), d'ufficio (art. 202 c.p.p.), di Stato (art. 203 c.p.p.) o di polizia (art. 204 c.p.p.) – ed i non punibili in caso di mancata risposta alle domande poste dalle parti processuali (art. 384 c.p.).

¹⁰ Così CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali”: il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 994.

¹¹ In questi termini GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 2, 559 s. Specularmente l'antropologo e storico del diritto BAUD, *Il caso della mano rubata*, a cura di Mazzoni, Milano, 2003, 50: «la fine del XX secolo resterà nella storia del diritto come l'epoca in cui la riflessione giuridica ha dovuto riscoprire il corpo, mentre il sistema di pensiero in cui si muoveva era stato costituito, duemila anni prima, perché non se ne parlasse, perché non dovesse dunque pronunciarsi sulla sua natura giuridica».

¹² Il neologismo è di RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 477 che, tra l'altro, distingue «il corpo dell'uomo e quello della donna; il corpo vivo e il corpo morto; il corpo dei maggiori e dei minori d'età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani; il corpo dei familiari e degli estranei; il corpo malato e il corpo sano; il corpo prima e dopo la nascita, il corpo “potenziale” o “progettato” e attuale; il corpo “terminale” e quello “recuperabile”; il corpo degli organi singoli o doppi; il corpo dei tessuti rigenerabili e non rigenerabili; il corpo dei tessuti fetali e non; il corpo delle cellule somatiche o germinali». Fin troppo al passo con i tempi BOCCIA, *Questo numero*, introduzione di *La legge e il corpo*, in *Dem. dir.*, 1996, 5 che già suggeriva la creazione di «uno statuto sul corpo umano» stante le «radicali trasformazioni che le tecnologie hanno prodotto nella materialità dei corpi, ma anche nelle rappresentazioni e nel pensiero sul corpo».

¹³ Tale ripartizione concettuale è stata esaminata da BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003, 83 ss.; BOIANO, *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *Cass. pen.*, 2009, 4350; BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo ematico*, in *Cass. pen.*, 2004, 4172; CAPITA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, 106 ss.; CAVALLARI, *La capacità dell'imputato*, Milano, 1968, 180; DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009, 139 ss.; DOMINIONI, *Imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 811; DOMINIONI, *Le*

re una persona che svolge un'attività la cui «esplicazione principale sta nel contributo attivo consistente nel rendere dichiarazioni relative all'accertamento del fatto»¹⁴, con la seconda essa viene equiparata ad una «mera realtà fisica sottoposta ad osservazione [...] in condizione di soggezione rispetto ad atti probatori che riguardano il suo corpo»¹⁵.

E sebbene tale processo di transizione possa ritenersi ben avviato – tanto che il novero delle fattispecie legali implicanti accertamenti corporali, ognuno dotato di diverso grado d'incidenza, è oramai eterogeneo¹⁶ – comunque il soggetto che assume la veste di “fonte di prova reale”, divenendo dunque titolare di una nuova situazione giuridica, continua a scontare numerosi *deficit* di tutela

parti nel processo penale - Profili sistematici e problemi, Milano, 1985, 156 s.; DOMINIONI, *Le parti private nel processo penale*, Milano, 1974, 195; FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 33; FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà del soggetto*, in *Cass. pen.*, 1990, 653; FLORIAN, *Delle prove penali*, 3^a ed., Milano, 1921; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1924, 136; FLORIAN, *Diritto processuale penale*, 3^a ed., Torino, 1939, 277 ss.; FOSCHINI, *L'imputato - Studi*, vol. III, Milano, 1956, 73; GIARDA, *Persistendo il reo nella negativa*, Milano, 1980, 5 ss.; GUARNIERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, 140; ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 191 ss.; MACCHIA, *Imputato*, in *Nss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1983, 121 s.; MOSCARINI, *Le prove penali non dichiarative fra tutela dei diritti umani e difesa sociale nell'ottica della Corte Costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 710; GI. SABATINI, *Situazioni dell'imputato dal punto di vista della sua personalità nel vigente codice di procedura penale italiano*, in *Scuola pos.*, 1948, 553 ss.; GU. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, 3^a ed., vol. I, Catania, 1948, 101 ss.; SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. Principi costituzionali*, Milano, 1999, 123; UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 9 s.

¹⁴ FELICIONI, *Brevi note sul rapporto fra diritto al silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto*, in *Cass. pen.*, 1995, 3469 s.

¹⁵ LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Verona, 2002, 57.

¹⁶ Poco prima che la L. n. 85/09 introducesse l'art. 224-bis c.p.p., FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 468 riepilogava nel seguente modo: «alcuni attengono all'aspetto esteriore della persona e sono esperibili anche coattivamente; altri comprimono la sfera intima della persona tutte le volte in cui le indagini riguardano parti del corpo non esposte all'altrui vista; altri, ancora, vengono eseguiti con tecniche invasive. Sono accertamenti che, attuabili nelle indagini o in sede di formazione della prova, si esplicano sul corpo della persona anche, se del caso, con strumentazioni scientifico-tecnologiche. In relazione alle indagini compiute dalla polizia giudiziaria vanno citati i rilievi e accertamenti (art. 349) ovvero il prelievo di saliva o di capelli (art. 349, comma 2-bis) finalizzati all'identificazione dell'indagato, i rilievi e accertamenti urgenti su persone che possono comportare anche il prelievo di materiale biologico (art. 354) ovvero le perquisizioni urgenti (art. 352). A tali ipotesi normative si devono aggiungere, inoltre, quelle previste da disposizioni speciali come l'art. 103 t.u. stup. che disciplina sia attività ispettive, sia perquisizioni eseguibili dalla polizia giudiziaria in chiave di prevenzione del reato. Sempre in relazione alle indagini preliminari, viene in considerazione l'attività del pubblico ministero che può compiere l'individuazione di persona (art. 361), accertamenti tecnici (artt. 359-360) nonché ispezioni personali. Infine, sul piano della formazione della prova, vanno menzionate la ricognizione di persone (art. 213) e la perizia da effettuarsi sul corpo umano (art. 220)».

emblematici della distanza incolmabile che separa il fisiologico progredire del sapere scientifico dall'ontologica staticità del diritto.

Si ponga mente a colui il quale viene sottoposto coattivamente ad esami radiologici: da quest'angolo di visuale, le guarentigie costituzionali appaiono finanche più solide e tangibili rispetto alla salvaguardia della libertà morale posto che a venir in rilievo sono diritti individuali – quali la dignità, la libertà personale ovvero la salute – noti per la loro inviolabilità ed incomprimibilità. Ciò nonostante – lo si vedrà meglio nel prosieguo – il contesto ordinamentale è contrassegnato da anomia: difetta un'espressa tipizzazione dei vari accertamenti radiologici conosciuti, di conseguenza manca una cernita di quelli che possono essere validamente somministrati nel processo penale, non risultano neanche sommariamente indicate le relative modalità esecutive, assai dubbia e la loro classificazione giuridica e nemmeno è mai stato stilato un elenco tassativo di "casi" entro i quali è ammissibile il ricorso alla radiologia per finalità di giustizia e difesa sociale.

In sostanza, ci si trova al cospetto di un microcosmo dove la proceduralizzazione dell'atto cognitivo-radiologico risulta affidata ad ondivaghe interpretazioni giurisprudenziali ed invalse (ma non si quanto corrette) prassi operative, da cui inevitabilmente discende un affastellamento di «stravaganze sistematiche, incongruenze funzionali e corrività costituzionali»¹⁷.

3. *Gli esami radiologici nel processo penale.* Volendo prendere in considerazione i vari modelli processuali attraverso cui si snoda la ricognizione giudiziale di stampo penalistico, l'esperienza pratica consegna allo studioso due differenti modalità di impiego della radiologia: in entrambe le ipotesi lo strumento esplorativo è sempre lo stesso – *id est* la radiografia – tuttavia, tra loro, sensibile è la divergenza di intenti.

Iniziando con la prima, la disciplina di riferimento è dettata dal combinato operare degli artt. 67 c.p.p. («in ogni stato e grado del procedimento, quando vi è ragione di ritenere che l'imputato sia minorenne, l'autorità giudiziaria trasmette gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni») e 8, co. 1, del d.P.R. n. 448/88 («quando vi è incertezza sulla minore età dell'imputato, il giudice dispone, anche di ufficio, perizia»). Dalla lettura simbiotica di tali disposizioni emerge come eventuali dubbi in-

¹⁷ Parole mutuabili in questa sede ed utilizzate da GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo "stradale" tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 2, 559 per descrivere alcune riforme che, successivamente al 1996 e fino alla L. n. 85/09, hanno provato a regolamentare il prelievo biologico forzoso.

sorti sull'età anagrafica di un soggetto sottoposto a procedimento penale – dai quali dipende l'individuazione della normativa, sostanziale e procedimentale, applicabile al caso concreto¹⁸ – debbano essere risolti dal Tribunale per i minorenni che, nella veste di organo funzionalmente competente¹⁹, all'uopo dispone perizia.

Ora, al di là delle incertezze dogmatiche su quale sia il momento temporale in cui l'accertamento peritale diventa esperibile²⁰, quel che qui interessa è che, per consolidata giurisprudenza²¹, il medesimo può essere eseguito avvalendosi

¹⁸ Le conseguenze pratiche che potrebbero derivare dall'applicazione dell'una ovvero dell'altra normativa sono analizzate da LANZA, *L'accertamento dell'età del giovane imputato*, in *Dir. fam.*, 2006, 2, 892: «i profili sostanziali sono costituiti: dall'esigenza di verificare la possibilità di punire il giovane, in considerazione della presunzione invincibile di non imputabilità degli infraquattordicenni; dalla necessità di appurare caso per caso la capacità d'intendere e di volere del minore ultraquattordicenne; dall'effetto della diminuzione di pena per la condizione di minorenni imputabile; dall'inapplicabilità delle pene accessorie per condanne infraquinquennali; dalla disciplina del perdono giudiziale; dai maggiori margini di operatività della sospensione condizionale della pena per i giovani; dalle conseguenze di tipo sostanziale connesse con la sentenza dichiarativa della irrilevanza del fatto; dall'estinzione del reato a seguito della messa alla prova. Costituiscono profili procedimentali: la già rilevata attribuzione della competenza penale al Tribunale per i minorenni in ragione dell'età al momento del fatto; l'applicabilità delle norme del d.P.R. n. 448/1988; la diversa durata dei termini massimi di custodia cautelare prima e dopo il compimento del sedicesimo anno di età; la facoltà dell'imputato sedicenne di chiedere lo svolgimento a porte aperte dell'udienza dibattimentale; il diritto all'assistenza affettiva e psicologica, che cessa al raggiungimento della maggiore età; la c.d. ultra-attività del sistema minorile per i condannati infraventunenni, che beneficeranno dell'esecuzione delle misure limitative della libertà personale secondo le modalità previste per i minorenni; la permanenza della competenza della magistratura di sorveglianza minorile per i condannati infraventicinquenni».

¹⁹ DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 1999, 158 ss. si spingono a sostenere che, nel caso in cui il Tribunale per i minorenni accerti che l'imputato è maggiorenne, al giudice ordinario sarebbe precluso sollevare conflitto negativo di competenza.

²⁰ Sulla possibilità di un suo espletamento anche nel corso della fase investigativa si contrappongono tre linee di pensiero: da una parte GIANNINO, *Il processo penale minorile*, 2^a ed., Padova, 1997, 44, PITTARO, *Commento all'art. 8*, in *Commento al c.p.p. - Leggi collegate*, coordinato da Chiavario, vol. I, *Il processo minorile*, Torino, 1994, 76 s. e PRESUTTI, *Gli organi della giustizia minorile*, in *Dir. proc. pen. min.*, a cura di Palermo, Fabris e Presutti, Milano, 2002, 329 che, conferendo tassatività al riferimento normativo al «giudice», ritengono che, durante le indagini preliminari, possa svolgersi perizia solo per mezzo di incidente probatorio ex art. 392, co. 1 lett. f), c.p.p.; di diverso avviso CUTRONA, *Commento all'art. 8*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, 3^a ed., a cura di Giostra, Milano, 2009, 91, LANZA, *Le indagini preliminari e le misure cautelari*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Pennisi, Milano, 2004, 260 e PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 149 ss. che, da par loro, considerano legittima la «perizia» pur quando l'atto di impulso promana esclusivamente dal pubblico ministero; infine LATTI, *L'attività d'indagine sui minori*, Torino, 2001, 38 s. che, in forza dell'art. 349, co. 1 e 2, c.p.p., riconduce l'identificazione dell'indagato ad attività di polizia giudiziaria e, come tale, la ritiene addirittura svincolata da ogni autorizzazione da parte del magistrato competente.

²¹ In ordine cronologico, dalla più datata alla più recente, Cass., sez. II, 9.12.1991, Iovanovic, in *Giur. it.* 1993, II, 74; Cass., sez. V, 28.5.1993, Rodolovic (n. 7027), in *Mass. pen. cass.* 1994, 2, 78; Cass., sez. I,

dell'auxologia ovverosia quella branca di scienze, mediche e non, che studia le caratteristiche dei processi di accrescimento dell'organismo umano, indagandone gli aspetti quantitativi e qualitativi, allo scopo di definire le diverse fasi di variazione individuale, ivi compresi gli aspetti patologici²². Ovviamente, trattandosi di materia multidisciplinare²³, solo una piccola parte è stata presa in prestito dalla giurisdizione penale: ed infatti - tralasciando lo

23.6.1993, Jovanovic, in *Cass. pen.* 1994, 2766; Trib. min. L'Aquila, 16.11.1994, M.I. (n. 402), in *Giur. it.* 1995, II, 584; Cass., sez. V, 17.1.1997, Davidovic (n. 183), in *Giust. pen.* 1998, III, 116; Cass., sez. I, 28.2.2000, Salil (n. 1449), in *Cass. pen.* 2001, 1291; Cass., sez. VI, 22.1.2003, Kaddouri (n. 22536), in *Cass. pen.* 2004, 2919; Cass., sez. VI, 10.3.2003, Sajfiddine (n. 18336), in *Cass. pen.* 2004, 2920; Cass., sez. IV, 9.7.2003, Assan (n. 38379), in *Cass. pen.* 2005, 3, 904; Cass., sez. V, 24.9.2004, Jankovic, *inedita*; Cass., sez. IV, 10.12.2004, n. 47941, *inedita*; Cass., sez. V, 19.10.2005, D. (n. 9493), in *CED Cass. pen.* 2006, rv 233883; G.i.p. Milano, 27.10.2005, -, in *Il foro ambrosiano* 2005, 4, 429; Trib. Milano, 5.12.2005, -, in *il Foro ambrosiano* 2005, 4, 431; Cass., sez. I, 5.12.2005, n. 44367, *inedita*; Cass., sez. IV, 3.2.2006, Duric (n. 8164), in *Guida al diritto*, 2006, 20, 103; Cass., sez. V, 4.4.2007, n. 13847, *inedita*; Cass., sez. I, 11.7.2007, C. (n. 32810), in *CED Cass. pen.* 2007, rv 23780901; Cass., sez. I, 28.1.2008, S. (n. 7328), in *CED Cass. pen.* 2008, rv 239305; G.i.p. Torino, 5.3.2013, n. 501, in *Redazione Giuffrè* 2013; Cass., sez. I, 30.3.2016, T. (n. 27983), in *CED Cass. pen.* 2016, rv 267056; Cass., sez. I, 21.10.2016, C. (n. 21312), in *CED Cass. pen.* 2017, rv 270038; Cass., sez. I, 22.5.2018, A. (n. 31060), in *CED Cass. pen.* 2018, rv 273486.

²² Tra la copiosa letteratura, nazionale ed internazionale, rifulgono gli studi di ACHESON-VICENCIO-FOWLER, *Studies in the reliability of assessing skeletal maturity from X-rays*, in *Human Biology*, 1966, 38, 204; COLE-COLE, *Bone age estimation: a comparison of methods*, in *Br. J. Radiol.*, 1988, 61, 683; GREULICH-PYLE, *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*, 2^a ed., in *Stanford University press*, California, 1959; MANERA, *Osservazioni sul modo di computare l'età di una persona agli effetti penali*, in *Riv. pen.*, 1999, 351; NICOLETTI, *Crescita e maturazione scheletrica*, in *Edizioni Centro Studi Auxologici*, Firenze, 1990; NICOLETTI-CHELI-PANDIMIGLIO-MORI, *Valutazione della maturità scheletrica. Metodo del profilo scheletrico percentilico semplificato*, in *Rad. med.*, 1983, 3, 104; PESCARINI-CAZZULANI-POZZATO, *L'età ossea: metodi di determinazione e aspetti applicativi*, in *Atti del Convegno di Studio Radiologia e Medicina Legale*, Montecatini Terme, 21-22 ottobre 1994, *I quaderni del radiologo* 1995, 9, 37; ROCHE, *Sex-associated differences skeletal maturity*, in *Acta Anatomica*, 1968, 71, 321; ROCHE-CHUMLEA-THISSEN, *Valutazione della maturità scheletrica di mano e polso: il metodo di FELS*, in *Edizioni Medico scientifiche*, Torino, 1996; ROCHE-JOHNSON, *A comparison between methods of calculating skeletal age (Greulich-Pyle)*, in *Am. J. Phys. Anth.*, 1969, 30, 221; TANNER, *Principles in the evaluation of skeletal age*, in *Problems in Pediatric Endocrinology*, Academic Press, Londra, New York, 1980; TANNER-OSHMANN-FARANGHISE-BAHHAGE-HEALY-TANNER, *Whitehouse bone age reference values for North american children*, in *J. pediatr.*, 1997, 131, 34; TANNER-WITTHEHOUSE-CAMERON, *Valutazione della maturazione scheletrica e predizione dell'altezza adulta (metodo TW2)*, in *Martinucci Pubblicazioni Mediche*, Napoli, 1990; TANNER-WITTHEHOUSE-MARSHALL-HEALY-GOLDSTEIN, *Assessment of skeletal maturity and prediction of adult height (TW2 Method)*, in *Academic Press*, Londra, 1975; THOMPSON-POPOVICH-LUKS, *Sexual dimorphism in hand and wrist ossification*, in *Growth*, 1973, 37, 1; TODD, *Atlas of Skeletal maturation*, in *Kimpton*, Londra, 1937; VICHI-GIALLI-GALLUZZI-MILANO-SALTI-GAZZERI-LACAUZA, *The assessment of Skeletal maturity in infancy*, in *Problems in Pediatric Endocrinology*, Academic Press, Londra, New York, 1980.

²³ Si consideri che nell'auxologia sono generalmente ricomprese scienze quali la pediatria, l'endocrinologia, la fisiologia, l'epidemiologia, la neurologia, la dietologia, l'antropometria, l'ergonomia, l'economia, l'antropologia, l'igiene e la sociologia.

studio dei «caratteri morfoantropometrici generali, quali la statura, il peso e lo sviluppo corporeo complessivo con riguardo alla perimetria toracica, all'apertura delle braccia [...] al grado di maturazione sessuale» che «consentono solo dei giudizi approssimativi sull'età del soggetto»²⁴ - gli «esami auxologici» esportati in campo giudiziario sono essenzialmente due.

Il primo di essi è costituito dalla radiografia del polso e/o della mano. L'immagine radiogrammata in posizione dorso-palmare è comparata con degli atlanti di riferimento²⁵ ove sono riportati i corrispondenti dati di ossificazione della popolazione media che fungono quindi da indicatori di invecchiamento²⁶: il raffronto morfologico muove dalla compulsazione dei nuclei delle estremità epifisarie e permette di risalire al grado di maturazione scheletrica di una persona, nonché all'età cronologica della stessa. E' opinione diffusa che le risultanze scaturenti da siffatta indagine siano particolarmente affidabili in quanto «il processo di sviluppo e di ossificazione è da tempo perfettamente conosciuto e i parametri del grado di maturazione scheletrica, desumibili attraverso l'indagine radiologica, sono ritenuti tra i più attendibili» presentando «una minore variabilità e quindi una migliore correlazione con l'età reale. Nell'individuo normale lo sviluppo dello scheletro avviene in tutte le sue parti armoniosamente e dall'esame dei vari nuclei di ossificazione e delle estremità epifisarie è possibile ricavare un indice medio di sviluppo osseo, cioè l'età scheletrica propria del soggetto in esame, dal momento che l'ordine di comparsa dei nuclei delle singole regioni, lo sviluppo delle dimensioni e della forma fino alla stabilità assoluta propria dell'adulto segue scadenze fisse durante il periodo di accrescimento»²⁷.

²⁴ ERAMO, *Tecniche di accertamento dell'età minorile*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 442 s.

²⁵ Il più famoso è quello edito, nel 1950, da Greulich e Pyle criticato da ONELLI-IVANOVIC-ABLIN-BARLOW, *Bone age in children of diverse ethnicity*, in *Am. Journ. of Roentgenology*, 1996, 1395 sul presupposto che, quando occorre accertare l'età di ragazzi non caucasici, sarebbe poco attendibile in quanto si basa su un archivio di immagini tutte riconducibili a bambini bianchi americani.

²⁶ Sul punto VANCHERI, *Art. 8 - Accertamento sull'età del minore*, in *Esperienze di giustizia minorile*, a cura di Pazè, 1994, 69.

²⁷ E' la conclusione cui pervengono CRESTANI-PESCARINI-TALENTI-BETTI-CORTIVO, *Diagnosi di età sul vivente mediante indagine radiologica: rassegna casistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 1562 i quali però danno altresì contezza di come eventuali fattori esterni possano provocare disallineamenti temporali, in senso sia acceleratorio che deceleratorio, nella crescita e nello sviluppo delle ossa umane: «l'accrescimento osseo è controllato dal genoma che determina la comparsa dei centri di ossificazione; gli ormoni ed i fattori di crescita influiscono successivamente sul processo in modo da produrre quei cambiamenti che nel tempo conducono alla maturazione totale, anche se ciò avviene in tempi diversi sia per la variabilità individuale, sia per una serie di fattori, talora episodici, che tendono ad accelerare o decelerare l'accrescimento. Un punto fermo sulla diversa velocità di crescita è relativo al sesso: le femmine sono in anticipo di 3 settimane rispetto ai maschi già alla metà del periodo fetale, di 4-6 settimane alla nascita e mediamente di 2 anni alla pubertà. L'effetto ormonale sulla velocità della maturazione è

La verifica così condotta è comunemente definita di tipo “qualitativo”. Nella (remota) ipotesi in cui permanga controversia sull’età del soggetto esaminato vengono in soccorso i c.d. “metodi quantitativi” che, astraendosi dall’osservazione visiva del livello di ossificazione, si incentrano sulla trasformazione delle immagini in dati numerici (peso, altezza e larghezza) in modo tale che le medesime diventino catalogabili e, come tali, suscettive di apprezzamento statistico²⁸.

Ulteriore tecnica, sempre di matrice auxologica, per determinare la minore ovvero la maggiore età dell’imputato consiste nello studio dell’apparato sto-

ben documentabile qualora si confronti lo sviluppo osseo di un’adolescente femmina mestrata e un’altra di pari età non mestrata. Se si considera invece l’appartenenza etnica si nota che le popolazioni nordiche hanno una maturazione scheletrica più lenta di quelle mediterranee e le femmine in particolare hanno un menarca più tardivo. Numerosi studi hanno poi documentato molti fattori estrinseci che influiscono sulla fisiologia della crescita, quali la nutrizione, le infezioni, il clima, l’urbanizzazione, le condizioni socioeconomiche. Infine, alcune malattie si manifestano a livello osseo non solo alterando il ritmo di crescita ma anche apportando vere e proprie anomalie della maturazione scheletrica: ricordiamo cause centrali e generali (accondroplasia, condrodiplosia, malnutrizioni, malattie croniche, obesità, disfunzioni ipotalamiche), malattie dell’ipofisi (iper e ipo-pituitarismo, tumori), delle gonadi (ipogonadismo, displasie, alterazioni di differenziazione sessuale, variazioni di sviluppo), delle surrenali (addison, cushing, adrenogenitale), della tiroide (cretinismo, ipertiroidismo), delle paratiroidi (iper, ipo, pseudo-ipoparatiroidismo)».

²⁸Di particolare interesse l’approfondimento effettuato sempre da CRESTANI-PESCARINI-TALENTI-BETTI-CORTIVO, *Diagnosi di età sul vivente mediante indagine radiologica: rassegna casistica*, cit., 1563: «nei metodi quantitativi la definizione dell’età scheletrica non è connessa al solo rilevamento visivo dei nuclei di ossificazione e al confronto con tabelle o immagini di riferimento. Le osservazioni vengono infatti trasformate in valori numerici, in valutazioni quantitative, correlabili ad esempio al peso, all’altezza e quindi passibili di elaborazione statistica. I metodi, iniziati nel 1966 da Acheson, sono stati poi perfezionati da Tanner e Whitehouse in fasi successive. L’atlante di Tanner, che si è avvalso di un grosso gruppo di lavoro, costituisce a tutt’oggi il riferimento classico per una valutazione quantitativa dell’età ossea. L’autore utilizza la sola radiografia della mano, analogamente a Greulich e Pyle. Riconosce nei nuclei ossei gli indicatori di maturazione e nelle modificazioni della forma, dei profili, nella comparsa di alcune particolarità, stadi diversi ai quali assegna un punteggio ottimizzato; in questa fase non distingue i sessi (Tanner I). Successivamente costruisce un sistema più organico: distingue i sessi e introduce il sistema di punteggio ponderato, mediante coefficienti derivati da considerazioni biologiche. Viene così modificato “il peso” di ogni nucleo che contribuisce in entità diverse al punteggio globale (Tanner II). In questo modo le ossa carpali incidono in percentuale più significativa di quelle falangee. Per eliminare poi il fenomeno della ridondanza riduce il numero di alcune ossa che partecipano in modo esagerato alla determinazione del punteggio totale, cioè le dita. Infine, Tanner basa il suo metodo anche nell’attenta proporzione di partecipazione delle singole ossa, assegnando il 50% del punteggio alle ossa carpali e il 50% al RUS (radio, ulna, I, III e V dito). I punteggi del carpo derivano dallo stadio raggiunto da 7 ossa, escludendo il pisiforme e i sesamoidi. Al RUS contribuiscono ulna e radio per il 10% ciascuno e per il rimanente 30% le dita dispari della mano per un totale di 13 punteggi. Il metodo appare senza dubbio più indaginoso degli altri, ma sembra anche il più rigoroso nell’elaborazione e nella scelta dei parametri e permette alla fine un’immediata trasformazione tabulare del punteggio nell’età ossea espressa in anni e frazioni decimali di anno mediante il riconoscimento degli stadi maturativi di 20 ossa della mano. Poiché ad ogni stadio corrisponde un punteggio, la somma totale determina l’età ossea secondo una tabella di conversione».

matognatico²⁹. Nell'uomo, le strutture dentarie si connotano per una duplice dentizione, decidua e permanente, che tende a sorgere ed a modificarsi in base a tempistiche predefinite: pertanto, la radiografia panoramica delle arcate - utilmente praticabile dalla genesi del procedimento di mineralizzazione fino alla sostituzione dell'ultimo dente "da latte" - consente di ottenere preziosi e, secondo alcuni³⁰, oggettivi elementi a riscontro del percorso evolutivo. A seconda dei casi, l'ortopantomografia³¹ adotta quale parametro di valutazione l'apparizione di germi dentali, la formazione dello smalto e della linea neonatale³², nonché l'eruzione dentale anche se - bisogna dirlo - quest'ultimo *input* è dotato di minore efficacia predittiva rispetto ai restanti poiché influenzato da fattori esterni quali l'alimentazione ed il metabolismo³³. Ad ogni modo, la diagnosi scientificamente più accreditata è quella che ha ad oggetto lo stadio di mineralizzazione degli elementi dentari e, dunque, il grado di sviluppo coronale e radicolare³⁴; inoltre, proprio per la fascia di età tra i diciassette ed i diciannove anni, sovente oggetto di accertamento giudiziario, acquisisce precipua rilevanza «la maturazione del dente del giudizio, in quanto dopo i 15-17 anni sono già completamente mineralizzati gli altri elementi

²⁹ Il rapporto efficientistico che lega l'auxologia con lo studio dei denti è compulsato da DEMIRJIAN-LEVESQUE, *Sexual differences in dental development and prediction of emergence*, in *J. dent. res.*, 1980, 59, 1110; DiLORENZO-POLICINO-LAINO-QUAREMBA-GRAZIANO, *Su una esperienza comparativa di metodiche radiografiche per l'identificazione di età in soggetti in fase di crescita*, in *Atti del XXXIII Congresso Nazionale S.I.M.L.A.: "La metodologia medico-legale nella prassi forense"*, Brescia 25-28 ottobre 2000, Milano, 2002, 1151; TEIVENS-MORNSTAD, *A comparison between dental maturity rate in the Swedish and Korean populations using a modified Demirjian method*, in *J. forensic odontology*, 2001, 19, 31.

³⁰ Accreditano l'oggettività dei risultati CONTI-FORNACIARI-PAGANELLI-FERRARI, *Ortopantomografia nell'adolescenza ed imputabilità*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1989, 116; GONCALVES-FERREIRA, *Estimativa de idade em Crianças Baseada nos estagios de mineralização dos dentes permanentes, com finalidade Odontolegal*, in *Odontologia e Sociedade*, 1998, 1, 55; PORTIGLIATTI-ROBETTI-ORIO-FESTA, *L'accertamento dell'età dentaria nel secondo decennio di vita quale contributo alla definizione della competenza dei Tribunali minorili*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 4, 863; RITZTIMME-CATTANEO-COLLINS-WAITE-SHUTZ-KAATSCH-BORRMAN, *Age estimation: the state of the art in relation to the specific demands of forensic practise*, in *Int. j. leg. med.*, 2000, 113, 129.

³¹ Nome tecnico per indicare la radiografia panoramica delle arcate dentarie.

³² Le cadenze procedurali che scandiscono tale verifica sono state ricostruite da CRESTANI-BORDIGNON-BETTI-PRADELLA-CORTIVO, *La diagnosi di età dentaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 18, 388.

³³ La critica è mossa da NYSTROM-PECK-KLEEMOLA-KULAJA-EVALAHTI-KATAJA, *Age estimation in small children: reference values based on counts of deciduous teeth in Finns*, in *Forensic sci. int.*, 2000, 110, 179 e POSEN, *The effect of premature loss of deciduous molars on premolars eruption*, in *Angle Orthod.*, 1965, 35, 249.

³⁴ Di questo pensiero DEMIRJIAN-GOLDSTEIN, *New system for dental maturity based on seven and four teeth*, in *Ann. hum. biol.*, 1976, 3, 411 e NOLLA, *The development of the permanent teeth*, in *J. dent. child.*, 1960, 27, 254.

dentari e dopo i 17 anni frequentemente non sono più valutabili gli indici ossei del polso di ausilio nelle epoche precedenti della vita [...] il dente del giudizio dimostra una correlazione con l'età che pur essendo di grado minore rispetto a quella dimostrata da tutti gli altri elementi dentari, è in grado di fornire utili e talora dirimenti elementi di giudizio sull'età del soggetto proprio per le fasce di età intorno ai diciotto anni»³⁵.

Passando ora alla seconda tipologia di esame radiologico, deve segnalarsi come il processo penale, già da parecchi anni, ne usufruisca a piene mani per contrastare il traffico internazionale di sostanze stupefacenti e psicotrope. Come nel passato erano diffuse le pratiche di «occultamento rettale di diamanti da parte dei minatori del Transvaal» ovvero di «microfilm» durante la guerra fredda³⁶, adesso le organizzazioni criminali, perlopiù sudamericane e nigeriane, assoldano terzi soggetti – definiti nel gergo italiano “ovulatori” ed in quello spagnolo *las mulas* (muli da carico) o *correos humanos* (posta umana) – affinché trasportino, nascosti nel loro corpo, droghe di vario genere.

La metodologia è quella di modellare degli ovuli di dimensione e peso variabile che, al fine di resistere agli acidi gastrici³⁷, vengono rivestiti con del materiale isolante – quale cellofan, *lattice*, plastica o anche dei semplici preservativi – e, successivamente, ingeriti dal “corriere”; in alternativa, il nascondimento avviene all'interno del condotto vaginale ovvero della cavità rettale³⁸ e, in quest'ultimo caso, il “narco-trasportatore” esegue dei movimenti diaframmatici funzionali a consentirne il collocamento nei tratti prossimali dell'intestino. E' chiaro che, in simili evenienze, qualsiasi ordinaria attività ispettiva o perquirente si rivelerebbe infruttifera in quanto del tutto inidonea a perscrutare

³⁵ Osservazione di PINCHI-PARENTI-VIVOLI-NORELLI, *La maturazione dell'ottavo nell'accertamento radiografico dell'età: un confronto tra metodi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 365-366. Sulla stessa lunghezza d'onda DEMISCH-WARTMMAN, *Calcification of mandibular third molar and its relation to skeletal and choronological age in children*, in *An. j. orthod.*, 1957, 43, 304; MINCER-HARRIS-BERRYMAN, *The A.B.F.O. study of third molar development and its use as an estimator of chronological age*, in *J. for. sci.*, 1993, 38, 379; SUAREZ-LOPEZ-SOUZ, *Estimacion de la edad por los terceros molares es subadultos y adultos jovenes*, in *Rev. cubana estomat.*, 1995, 32, 2; TANNER-WHITEHOUSE-HEALY, *New system for estimatine skeletal from hand and the wrist, with standards derived from the study of 2600 healty children*, in *Centre International de l'Enfance*, Parigi, 1962.

³⁶ Il riferimento storico si trova in un quaderno statistico pubblicato on-line dalla Polizia di Stato (https://poliziadistato.it/statics/17/parteseconda_2008.pdf).

³⁷ CUNEO-CANEPE-VIGNOLO-LAFORGE-SAGGESE, *Ingestione di corpo estraneo nel paziente adulto: gestione in PS*, in *Emergency Care Journal*, 2009, 5, 15 evidenziano che la rottura degli involucri potrebbe causare perforazioni, ulcerazioni, occlusioni intestinali, intossicazioni acute ed addirittura la morte.

³⁸ La storia giudiziaria, italiana e non, annovera casistica in cui la sostanza stupefacente è stata nascosta all'interno del condotto uditivo, nei glutei femminili e finanche sotto la cute di animali domestici.

in corpore il soggetto sospettato: l'unico strumento investigativo foriero di scorgere la presenza, nell'apparato gastrointestinale, di corpi estranei è la radiografia addominale (o, a limite, l'ecografia).

Se si decide di ricorrere a tale mezzo d'indagine allora la procedura esecutiva acquisisce struttura composita: ad una prima fase definibile di "applicazione", durante la quale si inietta nel corpo un fascio di fotoni (abituamente denominati "raggi x"), ne segue una seconda di carattere "osservativo", dedicata all'individuazione della sostanza stupefacente; quindi una terza fase in cui si eroga al c.d. "ovulatore" una terapia lassativa e/o emetica volta a fargli espellere, nel minor tempo possibile, quanto illecitamente trasportato ed infine un'ultima fase riservata al sequestro probatorio.

4. *La qualificazione giuridica degli esami radiologici: tra certezze e nodi irrisolti.* Se in tema di "esami auxologici" il *quomodo* probatorio non desta profili di particolare problematicità essendo pacifica la loro sussumibilità nell'alveo della perizia³⁹, nutrito e variopinto è invece il dibattito in ordine alla qualificazione giuridica da attribuire alla "radiografia per lo stupefacente". La configurazione polifasica di tale peculiare strumento d'indagine ha fatto sì che, nel corso degli anni, si confrontassero molteplici scuole di pensiero ognuna delle quali è pervenuta a conclusioni opposte: ispezione e perquisizione personale, attività di polizia *ex art.* 103 del d.P.R. 309/90, perizia e prova atipica sono le macro-categorie probatorie cui l'indicato accertamento, di volta in volta, è stato accostato.

A tutte le prefate impostazioni teoriche va sicuramente riconosciuto il merito di aver provato a risolvere il "problema" affrontandolo in maniera ragionata. Nessuna di queste però convince appieno.

Mutuando un'esegesi risalente alla vigenza del vecchio codice di procedura penale - secondo cui l'ispezione corporale non escludeva le parti interne dell'organismo la cui osservazione richiedeva, oltre l'uso dei sensi, anche l'ausilio di strumenti o di particolari tecniche d'indagine⁴⁰ - la Corte di Cassazione, in un'isolata pronuncia, ha accreditato l'operatività dell'art. 245 c.p.p.

³⁹ A dir il vero la sussunzione in questi termini appare anche corretta posto che l'esame auxologico, a differenza della "radiografia per lo stupefacente", si sviluppa in maniera quasi elementare: il soggetto esaminato viene sottoposto ad una radiografia e la relativa immagine forma oggetto di successiva analisi. Il *modus operandi*, quindi, non sembra discostarsi di molto da quanto accade nei procedimenti per c.d. "colpa medica" ove l'attività peritale spesso si esaurisce nello studio di referti, lastre ovvero cartelle cliniche.

⁴⁰ Tale è l'opinione di MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *Nss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1968, 187 ed ERCOLI, *Perquisizioni ed ispezioni*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1984, 493.

affermando come l'ispezione personale presupponga un controllo non circoscritto all'aspetto esteriore del corpo umano bensì esteso all'osservazione endocorporea, previa assistenza di adeguati macchinari⁴¹.

La tesi prende le mosse dal significato intimo del termine ispezione⁴² - *inspectio* vuol dire "guardare dentro" - ma trascende dal valore semantico tradizionalmente accordato all'*inspicere*: «una visione "esterna" del corpo dell'ispezionando»⁴³. Affermare che l'impiego di strumentazione elettromagnetica, funzionale al superamento delle barriere naturali del corpo, non modifichi qualitativamente l'atto è un po' come sostenere che l'intercettazione altro non sia che «un'estensione delle limitate capacità sensoriali dell'individuo che non intercetta, ma semplicemente ascolta»⁴⁴. D'altronde, aderendo ad un portato argomentativo di tal fatta, si finirebbe con il dimenticare che l'ispezione ha sempre ad oggetto un'attività di tipo percettivo limitata all'osservazione, visiva o sensoriale, di una determinata entità; attività questa che si connota da un punto di vista finalistico essendo strumentale non già al sequestro del corpo del reato o alla sua ricerca bensì alla descrizione

⁴¹ Cfr. Cass., sez. IV, 2.12.2005, Euchi (n. 6284), in *Cass. pen.* 2007, 1, 233. In dottrina, sembra convenire CORDERO, *Procedura penale*, 7^a ed., 2003, Milano, 824 secondo cui l'ispezione includerebbe anche le indagini realizzate con «sonde collocabili in modo incruento, radioscopie, radiografie e simili (con gli ammessi: ad esempio, liquidi iniettati nel circolo sanguigno)».

⁴² Folta la dottrina in materia d'ispezione: BELLANTONI, *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, in *Ind. pen.*, 2000, 725; BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cyber crime*, a cura di Lupària, 2009, 181; BRASIELLO, *Libertà personale (Delitti contro la)*, in *Nss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, 850; CALÒ-CRICRÌ-SCARPELLI, *Artt. 244-246*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, 3^a ed., vol. I, Torino, 2008, 1176 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, 6^a ed., Milano, 2001, 806 ss.; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, a cura di Pisapia, Napoli, 1966, 166; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 65 ss.; FORTUNA-DRAGONE, *Le prove*, in *Manuale pratico del processo penale*, a cura di Fortuna, Dragone, Fassone e Giustozzi, Padova, 2007, 401; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2006, 264; MAROTTA, *Prova (mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, 1993, 338; MOSCARINI, *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg., vol. II, Milano, 1998, 464 ss.; NICOLUCCI, *L'assunzione di nuove prove in dibattimento: il caso dell'ispezione*, in *Giur. mer.*, 2001, 579; STURLA, *Artt. 244-246*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, vol. I, Milano, 2008, 1838 ss.; TONINI, *La prova penale*, 4^a ed., Padova, 2000, 244; TRIGGIANI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, vol. II, 2009, 295; VENERONI, *Artt. 244-246*, in *Commento al c.p.p.*, a cura di Conso, 2^a ed., Piacenza, 2008, 939 ss.; VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dinternet*, 2008, 5, 507.

⁴³ MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo - Adesso serve un chiarimento legislativo*, in *DeG - Dir. e giust.*, 2006, 12, 52 che, a conferma di tale esegesi, aggiunge: «non a caso, il vecchio codice parlava appunto di "ispezione corporale" nell'articolo 310, con conseguente tutela del "pudore"».

⁴⁴ E' la provocazione lanciata da FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, cit., 472.

ne e rilevazione di quanto “caduto sotto i propri sensi”⁴⁵. Incidentalmente, si tenga in debita considerazione che il soggetto preposto all’esecuzione dell’esame radiografico deve, per forza di cose, essere un medico-radiologo: al medesimo è infatti delegata sia l’immissione corporale di raggi ionizzanti che la conseguente esplorazione dell’apparato intestinale. Viceversa, l’ispezione è mezzo di ricerca della prova che non necessita di particolari conoscenze tecniche: non a caso la fonte di prova è posta in contatto diretto con il magistrato competente⁴⁶ ed ove quest’ultimo, per interpretare i risultati dell’osservazione, avesse bisogno di un ausilio specialistico allora la qualificazione giuridica dell’atto muterebbe in perizia⁴⁷. E la conclusione non appare revocabile in dubbio nemmeno rispolverando la disciplina dell’art. 245, co. 3, c.p.p. secondo cui «l’ispezione può essere eseguita anche per mezzo di un medico»; si tratta, invero, di disposizione la cui finalità è solo quella «di evitare il reciproco imbarazzo derivante al giudice e all’*inspiciendo* dal compimento di un’ispezione particolarmente delicata che l’opportunità consiglia di lasciare ad un soggetto professionalmente deputato a svolgere determinati accertamenti»⁴⁸. In sostanza, in questo caso, il medico è un mero esecutore materiale di un’attività che, non implicando la padronanza di una specializzazione *ad hoc*, potrebbe essere compiuta tranquillamente dal giudice⁴⁹; diversa è l’ipotesi del medico che dirige l’esame radiografico il qua-

⁴⁵ In questo senso CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, 335.

⁴⁶ Lo rimarcano BASSO, *Sub artt. 244-246*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 678; DEAN, *Ispezione giudiziale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. it.*, vol. XVIII, Roma, 1989, 17; PEYRON, *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. it.*, vol. XXII, Milano, 1972, 962; VOENA, *Confini tra ispezione e perizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 904.

⁴⁷ Tra i tanti a pensarla in questo modo BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 276.

⁴⁸ RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, 1449.

⁴⁹ Sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, Cass., Sez. un., 3.7.1971, Carpenito, in *Riv. pen.* 1972, 185 si era così espressa: «un accertamento implicante il semplice rilevamento di una situazione obiettiva di dati, senza che tale operazione importi una conoscenza particolarmente tecnica, ma soltanto una conoscenza comune e non estranea a quella del giudice, è ispezione giudiziale». Anche CORDERO, *Procedura penale*, cit., 725 ha fatto notare che «in ogni caso, la tesi che attribuisce natura ispettiva all’esame radiografico potrebbe ritenersi in contrasto con la nozione di ispezione quale prova diretta, in cui si ha l’immediato venire a contatto del giudice con una materialità di per se stessa probante, senza che tra sé e il fatto da provare si frapponga lo schermo dell’attestazione altrui». A titolo esemplificativo, può essere utile il richiamo a Cass., sez. I, 14.1.1993, Strati, in *Mass. pen. cass.* 1993, 7, 40 che ha così sceverato: «l’accertamento dei residui di polvere da sparo sul corpo di una persona è un atto di ispezione personale, appartenente alla categoria del mezzo di ricerca delle prove (art. 244, comma 1 c.p.p.). Esso si risolve nella constatazione descrittiva e statica di elementi obiettivi, acquisita con l’ausilio di un esperto al quale, a differenza di quanto accade per la perizia, non viene richiesto il parere per indagini che impegnano particolari cognizioni di determinate scienze o arti».

le, lungi dal poter essere degradato a semplice sostituto del magistrato, possiede rispetto a quest'ultimo un patrimonio gnostico indispensabile per la buona riuscita dell'atto.

Solo in apparenza più calzante è la posizione concettuale di chi ha ritenuto corretto l'inquadramento della "radiografia per lo stupefacente" nell'ambito dello schema tipico della perquisizione personale⁵⁰, enfatizzando – quale punto di contatto tra i due mezzi investigativi – il fatto che entrambi sono euristicamente orientati alla ricerca della prova ed al suo sequestro⁵¹. In realtà, la valorizzazione fino a questo estremo dell'aspetto finalistico che permea l'attività perquirente appare operazione quantomeno azzardata. Non è certamente in discussione l'esistenza di un collegamento funzionale tra la ricerca del corpo del reato o delle cose pertinenti ad esso ed il loro susseguente sequestro⁵², ma si tratta di nesso sempre eventuale e mai necessario posto che «il sequestro [...] può avvenire indipendentemente da un ritrovamento mediante perquisizione: si pensi al caso in cui l'organo procedente si limiti a prelevare un oggetto dal nascondiglio rivelato dall'indagato, ovvero

⁵⁰ In tema di perquisizione BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 893; BALDUCCI, *Perquisizione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg., vol. IV, Milano, 2000, 979 ss.; BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. pen.*, vol. IX, 1994, 488 ss.; BELLANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale: aspetti problematici*, in *Ind. pen.*, 1976, 31; BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1991, 1; BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, 2009, 51; BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, in *Ind. pen.*, 1991, 309; BENZI, *Perquisizioni personali e domiciliari*, in *Enc. for.*, vol. V, Milano, 1959-1960, 596; CALÒ-CRICRI-SCARPELLI, *Artt. 247-252*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, 3^a ed., vol. I, Torino, 2008, 1180 ss.; CANTONE, *Perquisizioni e sequestri: dalle tecniche investigative alle problematiche processuali*, in *Arch. nuovo proc. pen.*, 2001, 3 ss.; CISTERNA, *Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *Guida al diritto*, 2008, 16, 66; D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000; FELICIONI, *Perquisizione*, in *Egs 24 ore*, 2008, 138; MAIORE, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 45; NANNUCCI, *L'oggetto della perquisizione domiciliare: generico o specifico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 119; PIOLETTI, *Perquisizioni*, in *Nss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 1001 ss.; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974; ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2082; SCAGLIONE, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali*, Padova, 1987, 65 ss.; ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1878.

⁵¹ Tesi propinata da Cass., sez. VI, 11.7.2005, Hombang (n. 33988), in *Cass. pen.* 2006, 10, 3340. Della stessa idea D'AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, 7^a ed., vol. I, Padova, 2007, 325 secondo cui la perquisizione si sostanzia in un'attività tanto manuale quanto meccanica, con la conseguenza che risulterebbe esperibile anche previo ausilio di esami medici come, ad esempio, la radiografia, la rettoscopia e l'esplorazione vaginale.

⁵² Giusto il riferimento normativo all'art. 252 c.p.p. che stabilisce: «le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli articoli 259 e 260».

rinvenga il corpo del reato nel corso di un'ispezione»⁵³. Egualmente non potrebbe dirsi avuto riguardo alla sostanza stupefacente ingerita dal “corriere” in relazione alla quale non è empiricamente ipotizzabile un'ablazione senza - a monte - una specifica attività diretta alla ricerca della stessa e - a valle - la somministrazione di trattamenti farmacologici finalizzati a favorirne l'espulsione dal corpo.

Nondimeno, occorre sottolineare come il codice di procedura penale non preveda e quindi - considerando valido il brocardo *ubi voluit dixit ubi noluit tacuit* - non consenta l'espletamento di perquisizioni personali tramite personale medico; sia l'art. 247 c.p.p. che gli artt. 352, co. 1, c.p.p. e 113 disp. att. c.p.p. convergono nell'identificare, quali unici soggetti attivi della perquisizione, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria⁵⁴.

Le considerazioni che precedono aiutano (e non poco) a dirimere eventuali dubbi sulla (in)fondatezza anche della terza tesi⁵⁵ con cui si pretende di ricondurre la “radiografia per lo stupefacente” alle perquisizioni ovvero alle ispezioni di polizia giudiziaria/amministrativa⁵⁶ disciplinate dall'art. 103 del d.P.R. 309/90⁵⁷.

⁵³ Ermeneusi di FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, cit., 471. Analogamente BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, 31 ss.

⁵⁴ Converge CASASOLE, *L'esame radiografico coattivo: qualificazione giuridica e limiti costituzionali*, in *Giur. it.*, 2007, 194. *Contra* GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, cit., 570 che ritiene: «una volta ammesso - argomentando ai sensi dell'art. 79, comma 2, disp. att. c.p.p. - che la perquisizione possa essere svolta avvalendosi di un medico, non si può negare che l'esame sia finalizzato alla scoperta di un oggetto da sequestrare».

⁵⁵ Caldeggiata da Cass., sez. VI, 11.7.2005, Hombang (n. 33988), cit.; Cass., sez. VI, 22.9.2005, n. 33985, in *CED Cass. pen.* 2006, rv 232234; Cass., sez. IV, 2.12.2005, Euclii (n. 6284), cit.; Cass., sez. IV, 13.6.2007, Hassan (n. 25092), in *Guida al diritto* 2007, 30, 61.

⁵⁶ Per il passaggio dalla fase di esercizio di funzioni di polizia amministrativa a quella di funzioni di polizia giudiziaria, ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario e Marzaduri, Torino, 1999, 171.

⁵⁷ Molteplici, all'interno del nostro ordinamento, sono le leggi speciali che onerano la polizia giudiziaria di poteri ispettivi e perquirenti: l'art. 33, co. 1, della L. n. 4/29 («oltre a quanto è stabilito dal Codice di procedura penale per gli ufficiali della polizia giudiziaria, è data facoltà agli ufficiali della polizia tributaria di procedere a perquisizione domiciliare, qualora abbiano notizia o fondato sospetto di violazioni delle leggi finanziarie costituenti reato»), l'art. 41 del r.d. 773/31 («gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria, che abbiano notizia, anche se per indizio, della esistenza, in qualsiasi locale pubblico o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute, procedono immediatamente a perquisizione e sequestro»), l'art. 27 della L. n. 55/90 («oltre a quanto previsto dall'articolo 4 della legge 22 maggio 1975, n. 152, e dalle disposizioni in materia di produzione e traffico illecito degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, nel corso di operazioni di polizia per la prevenzione e la repressione del delitto previsto dall'articolo 416-bis del codice penale e di quelli commessi in relazione ad

esso, nonché dei delitti previsti dagli articoli 648-*bis* e 648-*ter* dello stesso codice e di quelli indicati nei medesimi articoli, possono procedere in ogni luogo al controllo e all'ispezione dei mezzi di trasporto, dei bagagli e degli effetti personali quando hanno fondato motivo di ritenere che possono essere rinvenuti denaro o valori costituenti il prezzo della liberazione della persona sequestrata, o provenienti dai delitti predetti, nonché armi, munizioni o esplosivi. Dell'esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, trasmessi entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica, il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida entro le successive quarantotto ore. Nelle medesime circostanze, in casi eccezionali di necessità ed urgenza che non consentono un tempestivo provvedimento dell'autorità giudiziaria, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizioni, dandone notizia, senza ritardo, e comunque entro quarantotto ore, al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida entro le successive quarantotto ore», l'art. 99 del d.P.R. 309/90 («la nave italiana da guerra o in servizio di polizia, che incontri in mare territoriale o in alto mare una nave nazionale, anche da diporto, che sia sospetta di essere adibita al trasporto di sostanze stupefacenti o psicotrope, può fermarla, sottoporla a visita ed a perquisizione del carico, catturarla e condurla in un porto dello Stato o nel porto estero più vicino, in cui risieda una autorità consolare»), l'art. 192, co. 3, del d.lgs. 285/92 («i funzionari, ufficiali ed agenti, di cui ai precedenti commi possono: procedere ad ispezioni del veicolo al fine di verificare l'osservanza delle norme relative alle caratteristiche o all'equipaggiamento del veicolo medesimo»), l'art. 25-*bis*, co. 1, del d.l. 306/92 («fermo quanto previsto dall'art. 27, comma 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizioni locali di interi edifici o di blocchi di edifici dove abbiano fondato motivo di ritenere che si trovino armi, munizioni o esplosivi ovvero che sia rifugiato un latitante o un evaso in relazione a taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale ovvero ai delitti con finalità di terrorismo»), l'art. 5, co. 1, del d.l. 122/93 («quando si procede per un reato aggravato ai sensi dell'art. 3 o per uno dei reati previsti dall'art. 3, commi 1, lettera b, e 3, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962, l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione dell'immobile rispetto al quale sussistono concreti elementi che consentano di ritenere che l'autore se ne sia avvalso come luogo di riunione, di deposito o di rifugio o per altre attività comunque connesse al reato. Gli ufficiali di polizia giudiziaria, quando ricorrano motivi di particolare necessità ed urgenza che non consentano di richiedere l'autorizzazione telefonica del magistrato competente, possono altresì procedere a perquisizioni dandone notizia, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore, al procuratore della Repubblica, il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida entro le successive quarantotto ore»), l'art. 8, co. 1, della L. n. 496/95 («le persone fisiche, gli enti o le società titolari di un immobile o di un'area sottoposta ad ispezione sono tenuti a consentire l'accesso del nucleo ispettivo o del nucleo di scorta nei luoghi da ispezionare in esecuzione degli obblighi previsti dalla Convenzione, nonché ad agevolare la conduzione dell'ispezione e a fornire, su richiesta tutte le informazioni che si rendano necessarie per il buon esito dell'ispezione stessa. All'osservanza dei medesimi obblighi sono tenuti i menzionati soggetti in caso di verifiche ed ispezioni disposte dall'Autorità nazionale») e l'art. 12, co. 7, del d.lgs. 286/98 («nel corso di operazioni di polizia finalizzate al contrasto delle immigrazioni clandestine, disposte nell'ambito delle direttive di cui all'art. 11, comma 3, gli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza operanti nelle province di confine e nelle acque territoriali possono procedere al controllo e alle ispezioni dei mezzi di trasporto e delle cose trasportate, ancorché soggetti a speciale regime doganale, quando, anche in relazione a specifiche circostanze di luogo e di tempo sussistono fondati motivi di ritenere che possano essere utilizzati per uno dei reati previsti dal presente articolo. Dell'esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, che è trasmesso entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, lo convalida nelle successive quarantotto ore. Nelle medesime circostanze gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizioni, con l'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 352, commi 3 e 4, del codice di procedura penale»).

Nel momento in cui si refutano assimilazioni di sorta tra l'esame radiologico qui in argomento e le ispezioni o le perquisizioni personali di cui al codice di rito allora sarebbe manifestamente illogico invocare le omologhe categorie giuridiche del "testo unico stupefacenti"⁵⁸ che, rispetto alle prime, conservano i medesimi lineamenti regolatori⁵⁹ divergendo unicamente in quanto prescindono, per il loro espletamento, da una preesistente notizia di reato⁶⁰. Né, sul punto, varrebbe obiettare che l'art. 103 del d.P.R. 309/90 - al netto di perquisizioni ed ispezioni - contempra anche un ulteriore mezzo di ricerca della prova espressamente rubricato «controlli» ed al cui interno potrebbero

⁵⁸ Sull'argomento AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Milano, 1999, 275 ss.; AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, in *Larus Robulfo*, 2005, 351 ss.; AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti. D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309. Profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, 141 ss.; CELOTTI, *Disposizioni processuali e preprozessuali in materia di stupefacenti*, in *La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle norme penali del testo unico*, Milano, 1991, 54; CENCI, *Sui controlli di polizia giudiziaria in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1994, 746; COPPETTA, *La normativa speciale*, in *Le sostanze stupefacenti. Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Insolera, Torino, 1998, 463 ss.; D'AMBROSIO-VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 206-207; DUBOLINO, *Il codice delle leggi sugli stupefacenti*, Piacenza, 1991, 82; GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di Polizia*, Milano, 1979, 59 ss.; ILLUMINATI, *Aspetti processuali*, in *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di Bricola e Insolera, Padova, 1991, 218 ss.; MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, 2002, 538; SCAGLIONE, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2000, 141; VOENA, *Rilievi, perquisizioni ed ispezioni di polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 465.

⁵⁹ AMATO, *Il sospetto di detenzione della sostanza è un «fondato motivo» di intervento*, in *Guida al diritto*, 2007, 30, 63 sottolinea che l'unica differenza tra perquisizioni ed ispezioni disciplinate dal codice di procedura penale e quelle di cui all'art. 103 del d.P.R. 309/90 consiste nel fatto che quest'ultime «sono esercitabili (non solo dopo, ma) anche prima dell'acquisizione della notizia di reato, nell'ambito dell'attività di polizia di sicurezza o di prevenzione (il che ad esempio, si verifica nel caso di una notizia confidenziale appresa, ma non ancora verificata, dagli agenti di polizia, che non può certamente ritenersi notizia di reato)».

⁶⁰ Granitica la giurisprudenza: Cass., sez. VI, 23.10.1992, Torcaso, in *Cass. pen.* 1994, 742; Cass., sez. VI, 10.4.1996, Briglia (n. 5547), in *Cass. pen.* 1997, 2500; Cass., sez. VI, 14.4.2003, Cucchi (n. 24621), in *Cass. pen.* 2004, 2144; Cass., sez. IV, 15.11.2005, D'Ambrosio (n. 150), in *Cass. pen.* 2006, 11, 3767; Cass., sez. IV, 6.5.2009, P. (n. 26668), in *CED Cass. pen.* 2009, rv 244507; Cass., sez. VI, 15.10.2013, P. (n. 9884), in *CED Cass. pen.* 2015, rv 261527; Cass., sez. III, 17.2.2016, P. (n. 19365), in *CED Cass. pen.* 2016, rv 266580. In virtù di tale principio, AMATO, *Nota a Cass. pen. n. 150 del 5 gennaio 2005*, in *Cass. pen.*, 2006, 11, 3781 afferma che «quando l'operazione di controllo, ispezione o perquisizione, eseguita ex art. 103 prima e a prescindere dall'acquisizione di una specifica *notitia criminis*, abbia avuto un esito negativo, il pubblico ministero che riceve la relativa comunicazione per la convalida, non deve iscrivere il relativo fascicolo a "modello 21", cioè a carico del sottoposto a controllo (con il che ne conseguirebbe la necessità di definire detto fascicolo con la richiesta di archiviazione da inoltrare al giudice per le indagini preliminari), ma può e deve iscriverlo a "modello 45" (è il modello dei "fatti non costituenti reato") con la possibilità di definire detto fascicolo con l'archiviazione *de plano*, senza l'intervento del giudice [...] nell'ipotesi di esecuzione di una perquisizione ex art. 103 della formale acquisizione di una notizia di reato, è esclusa l'applicabilità del disposto dell'art. 356 c.p.p., che prevede la facoltà del difensore di assistere alla perquisizione, pur senza il diritto di essere preventivamente avvisato».

essere assorbiti gli accertamenti radiografici per l'individuazione di sostanza stupefacente. Una simile opzione interpretativa sconfiggerebbe un insanabile difetto di tipicità nella misura in cui la citata previsione normativa, da una parte, cristallizza l'oggetto del controllo nei soli «mezzi di trasporto, bagagli e effetti personali»⁶¹ e, dall'altra, confina tale attività in un'osservazione di quanto è obiettivamente visibile⁶².

Venendo ora alla possibilità di configurare l'esame radiografico alla stregua di un'operazione peritale⁶³, al fine di conferire concretezza alla presente analisi, deve innanzitutto precisarsi come la «radiografia per lo stupefacente» sia accertamento che, quasi sempre, è posto in essere contro il consenso dell'interessato. Quindi, il contenitore giuridico cui deve farsi astratto riferimento è quello di cui all'art. 224-*bis* c.p.p.⁶⁴, norma che ha ad oggetto una di-

⁶¹ Giustappunto FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, cit., 466-467 scrive che «è possibile notare come, in concreto, l'esame radiografico si effettui sul (anzi nel) corpo della persona con una incidenza ben più ampia di quella che comportano sia il mero controllo o la semplice ispezione sui bagagli sugli effetti personali del sospettato (art. 103, comma 2, t.u. stup.), sia la perquisizione personale urgente (art. 103, comma 1, t.u. stup.). A ciò si aggiunga che manca un'espressa configurazione normativa di tale accertamento da parte dell'art. 103 t.u. stup. nel cui alveo, pure, la Cassazione colloca l'indagine in questione».

⁶² CAUCCI, *Controlli e ispezioni nella nuova normativa in materia di stupefacenti: problemi interpretativi e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1994, II, 338. Riscontra la correttezza di tale assunto Cass., sez. VI, 20.5.1997, Bispo Dos Santos (n. 1864), in *Cass. pen.* 1998, 2489 secondo cui «in materia di traffico di sostanze stupefacenti, la disciplina in materia di perquisizioni non è applicabile quando la polizia giudiziaria, anche al di fuori degli spazi doganali, si limita, in ragione del potere conferitogli dal comma 2 dell'art. 103 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, a controllare ed «inspicere», cioè a guardare quello che è immediatamente visibile nel veicolo, nei bagagli e negli effetti personali di un soggetto».

⁶³ Cass., sez. I, 27.2.1989, Salvan (n. 498), in *Foro it.* 1989, II, 665 che ha affermato: «è legittima l'esecuzione coattiva per l'espletamento di una perizia medica, consistente in un'indagine radiologica, purché il relativo provvedimento venga adottato con atto motivato e nei casi previsti dalla legge». Concordano FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997, 325 secondo cui le ispezioni endocorporee «quasi sempre [...] si collocano nell'ambito della perizia» e RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, cit., 3564 che sostiene «alla luce delle considerazioni svolte, la tecnica radiografica si può iscrivere nell'orbita della perizia».

⁶⁴ Per l'esegesi della disposizione si rinvia a BIGIARINI, *(Omicidio stradale) Gli aspetti processuali più rilevanti: prelievo biologico coattivo, arresto in flagranza e competenza del giudice*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 4, 442; CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1426; CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di Marafioti e Lupària, 2010, 243; CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in *Aa.Vv., Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, 119; DEL COCO, *Il prelievo dei campioni biologici*, in *Aa.Vv., Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, 67-68; FANUELE, *La prova genetica: acquisire, conservare ed utilizzare i campioni biologici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1, 95; FELICIONI, *L'acquisizione del materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in *Aa.Vv., Prelievo del DNA e Banca dati nazionale. Il processo tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale*, a cura di Scarcella, Padova, 2009, 191; FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Aa.Vv., Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di

sciplina speciale della perizia destinata ad operare nel caso in cui si renda necessario compiere coattivamente atti invasivi incidenti sulla libertà personale tramite «prelievo di capelli, di peli o di mucosa [...] o accertamenti medici».

Benché buona parte della dottrina⁶⁵ ha inteso inglobare la “radiografia per lo stupefacente” nella generica⁶⁶ nozione di «accertamenti medici» si è ancora una volta di fronte ad una «strada discutibile sul piano assiologico e un po’ temeraria sul piano giuridico»⁶⁷.

In effetti – senza anticipare quanto più avanti sarà detto sui presupposti legali che presidiano le restrizioni coatte della libertà personale – una prima criticità è arguibile alla luce dei contenuti della relazione tecnica e della relazione ministeriale al disegno legge n. 995 (poi sfociato nell’emanazione della L. n. 85/09 e, quindi, nell’introduzione dell’art. 224-bis c.p.p.) dalle quali trapela che «l’intervento normativo proposto incide sulla delicata materia del prelievo coattivo di materiale biologico su persone viventi, non consenzienti, volto alla individuazione del profilo genetico dell’individuo, a fini di prova nel processo penale [...] le norme del disegno di legge non riguardano, ad esempio, l’ecografia cui la polizia giudiziaria sottopone un soggetto sospettato di aver ingerito, allo scopo di occultarli, involucri contenenti sostanza stupefacente»⁶⁸. Com’è evidente la preordinazione di fondo del legislatore era quella di con-

Conti, Milano, 2011, 143; GABRIELLI, *Il prelievo coattivo a fini peritali*, in *Giur. it.*, 2010, 1227-1232; GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Torino, 2012; GABRIELLI, *Indagini genetiche e processo penale: un nodo cruciale ancora irrisolto*, in *Giur. it.*, 2008, 2848; GALLGANI, *Una nuova ipotesi di incidente probatorio*, in *Aa. Vv., Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di Lupària e Marafioti, Milano, 2010, 306; GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1217; SANTOSUOSSO-GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 3, 395; TONINI-FELICIONI-SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo del materiale biologico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 11; ZANGANI, *Diritti della persona e prelievi biologici: aspetti medico-legali*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 540 ss.

⁶⁵ Convinti di ciò sono CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali”: il punto sulla perizia coattiva*, cit., 1000; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2^a ed., Milano, 2012, 484; GABRIELLI, *“Accertamenti medici” dai confini troppo incerti*, cit., 71; LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l’istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 959; PANZAVOLTA, *Il profilo dell’istituto*, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1223-1224; PRESUTTI, *L’acquisizione forzata dei dati genetici, tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 553.

⁶⁶ Sulla genericità della locuzione “accertamenti medici” GABRIELLI, *“Accertamenti medici” dai confini troppo incerti*, in *Guida al diritto*, 2009, 30, 71 e STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in *Banca dati del DNA*, 2009, 261.

⁶⁷ GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, cit., 578.

⁶⁸ Le relazioni al disegno di legge sono state presentate dal Ministro della Giustizia al Senato il 6 agosto 2008 (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=00311673&part=doc_dc&parse=no).

segnare all'interprete una disciplina circoscritta ai soli prelievi biologici - salivari, ematici ovvero tricologici - propedeutici a risalire al D.N.A.⁶⁹ ed al profilo genetico delle persone, con espressa esclusione dalla stessa degli esami radiografici e/o ecografici per l'individuazione dello stupefacente illecitamente ingerito⁷⁰.

Ma a prescindere da tale rilievo, emerge altresì la conclamata incompatibilità tra le cadenze procedurali che contraddistinguono l'esecuzione della c.d. "perizia coatta" e le esigenze di celerità che avvincono la perquisizione di un corpo umano tramite radiologia. Sia bastevole evidenziare come il ricorso a tale ultima tecnica investigativa si profili come necessario sempre in via preventiva, cioè al manifestarsi di un ragionevole sospetto in ordine al fatto che un individuo - magari appena atterrato in un aeroporto dopo un lungo volo internazionale - abbia ingoiato involucri contenenti sostanza stupefacente: è allora lecito chiedersi in che modo possa invocarsi l'operatività di un mezzo di prova, quale la perizia, quando ancora non esiste nemmeno un'iscrizione sul registro delle notizie di reato. Per giunta, non si comprende come la tempistica delineata dall'art. 224-bis, co 3, c.p.p. - secondo cui l'ordinanza motivata del giudice che dispone l'esecuzione coattiva dell'accertamento deve essere notificata almeno tre giorni prima all'interessato, all'imputato ed al suo difensore - sia coniugabile con un persistente mantenimento *in vinculis* del sospettato e con un così prolungato differimento nella somministrazione della terapia farmacologica.

Scartata dunque anche l'ultima categoria probatoria espressamente disciplinata dal codice di rito - e bocciato l'inquadramento della "radiografia per lo stupefacente" nel solco delle prove atipiche *ex art. 189 c.p.p.*⁷¹ stante

⁶⁹ In ordine alla sigla D.N.A., *La nuova enciclopedia delle scienze*, Milano, 2000, 498 fornisce la seguente definizione: «acido deossiribonucleico, molecola responsabile della trasmissione e dell'espressione dei caratteri ereditari. E' presente in tutti gli organismi viventi».

⁷⁰ A conclusioni estreme arriva TONINI, *Manuale di procedura penale*, 12^a ed., Milano, 2011, 342 che osserva come l'art. 224-bis c.p.p. vincoli espressamente gli «accertamenti medici» ai «soli casi previsti per legge» e pertanto gli stessi dovrebbero essere ulteriormente limitati alle sole ipotesi legislative allora contemplate, vale a dire la L. n. 66/96 (in materia di violenza sessuale) e la L. n. 269/98 (in materia di pedofilia).

⁷¹ Sembra propendere per questa direzione FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, cit., 473-474: «a ben vedere, pare più corretto, restando dubbia la riferibilità dell'esame radiologico alla perquisizione o all'ispezione configurate dal codice di procedura penale, prendere atto che si tratta di un accertamento autonomo, non disciplinato dalla legge speciale, e ricondotto dalla giurisprudenza nell'alveo dei poteri speciali di polizia giudiziaria».

l'incidenza che tale accertamento dispiega su diritti costituzionali inviolabili⁷² - non resta che prendere atto della sua natura ibrida e del fatto che, per tutti questi anni (e chissà per quanto tempo ancora), in nome di non si sa quanto giustificabili esigenze preventive e repressive, se ne è fatto largo uso pur difettando una specifica copertura normativa.

5. *La (in)compatibilità costituzionale dell'esecuzione coatta degli esami radiologici.* Se, da una parte, i diritti processuali si sviluppano esclusivamente nel processo penale che costituisce «la sede propria nella quale trovano esplicazione», dall'altra, i diritti costituzionali involgono libertà fondamentali che spettano all'individuo *semper et ubique*, tant'è che «il processo non è il luogo di radicamento della relativa garanzia, bensì il luogo in cui operano i meccanismi garantistici»⁷³; ed infatti, mentre i primi si pongono in un rapporto accessorio e complementare rispetto all'efficienza processuale, i secondi non di rado innescano momenti di forte tensione e frizione ordinamentale. La soluzione del conflitto è quindi demandata ad un oculato contemperamento dei diversi interessi in gioco che, in alcuni casi, può comportare la relativizzazione del diritto costituzionale, cioè un suo parziale sacrificio che non ne pregiudichi però «l'ineliminabile ragion d'essere»⁷⁴.

Ed allora, in un sistema processuale come il nostro, imperniato su un modello di tutela antropocentrico ove «l'uomo è soggetto e polo accentratore di diritti e libertà»⁷⁵, il vero “bandolo della matassa” non risiede tanto nel come qualificare gli esami radiologici ma nel comprendere se quest'ultimi, *lato sen-*

⁷² E' vero che la *Relazione al progetto preliminare al nuovo c.p.p.*, Roma, 1988, 60 definiva l'art. 189 c.p.p. come una sorta di «adattatore automatico» preposto a gestire tutte quelle situazioni probatorie derivanti da forme di conoscenza allora non possedute, ma è pur vero che la giurisprudenza di legittimità - Cass., sez. VI, 10.11.1997, Greco (n. 4397), in *Dir. pen. e proc.* 1998, 1265; Cass., sez. VI, 3.6.1998, P. (n. 2072), in *Cass. pen.* 2000, 689; Cass., sez. IV, 16.3.2000, V. (n. 7063), in *Cass. pen.* 2001, 2434; Corte cost., 24.4.2002, n. 135, in *Giur. cost.* 2002, 1062; Cass., Sez. un., 28.3.2006, P. (n. 26795), in *Guida al diritto* 2006, 33, 51; Cass., sez. VI, 23.11.2012, E.M. (n. 46391), in *Guida al diritto* 2013, 8, 84; Cass., sez. V, 17.11.2015, n. 11419, in *Cass. pen.* 2017, 2, 717 - ha negato la possibilità di adire tale disposizione allorquando il procedimento d'acquisizione della c.d. “prova innominata” vada ad incidere su diritti costituzionalmente protetti. Scettico nei confronti di quest'ultima teoria CORDERO, *Procedura penale*, cit., 848 secondo cui i canoni costituzionali operano indirettamente e, pertanto, fino a quando l'art. 189 c.p.p. non sarà dichiarato illegittimo nella parte in cui non esclude l'adozione di determinate misure restrittive della libertà personale, nulla è d'ostacolo all'utilizzo processuale delle risultanze probatorie così raccolte.

⁷³ GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 13.

⁷⁴ Così riflette MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 101.

⁷⁵ ADDIS, *La dignità umana come limite all'acquisizione di prove penali*, 2006, 1 (<http://amsdottorato.unibo.it/113/1/adignitàumanacomeлимiteall-acquisizionediprovepenali.pdf>).

su intesi, possano essere disposti coattivamente, contro il consenso e la volontà del soggetto interessato.

Da quest'angolo prospettico, anche a voler ritenere salva la dignità umana⁷⁶ e non operativo il principio del *nemo tenetur se detegere*⁷⁷, la *quaestio iuris*

⁷⁶ La trattazione meriterebbe un capitolo a parte ma, in questa sede, basti osservare che, all'interno della Costituzione, non giace alcuna disposizione che, analogamente alla *Grundgesetz*, proclama l'inviolabilità della dignità umana; vi sono solamente dei frastagliati riferimenti - *sub* artt. 2, 3, 32, co. 2, e 41 Cost. - che rievocano il concetto implicitamente ovvero esplicitamente. Tale contesto normativo non ha tuttavia influenzato la giurisprudenza della Corte Costituzionale che, in più occasioni, ha ribadito come la dignità umana assurga a principio cardine e supremo dell'ordinamento (in tal senso, Corte cost., 16.12.1958, n. 78 (<http://www.giurcost.org/decisioni/1958/0078s-58.html>); Corte cost., 9.7.1963, n. 125, in *Giur. it.* 1963, I, 1349; Corte cost., 27.6.1968, n. 74 (<http://www.giurcost.org/decisioni/1968/0074s-68.html>); Corte cost., 10.12.1987, n. 479, in *Giust. pen.* 1988, I, 308; Corte cost., 25.2.1988, n. 217, in *Giur. cost.* 1988, I, 833; Corte cost., 24.3.1988, n. 364, in *Riv. pen.* 1988, 567; Corte cost., 22.10.1990, n. 471, in *Foro it.* 1991, I, 14; Corte cost., 19.12.1991, n. 467, in *Cass. pen.* 1992, 1179; Corte cost., 5.2.1992, n. 37, in *Giur. cost.* 1992, I, 206; Corte cost., 27.7.1992, n. 368, in *Cass. pen.* 1993, 1346; Corte cost., 11.2.1999, n. 26, in *Cass. pen.* 1999, 1718; Corte cost., 17.7.2000, n. 293, in *Cass. pen.* 2001, 7; Corte cost., 6.4.2005, n. 138, in *Giur. cost.* 2005, 2). Quanto al significato da attribuire alla nozione di "dignità" ed alle ipotesi in cui viene a configurarsi una sua lesione, tra le pronunce poc'anzi richiamate, si segnalano le seguenti: Corte cost., 16.12.1958, n. 78, cit. in base alla quale recano nocimento alla dignità le «attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori»; Corte cost., 27.6.1968, n. 74, cit. secondo cui la dignità è lesa da «l'agire in disprezzo della persona»; Corte cost., 5.2.1992, n. 37, cit. che ha avuto modo di chiarire come «l'autostima e la coscienza del proprio valore nell'ambito del rapporto con gli altri uomini» siano aspetti coesenziali della dignità umana; Corte cost., 6.4.2005, n. 138, cit. che osserva che «un'azione diretta ad un costringimento fisico di durata indeterminata, per oltre 48 ore, senza previsione di un termine massimo [...] comporta mortificazione della dignità umana». Di talché, non sembra profilarsi alcuna incompatibilità strutturale tra gli esami radiologici ed il diritto alla dignità purché - come rilevato da FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in *Aa.Vv., Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, 204 - i primi vengano posti in essere «con modalità non degradanti per l'individuo, senza manovre mortificanti sul corpo della persona, limitando la coercizione allo stretto indispensabile». Sul concetto di dignità si rinvia a BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987; GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 2008, 31; HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 624; MORTATI, *Relazione all'Assemblea Costituente sui diritti pubblici soggettivi (1946)*, in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, 1972, 622 ss.; ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, 304; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Milano, 2008, 2 ss.; ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, 304; PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2002, 161; PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in *Rass. parlam.*, 2007, 323; PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007, 59 ss.; RUGGERI-SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, 343 ss.; VALENTI, *La dignità umana quale diritto inviolabile dell'uomo*, Perugia, 1995, 9 ss.; VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, 3 ss.

⁷⁷ Il parametro costituzionale su cui si fonda il privilegio contro l'obbligo di autoaccusarsi è univocamente individuato nell'art. 24, co. 2, Cost. quale componente negativa del diritto di difesa. Si tratta, per come precisato in più occasioni anche dalla giurisprudenza costituzionale, di un «principio cardine del nostro ordinamento processuale» (Corte cost., 30.6.1994, n. 267, in *Giust. pen.* 1996, I,

conserva un innegabile interesse se posta in correlazione con gli artt. 13 e 32 della Costituzione: l'inviolabilità della libertà personale, coercibile solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, nei "casi" e nei "modi" indicati dalla legge, e la natura incompressibile del diritto alla salute, eccezion fatta per le deroghe ammesse in materia di trattamenti sanitari obbligatori, lasciano seri dubbi in ordine alla (in)compatibilità costituzionale di un ricorso coatto alla radiologia per finalità giudiziarie⁷⁸.

6. [Segue] *L'art. 13 Cost.: diritto alla libertà personale.*

La prima delle due disposizioni costituzionali a dover essere presa in considerazione è l'art. 13 Cost.⁷⁹ che, tramite una riserva di legge⁸⁰ e di giurisdizione⁸¹,

106) e di un «corollario esenzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa» (Corte cost., 26.6.2002, n. 291, in *Giur. cost.* 2002, 2101). Effettuate tali premesse, deve rilevarsi come, nel caso di specie, la garanzia non sia operativa in quanto la medesima è riferibile solamente «alle dichiarazioni autoincriminate, a comportamenti, cioè, in cui al soggetto è richiesto un atteggiamento collaborativo attivo, e non invece a casi in cui il soggetto è costretto a subire un determinato accertamento di modo che la propria persona, in quest'ottica, viene a essere considerata [...] alla stregua di un "oggetto" di indagine» (così DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, 3227; negli stessi termini SCAPARONE, *Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 91 secondo cui la garanzia dalle autoincriminazioni «non vieta che il corpo della persona sia utilizzato coattivamente in investigazioni che esigono un suo mero assoggettamento passivo, mentre esclude che lo stesso possa essere costretto ad indagini che postulano un comportamento attivo»). Del resto, in maniera non difforme, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ripetutamente affermato come il diritto a non contribuire alla propria incriminazione non sia esteso al punto di ricomprendervi tutte quelle evidenze - ad esempio le informazioni corporali ricavabili dal sangue, dalla voce o dall'urina - che prescindono da un atto di volontà dell'imputato e che vengono carpite con metodologie né inumane né degradanti (cfr. Corte EDU, 17.12.1996, Saunders c. Regno Unito, in *Riv. intern. Dir. uomo* 1997, 76 con nota di MAINA, *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, in *Leg. pen.*, 1997, 194 il quale, definendo la portata del *nemo tenetur se detegere*, sostiene che «è sicuramente tutelato il rifiuto di collaborare con le autorità, opposto dall'imputato che intervenga nel processo attivamente, come soggetto agente o parlante. Altrettanto non può invece sostenersi con riguardo alla posizione dell'accusato, ove questi sia soggetto passivo dell'istruzione probatoria»; Corte EDU, 3.8.2001, J.B. c. Svizzera, *inedita*; Corte EDU, 25.9.2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, in *Cass. pen.* 2002, 1826, con nota di TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. contro Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, 1827-1839).

⁷⁸ Per una visione complessiva dei meccanismi di tutela apprestati dal nostro ordinamento ai vari diritti dell'uomo quando quest'ultimo "entra in contatto" con il processo penale si richiama GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 1 ss..

⁷⁹ Diritto inviolabile di ogni cittadino su cui hanno discettato ANDRIOLI, *Libertà personale e rilievi segnaletici*, in *Giur. cost.*, 1962, 541; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989; BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967; BONGIOVANNI, *Diritti inviolabili e libertà*, Roma-Bari, 1997; BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Dir. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 438; CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005; CHIAVARIO, *Libertà personale e processo penale*, in *Ind. pen.*, 1987, 209; D'ALESSIO, *Sub art. 13 Cost.*, in

appresta alla «libertà personale» un duplice schermo di tutela: intendendola, in senso tradizionale, come libertà dalle coercizioni fisiche – quali gli arresti, le ispezioni e le perquisizioni⁸² – nonché qualificandola, in maniera tenden-

Commentario breve alla Costituzione, a cura di Crisafulli e Paladin, Padova, 1990, 79; DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dir. pen.*, III agg., vol. I, Torino, 2005, 829; DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 865; DI NICOLA, *La libertà personale dell'imputato, tra regole dismesse, disciplina attuale e sistema futuro*, Salerno, 1989; FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002; GRANATA, *La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*, Milano, 1957; GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 315; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; LOASSES, *La libertà personale*, in *Riv. pen.*, 1963, 744; MAINARDIS, *Sub art. 13 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli, Paladin, Bartole e Bin, Padova, 2008, 101; NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989; PERLINGIERI-DIRAIMO, *Sub art. 13 Cost.*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2001, 66; PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1974; RICCIO, *La libertà personale*, in *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, a cura di Riccio, De Caro e Marotta, Napoli, 1991, 225; RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quad. cost.*, 2004, 235; RUOTOLO, *Sub art. 13 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, vol. I, Milano, 2006, 321; SPAGNA MUSSO, *Tutela costituzionale della libertà personale e ricorso in cassazione*, in *Foro pad.*, 1955, 713; VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958, 353; VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giur. pen.*, 1978, I, 1 ss.

⁸⁰ Quella proposta dall'art. 13 Cost. è da intendersi come una riserva "assoluta" di legge, nel senso che solo alla potestà statale è demandato il compito di disciplinare le limitazioni della libertà personale. A tal riguardo CERRI, *Libertà II) libertà personale - dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1991, 10 ritiene bandita «ogni *interpositio* di discrezionalità amministrativa tra norma ed atto applicativo». Tuttavia, tale riserva assoluta di legge – secondo MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1985, 194 – non potrebbe considerarsi anche "rinforzata" in quanto il legislatore, indipendentemente dalla parte dispositiva dell'art. 13 Cost., rimarrebbe libero di prevedere restrizioni della libertà personale per diversi ed ulteriori motivi legati, ad esempio, al buon costume, a finalità economiche e fiscali, ovvero a necessità di pubblica sicurezza.

⁸¹ L'orientamento interpretativo prevalente, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, considerava la "riserva di giurisdizione" riferibile tanto al magistrato requirente quanto a quello giudicante (in questo senso, tra gli altri, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 388 e BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 116). Viceversa, l'attuale codice di rito, quantomeno per i provvedimenti coercitivi più afflittivi, ha valorizzato il principio di separazione delle funzioni e, in virtù di esso, attribuito al solo giudice il potere di intervenire comprimendo cautelamente la libertà personale (ritengono condivisibile quest'ultima impostazione DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 196 e FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 43).

⁸² I seguenti autori interpretano restrittivamente la disposizione costituzionale osservando che l'imposizione di obblighi e divieti può essere fatta rientrare nel concetto di coercizione solo quando ad una loro violazione consegua in modo automatico la restrizione della libertà fisica: DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 15; ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 29-39; ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938; FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania e Ridola, vol. II, Torino, 2006, 561; GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, 10 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, vol. II, Padova, 1992, 181. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, tra le pronunce che accolgono

zialmente innovativa, come “libertà corporale” e quindi preservandola da «atti invasivi che incidono sulla sfera più intima del corpo per desumerne informazioni personalissime»⁸³.

Interessante notare come lo sdoppiamento teorico del concetto di libertà personale abbia tratto spunto da quella sentenza della Corte Costituzionale che dichiarò l'illegittimità dell'art. 224, co. 2, c.p.p. nella parte in cui facoltizzava l'organo giudicante ad adottare, nell'ambito di operazioni peritali, misure coercitive al di fuori di quelle previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge⁸⁴. A sollecitare tale scrutinio fu il Tribunale di Civitavecchia che, nella relativa ordinanza di remissione, evidenziava come il prelievo coattivo di materiale biologico non potesse essere attratto nell'allora vigente disciplina della perizia che prevedeva «in modo del tutto generico la possibilità di emettere un prov-

una lettura restrittiva del concetto di “libertà personale”, si segnala Corte cost., 23.3.1960, n. 12, in *Giur. cost.* 1960, 113; Corte cost., 30.6.1960, n. 45, in *Giur. cost.* 1960, 683; Corte cost., 30.5.1963, n. 72, in *Giur. cost.* 1963, 592; Corte cost., 24.4.1967, n. 52, in *Giur. cost.* 1967, 328. Vi è anche da dire che indipendentemente dal raggio d'azione che si vuole riconoscere alla “libertà personale” comunque trattasi di nozione che continua a scontare una sorta di evanescenza; già ILLUMINATI, *Aspetti costituzionali del ritiro del passaporto come misura cautelare nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 1975, 1169 constatava che dalla stessa giurisprudenza costituzionale emerge «la difficoltà di enucleare una nozione comune e generale [...] Sembra piuttosto che il giudizio sull'esistenza di una violazione della libertà personale sia affidato, caso per caso, ad un criterio quantitativo, basato sul grado di intensità della *diminutio* della dignità dei soggetti colpiti dai provvedimenti limitativi». Nel recente passato, analoghe considerazioni sono state svolte da BIN-PIRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, 484 e DE FIORES, *Libertà personale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, 3526.

⁸³ GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, cit., 560. A favore di una lettura estensiva Corte cost., 23.6.1956, n. 2, in *Giur. cost.* 1956, 561.

⁸⁴ Corte cost., 9.7.1996, n. 238, in *Cass. pen.* 1997, 315 con note di BARBATO-LAGO-MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza 238/96*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 361; CHIAVARIO, *Sul test del DNA parola alle Camere*, in *Il Sole-24 ore*, 13 luglio 1996; DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, cit., 3222; FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, cit., 315 ss.; FRIGO, *La Consulta salva la libertà personale: il legislatore intervenga subito senza ambiguità*, in *Guida al diritto*, 1996, 30, 65; GIACCA, *In tema di prelievo ematico: brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale 238/96*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 602; KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1091; MECHELLI, *Il prelievo ematico coattivo e la sua ammissibilità alla luce dei principi costituzionali*, in *Dir. fam.*, 1997, 1, 9; NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Gazz. giur.*, Milano, 1996, 29, 1 ss.; ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. pol.*, 1997, 280; RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, in *Giur. cost.*, 1996, 2151; SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, 12, 3567; SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Leg. pen.*, 1997, 173; VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 1027.

vedimento coattivo» sebbene l'art. 13 Cost. ripudi(asse) restrizioni della libertà personale «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge; e ciò implica la necessaria "tipizzazione" delle possibilità di restrizione della libertà personale»⁸⁵. Riconoscendo fondatezza all'incidente di costituzionalità - e non senza prima aver superato un pregresso orientamento risalente alla vigenza del vecchio codice di rito⁸⁶ - i giudici di Palazzo della Consulta rilevavano che, anche in relazione al prelievo ematico, vigesse la garanzia della riserva assoluta di legge posto che, per effetto del medesimo, si attua una compressione della libertà «tanto più allarmante - e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei "casi e modi" in cui può esser disposta dal giudice - in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona [...] e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla»⁸⁷.

⁸⁵ Corte cost., 9.7.1996, n. 238, cit.

⁸⁶ Il precedente era Corte cost., 24.3.1986, n. 54, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 220 che ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 146, 314 e 317 del codice di procedura penale del 1930 con riferimento all'art. 13 Cost. - nella parte in cui le disposizioni di cui al codice di rito non prevedevano i "casi" ed i "modi" nei quali l'Autorità giudiziaria avrebbe potuto disporre, per via coattiva, il prelievo ematico - in quanto «il Costituente ha inteso appunto tutelare la libertà del cittadino affidandone al giudice la garanzia e dal secondo comma dell'art. 13 si evince che la Costituzione consente sia la detenzione che "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" proprio e soltanto se vi sia "atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge". Orbene, le ragioni relative alla giustizia penale, e all'accertamento della verità che la concerne, rientrano sicuramente fra i "casi" previsti dalla legge: e la perizia medico-legale è altrettanto certamente uno dei "modi" legittimi mediante i quali è lecito al giudice previa congrua motivazione (sent. nn. 156/1967 e 64/1970) attuare una "qualsiasi restrizione della libertà personale", nei limiti ovviamente sopra accennati». La sentenza, tra gli altri, è stata commentata da BERNARDI, *Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale*, in *Leg. pen.*, 1986, 365; FERRARO, *Il prelievo ematico coattivo e la violenza "lecita"*, in *Cass. pen.*, 1986, 870; MAZZACUVA-PAPPALARDO, *Prelievo ematico ed accertamento della verità: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1987, I, 716; PERLINGIERI, *Sulla coercibilità della perizia ematologica. In margine alla sentenza della Corte costituzionale del 24 marzo 1986, n. 54*, in *Leg. e gius.*, 1988, 388.

⁸⁷ Corte cost., 9.7.1996, n. 238, cit. Il monito della Corte Costituzionale appare in linea con quello proclamato pochi giorni prima da Corte cost., 12.6.1996, n. 194, in *Giust. pen.* 1997, I, 50 ove era stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 186 e 187 del d.lgs. 285/92 (che prevedevano la facoltà per la polizia stradale di accertare direttamente il tasso alcolemico del guidatore ovvero di accompagnarlo coattivamente presso idonee strutture pubbliche per il prelievo di campioni biologici al fine di verificare l'eventuale assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope) sul presupposto che, in simili fattispecie, la legge, seppur con il rinvio ad una fonte secondaria (regolamenti), prevedeva in modo preciso i "casi" ed i "modi" in cui ed attraverso cui era possibile disporre coattivamente un prelievo.

Non ci vuole molto per capire come la portata caducatoria insita a tale *dictum* sia estensibile a qualunque attività investigativa e/o istruttoria che, in assenza di espressa tipizzazione da parte del legislatore, vada ad incidere coattivamente sulla dimensione fisica e corporale della libertà personale⁸⁸. A negare tale inferenza si dovrebbe concludere, un po' paradossalmente, che «il pubblico ministero possa, durante un'ispezione o una perquisizione personale, intrudere la libertà personale più di quanto non possa fare il giudice (terzo e imparziale) con una perizia; che l'inquirente possa, per dire, procedere a prelievi corporali, quando la mossa è preclusa al giudice»⁸⁹. E nell'ammettere ciò bisognerebbe anche tradire la *ratio* ispiratrice della dichiarazione d'incostituzionalità riveniente «non tanto da una riconsiderazione della libertà d'individuazione dei mezzi di prova (la cui funzione di garanzia dovrebbe trovare un limite nel rispetto dei principi costituzionali attinenti ai valori supremi della persona umana), quanto dalla mancata fissazione e definizione da parte del legislatore di “condizioni, presupposti e limiti per l'adozione del provvedimento coercitivo in questione”»⁹⁰.

Che il discorso non possa essere inquadrato in termini restrittivi è evidente. Ma a confermarlo è lo stesso Giudice delle leggi che, nel prosieguo della sentenza, osservava: «con riferimento anche ad ogni altro provvedimento coercitivo atipico [...] la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione al positivo dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere alla esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale»⁹¹. Il richiamo *expressis verbis* ad “ogni altro provvedimento coercitivo atipico” appare allora idoneo «a tradursi in un generico divieto – processualmente sanzionato ex art. 191 c.p.p. – di procedere ad accertamenti e prelievi corporali coattivi (senza il consenso dell'interessato), in assenza di apposita e precisa disciplina legislativa»⁹².

⁸⁸ Condividono CILIBERTI-DESTEFANO, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1, 90; RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, cit., 3564; SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, cit., 3572.

⁸⁹ Suggestione di PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati*, 2007, 458.

⁹⁰ Corretta esegesi di SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, cit., 3575.

⁹¹ Corte cost., 9.7.1996, n. 238, cit.

⁹² Sempre PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., 456.

Ciò che, a questo punto, si impone con riferimento agli esami radiologici, sconosciuti dal codice di rito ma continuamente adoperati in ambito giudiziario con gravi ricadute sulla libertà personale/corporale di chi *manu militari* vi viene assoggettato.

Esemplificando, si pensi a colui il quale rifiuti di sottoporsi ad una radiografia della mano o ad un'ortopantomografia per il timore che la sua maggiore età possa venire così scoperta⁹³; in quest'ipotesi, l'unica soluzione per ovviare al problema sarebbe quella di immobilizzare un arto del corpo - se del caso anche previo ammanettamento del reo - oppure forzare l'apertura mandibolare per consentire la presa in visione delle arcate dentali. Se poi il diniego provenisse - come quasi sempre succede - dal c.d. "ovulatore" allora le procedure diverrebbero ancor più estreme posto che bisognerebbe accompagnarlo d'imperio in ospedale, contenerlo su un'apposita lettiga ed infine obbligarlo ad ingerire un lassativo o un emetico per espellere lo stupefacente. Del pari, la natura invasiva di tali indagini è agevolmente apprezzabile sol che si ponga mente al fatto che, attraverso le stesse, il corpo umano si arricchisce di un *quid pluris* poiché al suo interno viene iniettata una dose, più o meno consistente, di raggi ionizzanti⁹⁴; il che richiama alla mente quel datato ma sempre attuale principio di diritto secondo cui dal catalogo degli accertamenti invasivi devono essere estromessi unicamente quelli che consistono in una mera osservazione esterna della persona, quali i rilievi descrittivi, fotografici ovvero antropometrici⁹⁵.

⁹³ Ad onore di verità MARCHIORI, *L'indagine preliminare*, in *Difendere, valutare e giudicare il minore*, a cura di Forza, Michelin e Sergio, Milano, 2001, 633, segnala che «in sede operativa, non si conoscono a tutt'oggi casi di minori indagati o imputati che si siano rifiutati di sottoporsi ad esame radiologico». CUTRONA, *Commento all'art. 8, in Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, cit., 86 ha invece ipotizzato che il rifiuto di sottoporsi a perizia da parte del giovane precluda l'operatività della presunzione della minore età di cui all'art. 8 del d.P.R. 488/88.

⁹⁴ Persuade FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, cit., 327 che, muovendo da tale presupposto, ritiene amovibili tra i c.d. "mezzi invasivi" non solo quelli «che "sottraggono" un *quid* dal corpo del periziando (cfr. prelievo ematico)» ma anche quelli che «"aggiungono" un qualcosa» e, pertanto, tra essi andranno ricompresi «l'iniezione o l'ingestione di liquidi-mezzi di contrasto finalizzate all'effettuazione di Tac o scintigrafia, ovvero le radiografie (dalle quali peraltro può derivare un danno fisico in considerazione della ripetitività dell'esame e dell'alta intensità dei raggi X). Infine si ricordano le indagini endoscopiche (es. gastroscopia)».

⁹⁵ E' il lucido insegnamento di Corte cost., 27.3.1962 n. 30 (<http://www.giurcost.org/decisioni/1962/0030-s-62.html>) della quale vale la pena riportare il seguente passaggio: «i rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervellotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico. Più frequentemente quei rilievi possono rendere necessari accertamenti che vengano a menomare la libertà morale della persona, come, per esempio, nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del

Né l'attuale vuoto legislativo appare diversamente colmabile con artifici retorici che, persistendo nell'erronea qualificazione giuridica degli esami radiologici e sfruttando la disciplina attualmente prevista per l'uno o per l'altro mezzo di prova ovvero di ricerca della prova, tentano impertentiti di accreditarne una pretesa osservanza ai dettami di cui all'art. 13 Cost. Basti pensare all'asserita sovrapposibilità tra "accertamenti radiologici" ed "accertamenti medici" di cui all'art. 224-*bis* c.p.p. che, a tutto voler concedere, comporterebbe un rispetto solo parziale della riserva di legge, ravvedendosi, nella citata disposizione codicistica, un'indicazione dei "casi" ma non anche dei "modi" attraverso cui può esplicarsi l'indagine⁹⁶.

corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all'intimità o al pudore della persona. In altri casi i rilievi descrittivi, fotografici ed antropometrici, e sempre i rilievi dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo), non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali. A ben guardare, la sostanziale differenza tra i due ordini di casi sopra esposti non consiste tanto nella momentaneità o nella levità della eventuale coercizione quanto, essenzialmente, nel fatto che nel secondo ordine di casi i rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano l'aspetto esteriore della persona, la cui sfera di libertà resta integra, mentre nel primo i rilievi importano una menomazione della libertà della persona pari a quella dell'arresto. In definitiva, l'esecuzione dei rilievi esteriori costituisce soltanto una forma di prestazione imposta, al fine della prevenzione dei reati, a certi individui che si trovino in determinate condizioni previste dalla legge, mentre i rilievi che assoggettino la persona a sostanziali restrizioni, fisiche o morali, di libertà, equiparabili allo arresto, sono da comprendere tra le ispezioni personali previste dall'art. 13 della Costituzione. Può concludersi che, non distinguendo l'art. 4 della legge di pubblica sicurezza tra rilievi che importino ispezioni personali e rilievi che restino esteriori alla persona, la disposizione è illegittima soltanto nella parte in cui consente "ispezioni personali". La distinzione tra interferenza esterna ed interna risalta le due diverse componenti della libertà corporale: da una parte, la coercizione fisica e dall'altra l'intrusione nella sfera più intima della persona. Tale criterio è stato utilizzato anche in altri paesi europei: il *Criminal and Police Evidence Act* del 1984 - ovvero sia il codice che, nel Regno Unito ed in Galles, regola i poteri attribuiti agli ufficiali di polizia - scevera tra «*intimate samples*» (campioni intimi), ottenuti da prelievi biologici effettuati su cavità corporee interne, e «*non intimate samples*» (campioni non intimi); analogamente, il codice di procedura penale francese contempla sia «*prélèvements externes*» (prelievi esteriori) che «*prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique*» (prelievi biologici). In Italia, vi è stata una proposta di legge che ha cercato di definire il concetto di "atto invasivo" orientandosi nella direzione fin qui tracciata: si tratta del disegno di legge governativo Flick (n. 3009), presentato in Senato durante la XIII^a legislatura, secondo cui «si considerano non invasivi della sfera corporale i prelievi di campione di unghie, capelli e altre parti esterne non sensibili del corpo e gli accertamenti medici, diversi dalle ispezioni personali, che non richiedono la somministrazione di sostanze o l'introduzione di strumenti nel corpo della persona sottoposta all'esame».

⁹⁶ Non convince GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, cit., 571-572 che pare confondere la nozione di "modi" evocata dall'art. 13 Cost. con quella di modalità e tempistiche procedurali: «ad ogni modo, l'art. 224-*bis* c.p.p. delinea in maniera stringente i casi e i modi nei quali si può effettuare l'atto coattivamente. [...] Quanto ai

Specularmente, l'assimilazione degli esami radiologici ad un'ispezione⁹⁷ o ad una perquisizione personale – senza voler cadere in soluzioni radicali⁹⁸ – richiederebbe quantomeno un bilanciamento dei diversi valori in gioco posto che l'auspicata “ispezione/perquisizione radiologica” è attività ben più invasiva rispetto a qualunque altra ordinaria forma di “ispezione/perquisizione personale”: di talché, per ritenere rispettata concretamente e non solo formalmente la riserva di legge, sarebbe comunque necessario istituire un parallelo elenco di “casi” e di “modi” riservato a tale differente tipologia di accertamenti corporali⁹⁹.

modi, l'art. 224-*bis* c.p.p. richiede un provvedimento molto strutturato del giudice (comma 2), che va notificato all'interessato, all'imputato e al difensore nonché alla persona offesa (comma 3); stabilisce che l'accertamento debba essere eseguito nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto e, in applicazione del canone di minima offensività, prescrive che, a parità di risultato, vanno prescelte le tecniche meno invasive (comma 5). Richiede inoltre l'assistenza obbligatoria del difensore, a pena di nullità (comma 7)». Più corretta l'impostazione di FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, cit., 322 che, ante L. n. 85/09, suggeriva: «circa i “modi” del prelievo (non essendo sufficiente il rinvio alla “perizia” svolto dalla sentenza C. cost. n. 54 del 1986), questi rilevano sotto il profilo della coercizione da prevedere – e quindi delle misure restrittive della libertà personale da adottare – per effettuarli. In effetti accanto a metodiche tecnico-scientifiche “invasive” (es. prelievo ematico) altre si qualificano perché presuppongono una collaborazione del soggetto (es. espirare l'aria alveolare nell'etilometro, rilasciare un campione di saliva o di altro liquido biologico). È ovvio che il tipo di coazione occorrente si diversificherà in relazione alle differenti modalità dell'accertamento».

⁹⁷ Cass., sez. IV, 2.12.2005, Euchì (n. 6284), cit. che, equiparando l'accertamento radiologico all'ispezione, ritiene rispettato l'art. 13 Cost. posto che «da un lato, l'ispezione è atto tipico disciplinato dal codice di rito e, dall'altro, esso non risulta, a differenza della perizia, indeterminato e generico quanto agli ulteriori poteri di accertamento autorizzabili dal magistrato, dal momento che per la stessa natura ed essenza del mezzo in considerazione, i poteri sono oggettivamente limitati a quelli che permettono un esame della persona che vi è sottoposta, nulla di più e nulla di meno essendo possibile con l'ispezione. Risultano dunque rispettati i due parametri – della riserva di legge e di giurisdizione – richiesti dall'art. 13 Cost. per la legittima limitazione della libertà personale».

⁹⁸ Quali quella di DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, cit., 3223 che osserva: «anche per quanto riguarda le ispezioni e le perquisizioni, non pare che il tenore letterale delle norme che le disciplinano consenta di ritenere determinanti i casi e i modi di esse [...] i presupposti di questi mezzi di prova consentono letture a maglie larghe sicché, in definitiva, non ci si allontana molto dal vero ritenendo che essi possano essere esperiti quando le ragioni attinenti al processo, e alla giustizia penale, lo richiedono o, al limite, lo impongano».

⁹⁹ Coglie nel segno PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, cit., 457 che – dopo aver sostenuto «in effetti, la stessa genericità imputabile alla norma sulla perizia poteva (e può) essere ascritta alle regole in tema di ispezione e di perquisizione personale: non sembrano meglio integrati i casi di restrizione della libertà più intima della persona con la mera indicazione della necessità di raccogliere tracce ed altri effetti materiali del reato, o il corpo del reato e le cose pertinenti, di quanto non sia nella perizia l'esigenza di un accertamento specialistico rilevante ai fini della decisione penale» – aggiunge «non si intende affatto sostenere l'incostituzionalità di questi mezzi di ricerca della prova (ispezione e perquisizione, peraltro, espressamente menzionate dall'articolo 13 della Carta come ipotesi legittime di compressione della libertà personale) per insufficiente determinazione della loro disciplina legislativa: si vuole solo dire che perquisizione ed ispezione non sembrano permettere – almeno allo stato attuale – un sacrificio di quella specie di libertà personale, la “libertà

7. [Segue] *L'art. 32 Cost.: diritto alla salute.*

L'esame radiologico «costituisce uno strumento di indagine e di accertamento diagnostico di uso comune che, utilizzato mediante corrette metodologie e da persone dotate delle necessarie cognizioni mediche e tecniche, determina un'esposizione del tutto irrilevante alle radiazioni, che non rappresentano alcun pericolo per la salute e per l'incolumità fisica dell'imputato»¹⁰⁰. Con queste parole, pronunciate verso la fine degli anni '80 dello scorso secolo, l'organo nomofilattico dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo vaglio, non ravvisando contrasto tra le norme che regolamentavano la perizia medica - gli artt. 146, 310 e 317 c.p.p. del 1930 - e l'art. 32 Cost. anche quando l'attività peritale veniva a sostanziarsi e concretizzarsi in un accertamento di natura radiologica. Considerato il contesto temporale in cui si colloca, il *decisum* non suscita particolare sgomento, risolvendosi in un'enunciazione anacronistica, per molti aspetti inattuale e che non può «costituire base affidabile per la soluzione dell'odierno problema»¹⁰¹: troppo acerbe ed ancora deficitarie erano, *illo tempore*, le riflessioni teoriche sul concetto di "salute" e le conoscenze scientifiche sui danni provocati al corpo umano dalle radiazioni. Decisamente più preoccupante è, invece, il fatto che, negli anni a seguire, con approccio epistemologico alquanto superficiale, si è inteso conferire solidità a

corporale", che richiede una tutela più intensa. Se è vero che quest'ultima esige un'attuazione più rigorosa della riserva di legge (cioè, una definizione dei "casi" di restrizione più precisa di quanto non avvenga per la libertà personale), quale non è garantita dall'art. 224 c.p.p., allora la stessa conclusione deve valere per l'ispezione e la perquisizione, la cui disciplina legislativa non sembra sul punto più tassativa di quella della perizia. Basti pensare all'ampiezza del significato ascrivito alla locuzione "cose pertinenti al reato", in cui si ricomprende qualsiasi *res* che possa assumere rilevanza per la decisione del *thema probandum*, per capire come la determinazione dei casi di una perquisizione sia tutt'altro che più restrittiva di quanto non avvenga per la perizia. Nella prima ipotesi - perquisizione - la limitazione della libertà personale viene consentita ogniqualvolta sia necessaria per acquisire una cosa che potrebbe essere rilevante per la soluzione del tema processuale; nel secondo - perizia - si permetterebbe la limitazione della libertà personale quando serva per compiere un accertamento scientifico che sia rilevante per la decisione di merito: in definitiva, in entrambi i casi la limitazione della libertà personale sarebbe collegata alle necessità di acquisire un'informazione rilevante per il processo. Il discorso non pare dissimile nel comparare alla perizia l'ispezione: la limitazione di quest'ultima alla sola ricerca di tracce del reato non sembra costituire una demarcazione davvero incisiva, tale da far ritenere la coercizione personale meglio precisata della perizia. Anche qui il concetto di "tracce", o quello di "effetto materiale del reato", paiono alquanto evanescenti, e, in fondo, evocano soprattutto l'esigenza che l'ispezione vada in cerca di un dato rilevante per il processo».

¹⁰⁰ Cass., sez. I, 27.2.1989, Salvan (n. 498), cit.

¹⁰¹ La censura proviene da MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo - Adesso serve un chiarimento legislativo*, cit., 51.

tale orientamento, non solo ribadendo con ostinata sicurezza che l'esecuzione di una radiografia è evento «irrilevante» in quanto non idoneo a generare «alcun pericolo di danno [...] per l'incolumità fisica dell'imputato»¹⁰², ma addirittura proclamando presunti effetti benefici e salvifici per la «salute del soggetto»¹⁰³, essendo la medesima propedeutica all'espulsione della sostanza stupefacente ingerita.

Da tali posizioni interpretative occorre prendere le distanze non potendo condividersene nemmeno una piccola porzione.

Sotto il profilo dell'assoluta innocuità dell'atto, è appena il caso di ricordare che - diversamente dal prelievo biologico che non lascia mai tracce indelebili¹⁰⁴ - i c.d. "raggi x" sono «una radiazione ionizzante che nell'attraversare i tessuti del corpo umano depositano lungo il loro cammino una parte dell'energia posseduta producendo danni, talvolta irreversibili, ai tessuti viventi. Gli effetti deterministici indotti dalle radiazioni sono generalmente di natura stocastica (cancro, leucemia, effetti ereditari) e si manifestano al di sopra di un valore di soglia. Nell'adulto questi effetti corrispondono, a seconda delle dosi: all'eritema, ad ulcerazioni cutanee, a linfopenia, a danni al cristallino, all'apparato genitale. Oltre agli effetti che si manifestano direttamente sulla persona esposta a radiazioni, esiste la possibilità di effetti ereditari sulla prole. Si tratta, anche in questo caso, di effetti stocastici, per i quali la probabilità di manifestarsi a livelli gravi nelle generazioni future è calcolata in circa 1 su 100.000 per dosi di un mSv ricevuta dal genitore. Per questo motivo durante le indagini radiologiche vengono adottate misure precauzionali per proteggere i testicoli e soprattutto le ovaie. Occorre inoltre aggiungere che la presenza di protesi interne o alcuni particolari stati patologici o anche fisiologici quali ad esempio una gravidanza non necessariamente conosciuta dalla donna, possono comportare un rischio aggiuntivo da valutarsi attentamente da parte del radiologo. Nel caso di irraggiamento del feto si tratta di effetti letali, malfor-

¹⁰² *Ex multis* Cass., sez. IV, 2.12.2005, Euchì (n. 6284), cit.

¹⁰³ *Ex plurimis* Cass., sez. IV, 13.6.2007, Hassan (n. 25092), cit.

¹⁰⁴ Perentorio il commento di RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento di valori*, cit., 2156 che enfatizza «la *presque-totale* non invasività del prelievo, in quanto eseguito in ambiente e sotto controllo medico, e quindi in condizioni di asepsi, con possibilità di abolire ogni sensazione dolorifica ricorrendo all'analgesia topica o per contatto (mediante *spray* o pomate anestetiche); a ciò si aggiunga la scarsa entità del prelievo ematico necessario, pari a 40/50 microlitri di sangue su un patrimonio ematico stimato su 4/5 litri, priva di qualsiasi ripercussione sull'emodinamica. Viene in sostanza meno il carattere della invasività anche perché il prelievo, per definizione, non comporta inoculazione di sostanza alcuna».

mazioni, anomalie della crescita e dello sviluppo, compresi ritardi mentali gravi»¹⁰⁵.

E', pertanto, evidente come ogni esame radiologico – lungi dal poter cagionare solo delle «minime lesioni personali [...] tollerate e consentite dall'ordinamento giuridico in vista di interessi superiori di giustizia»¹⁰⁶ – si connaturi, almeno potenzialmente, per un'indefettibile ed irreversibile dannosità intrinseca, tra l'altro foriera di patologie cancerogene trasmettibili alla prole ovvero di malformazioni ed aborti del feto nelle donne gravide¹⁰⁷. Se così non fosse non avrebbe alcun senso quella Circolare diramata dal Procuratore della Repubblica per i minorenni di Milano che, nel fornire alcune direttive per i servizi di polizia giudiziaria, si raccomandava di sottoporre l'indagata ad un *test* di gravidanza e, nel caso in cui da quest'ultimo fosse scaturito un risultato anche solo dubbio, di soprassedere dall'accertamento auxologico¹⁰⁸; così come difficilmente spiegabile, soprattutto da un punto di vista

¹⁰⁵ Esaustiva sintesi degli “effetti da radiografia” operata da CILIBERTI-DESTEFANO, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, cit., 91-92.

¹⁰⁶ FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, cit., 327 cristallizza in questi termini il massimo sacrificio alla salute umana ammesso dall'ordinamento.

¹⁰⁷ Sullo specifico profilo BAIMA-BOLLONE-PASTORE-TROSCARELLO, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Torino, 1989, 229 ss. che rilevano «il feto esposto alle radiazioni nei primi 3-4 mesi di vita intrauterina subisce alterazioni di sviluppo che possono determinare malformazioni od anche la morte», nonché MACCHIARELLI-FEOLA, *Medicina legale*, Torino, 1995, 1033 ss. i quali affermano che «l'utero gravido, se irradiato nei primi mesi di gravidanza, va incontro ad aborto. Successivamente si possono avere danni fetali (microcefalia, malformazioni ossee ed oculari, arresto dello sviluppo)».

¹⁰⁸ La Circolare del Procuratore della Repubblica per i minorenni di Milano è rinvenibile al seguente link: <https://attiemodellidipoliziagiudiziaria.eu/files/minori-direttive-procura-milano.pdf>. Se si vuole far riferimento ad un caso pratico, si può citare Cass., sez. I, 11.7.2007, C. (n. 32810), cit. relativa ad un'indagata al sesto mese di gravidanza che venne, per tale ragione, esonerata dall'accertamento radiografico. Sul punto, si veda anche l'art. 10 del d.lgs. 187/00 attuativo della direttiva “97/43/Euratom”: «il prescrivente e, al momento dell'indagine diagnostica o del trattamento, lo specialista devono effettuare un'accurata anamnesi allo scopo di sapere se la donna è in stato di gravidanza, e si informano, nel caso di somministrazione di radiofarmaci, se allatta al seno. Lo specialista considera la dose che deriverà all'utero a seguito della prestazione diagnostica o terapeutica nei casi in cui la gravidanza non possa essere esclusa. Se la dose è superiore a 1 mSv sulla base della valutazione dosimetrica pone particolare attenzione alla giustificazione, alla necessità o all'urgenza, considerando la possibilità di procrastinare l'indagine o il trattamento. Nel caso in cui l'indagine diagnostica o la terapia non possano essere procrastinate informa la donna o chi per essa dei rischi derivanti all'eventuale nascituro. Nel caso in cui si debba procedere comunque all'esposizione lo specialista deve porre particolare attenzione al processo di ottimizzazione riguardante sia la madre che il nascituro. Nei casi di somministrazione di radiofarmaci a donne che allattano al seno particolare attenzione è rivolta alla giustificazione, tenendo conto della necessità o dell'urgenza, e all'ottimizzazione, che deve essere tale sia per la madre che per il figlio; le prescrizioni dello specialista, in questi casi, possono comportare anche la sospensione temporanea o definitiva dell'allattamento. Le raccomandazioni per le esposizioni di cui ai commi 2 e 3 sono quelle riportate nell'allegato VI. Fermo restando quanto disposto ai commi 1, 2 e 3, l'esercente delle strutture dove si svolgono indagini o trattamenti con radiazioni ionizzanti deve assicurarsi che vengano esposti

teleologico, sarebbe l'art. 3 della L. n. 41/03 adottata dalla Regione Veneto che, al fine di prevenire la salute del lavoratore dal rischio di silicosi ed asbestosi, lo esonera espressamente da radiografie del torace.

Come se non bastasse, occorre rimarcare che, unitamente al *radon*, costituiscono fonte di potenziale danno alla salute dell'individuo anche le correlate terapie emetiche funzionali al rigetto degli ovuli di droga. Sul punto, è intervenuta la Grande Camera della Corte EDU, trovatasi a dover valutare il ricorso presentato da un soggetto che, dopo essere stato fermato nel mentre cedeva sostanza stupefacente, inghiottiva il relativo involucro e, a quel punto, veniva costretto ad assumere per via nasale un emetico che gli provocava vomito e, quindi, l'evacuazione del "corpo del reato". Ebbene, a tal riguardo, i Giudici di Strasburgo hanno ravvisato un contrasto con le disposizioni della C.E.D.U. nella misura in cui l'insita pericolosità nell'erogazione coatta di tale emetico e le modalità "brutali" che avevano connotato la relativa procedura costituivano una grave, repressibile e non permessa ingerenza nell'integrità fisica e psicologica del ricorrente¹⁰⁹. Principio questo che può anche non piacere, apparire scomodo e risultare d'ostacolo ad un pieno ed effettivo accertamento giudiziario, ma che esige rispetto in virtù dell'obbligo di interpretazione conforme che grava sul giudice interno¹¹⁰. Parimenti censurabile è cercare un appiglio, una giustificazione al trattamento, invertendo i termini della questione ed adducendo la compresenza di uno stato di necessità costituito dall'esigenza di tutelare la salute del c.d. "ovulatore": sebbene si è consapevoli che la rottura anche di un solo ovulo di stupefacente possa cagionare il decesso di chi lo ha improvvidamente ingerito, comunque il rifiuto all'esame radiologico non è sopraffabile nemmeno qualificandolo come un "trattamento salvavita".

La conclusione è corroborata da quel consolidato filone giurisprudenziale¹¹¹ che ha ripetutamente valutato in termini di legittimità e non coercibilità le re-

avvisi atti a segnalare il potenziale pericolo per l'embrione, il feto o per il lattante, nel caso di somministrazione di radiofarmaci; tali avvisi devono esplicitamente invitare il paziente a comunicare allo specialista lo stato di gravidanza, certa o presunta, o l'eventuale situazione di allattamento».

¹⁰⁹ Corte EDU, Grande Camera, 11.7.06, Jalloh c. Germania, in *Cass. pen.* 2006, 3843.

¹¹⁰ Doveroso il richiamo alle c.d. "sentenze gemelle", Corte cost., 19.10.2007, n. 347 e 348, in *Giur. cost.* 2007, 5.

¹¹¹ Tra le molteplici sentenze, tutte relative a Testimoni di Geova che per motivi di fede religiosa rifiutavano la trasfusione, si richiama Cass. civ., sez. III, 23.2.2007, n. 4211, in *Giust. civ. mass.* 2007, 2 con nota di FACCI, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 9, 1885; Cass. civ., sez. III, 15.9.2008, n. 23676, in *Diritto e Giustizia online* 2008 con note di MASONI, *Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam.*, 2009, 1, 58; GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. pater-*

sistenze opposte alle trasfusioni sanguigne, anche se da quest'ultime, ove mancate o non tempestivamente effettuate, possa derivare l'evento letale. Né evocando la tutela della collettività - pretesamente posta in pericolo dal commercio illecito di sostanze stupefacenti - potrebbe appalesarsi la sussistenza dei presupposti legali per procedere all'esecuzione coatta di una radiografia nelle forme del trattamento sanitario obbligatorio. Così facendo si maschererebbero diverse istanze sociali, finendo con lo sdoganare, sotto mentite spoglie, l'utilizzo di un istituto (il T.S.O.) estraneo al processo penale in quanto congegnato per operare solo in tassative ipotesi di rischio igienico-sanitario, peraltro reale e non potenziale, in base alla logica solidaristica di cui all'art. 2, co. 2, Cost.¹¹²; e ciò, *ad abundantiam*, senza dimenticare che «le misure sanitarie coercitive devono tendere esclusivamente ad evitare danni a terzi e non anche al bene di chi le subisce, apparendo la seconda alternativa ispirata ad un inaccettabile paternalismo»¹¹³.

8. *Uno sguardo al futuro: neuroimaging (o brain imaging)*. Volgendo lo sguardo a quello che potrebbe essere il processo penale del futuro, la porta di ingresso ad un ulteriore impiego della radiologia è lasciata aperta da alcuni recenti studi in tema di neuroscienze¹¹⁴ per effetto dei quali sarebbe possibile

nalismo sanitario, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 126; POLIZZI, "E' vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, 2112.

¹¹² Tematica affrontata da TERRUSI, *L'esame ematologico sul soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. mer.*, 1993, p. 854. Degno di nota il principio statuito da Corte cost. 22.6.1990 n. 307, in *Foro it.* 1990, I, 2694 secondo cui «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

¹¹³ Giusta e schietta l'osservazione di RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, cit., 3563. L'Autore, a supporto di tale tesi, richiama ulteriori voci quali quelle di CERRI, *Libertà II libertà personale - dir. cost.*, cit., 9; D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, in *Dir. soc.*, 1981, 529; MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 437; PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 903; SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Dir. soc.*, 1978, 514.

¹¹⁴ Si fornisce una panoramica dei principali contributi in materia di neuroscienze: BARLATI, *La rilevanza delle neuroscienze in campo forense. L'impatto delle tecniche di neuroimaging e della genetica comportamentale sul diritto*, in *Crimen et delictum, International Journal of Criminological and Investigative Science*, 2011, 56 ss.; BASILE-VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 dicembre 2017, 4, 271 ss.; BEAR-CONNORS-PARADISO-CASCO, *Neuroscienze. Esplorando il cervello*, a cura di Petrosini e Olivieri, Milano, 2007; BERLUCCHI, *Neuroscienze e filosofia*, in *La natura dell'uomo. Neuroscienze e filosofia a confronto*, a cura di Grassi e Aguti, Milano, 2008; BIANCHI-

stabilire una correlazione tra i comportamenti umani ed i meccanismi neurali che presiedono il funzionamento del sistema nervoso centrale e periferico¹¹⁵. Tale avveniristica tipologia d'indagine muove da un'esplorazione morfologica del cervello (c.d. *neuroimaging* o *brain imaging*) attuabile grazie all'utilizzo di sofisticati strumenti di visualizzazione quali, ad esempio, l'Elettroencefalogramma multicanale (EEG), la Tomografia Assiale Computerizzata (TAC), la Risonanza Magnetica Funzionale (fMRI)¹¹⁶, la Tomografia

GULOTTA-SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 1 ss.; BOTTINI-SEDDA-OVADIA, *Passato presente e futuro delle neuroscienze e del diritto*, in *Rass. it. crimin.*, 2013, 1, 17 ss.; DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *www.archiviopenale.it*, 2011, 3, 1 ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 2, 1 ss.; EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in *Il diritto nelle neuroscienze: non "siamo" i nostri cervelli*, a cura di Palazzani e Zammotti, Torino, 2013, 123 ss.; FERRUA, *Neuroscienze e processo penale*, in *Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli studi di Foggia*, Padova, 2013, 259 ss.; FLICK, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Riv. AIC*, 2014, 4, 3; FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, 7/8, 2719 ss.; FORZA, *Dalla predizione di Freud alle rivelazioni delle neuroscienze*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 731 ss.; FORZA, *L'approccio convenzionalista del sapere giuridico e gli apporti delle neuroscienze nel processo*, in *Aa.Vv., La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 359 ss.; FORZA, *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010; GARLAND, *Neuroscience and the law: brain, mind, and the sales of justice*, New York, 2004; GAZZANIGA, *The law and neuroscience*, in *Neuron*, 2008, 60; GREELY, *Neuroscience and criminal justice: not responsibility, but treatment*, in *University of Kansas Law Review*, 2008, 56; IACOVIELLO, *Le neuroscienze forensi: un progresso pericoloso*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 749 ss.; INTRIERI, *Neuroscienze e diritto: una nuova teoria giuridica sulla mente*, in *Sistemi intelligenti*, Padova, 2010, 255 ss.; KANDEL-SCHWARTZ-JESSELL-PERRI, *Principi di neuroscienze*, Milano, 2003, 1 ss.; JONES-SCHALL-SHEN, *Law and neuroscience*, New York, 2014; LAVAZZA-SAMMICHELLI, *Il nuovo rapporto tra diritto e neuroscienza: il caso dello psicopatico*, in *Sistemi intelligenti*, Bologna, 2010, 241 ss.; MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 681 ss.; MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 4, 1875 ss.; PASCULLI, *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*, Roma, 2012; PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012; RACINE, *Pragmatic neuroethic: improving treatment and understanding of the mind-brain*, Massachusset, 2010; RONCO, *Sulla "prova" neuroscientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, 855 ss.; SANTA MARIA, *Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancor giovani e una metafisica troppo antica*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2017; SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto: un quadro delle opportunità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1, 83 ss.

¹¹⁵ Una convincente definizione di "neuroscienze" è proposta da GRANDI, *Diritto penale e neuroscienze*, in *Dir. pen. e uomo*, 2019, 1 ss.: «un gruppo eterogeneo di discipline scientifiche, accomunate dall'obiettivo di spiegare come le connessioni neuronali sovrintendano lo svolgimento di tutte le attività umane, non solo quelle estrinsecanti in semplici movimenti corporei, ma anche quelle più complesse (la volizione, le emozioni, persino la formulazione dei giudizi morali), tradizionalmente attribuite al dominio della "mente" e considerate in passato inaccessibili all'indagine sperimentale».

¹¹⁶ Questa tecnica è divenuta il metodo più efficace per la visualizzazione funzionale del cervello perché consente l'effettuazione di scansioni in maniera molto rapida con una buona risoluzione spaziale. Secondo CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 338 «l'indagine fMRI mostra come la regione del polo frontale (BA10) e una regione parietale,

ad Emissione di Positroni (PET)¹¹⁷, la Magnetoencefalografia (MEG), la Tomografia Computerizzata ed Emissionale di Fotoni singoli (SPECT) e la Spettroscopia funzionale nel vicino infrarosso (Fnirs). Nello specifico, i richiamati macchinari, attraverso emissioni più evolute dei comuni “raggi x” e l’uso di campi elettromagnetici, forniscono un’immagine tridimensionale del cervello e ne consentono un’osservazione diretta della relativa funzionalità, sfruttando un principio di base per certi versi elementare: «i neuroni, per potersi scambiare informazioni trasmettendo scariche elettriche attraverso le connessioni sinaptiche, necessitano di un’energia che, nel cervello, è prodotta bruciando glucosio con ossigeno; poiché il glucosio ed ossigeno sono trasportati dal sangue là dove c’è necessità, cioè c’è scambio sinaptico dei neuroni, ecco che in quella regione del cervello vi sarà maggiore afflusso di sangue»¹¹⁸.

L’obiettivo è dunque quello di definire l’andamento, le alterazioni e le eventuali problematiche sistemiche delle singole componenti organiche ponendo in evidenza le associazioni che intercorrono tra le stimolazioni emotive e le fisiologiche reazioni che caratterizzano l’attività cerebrale¹¹⁹. In questa prospettiva, una precisa rilevanza è riconosciuta, oltre

il precueo, vengano attivati addirittura 8-10 secondi prima della decisione cosciente, molto prima del potenziale di prontezza originato dalla corteccia motoria».

¹¹⁷ Una sommaria illustrazione del meccanismo di funzionamento della PET è data da ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 3, 917: «in particolare, la PET è basata sulla misurazione dell’assorbimento di una sostanza radioattiva iniettata nel sangue del soggetto esaminato e simile al glucosio».

¹¹⁸ MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, 176.

¹¹⁹ Di seguito si riportano alcune ricerche scientifiche che hanno approfondito la funzionalità delle componenti cerebrali: ANDERSON-BECHARA-DAMASIO-TRANEL-DAMASIO, *Impairment of social and moral behavior related to early damage in human prefrontal cortex*, in *Nat. Neurosc.*, 1999, 2, 1032 ss.; ARON-POLDRACK, *Cortical and subcortical contributions to stop signal response inhibition: role of the subthalamic nucleus*, in *The Journal of Neuroscience*, 2006, 26; ARON-ROBBINS-POLDRACK, *Inhibition and the right inferior frontal cortex*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2004, 8; BECHARA-DAMASIO-DAMASIO, *Emotion, decision making, and the orbitofrontal cortex*, in *Cerebral Cortex*, 2000, 10; BLAIR, *Disfunctions of medial and lateral orbitofrontal cortex in psychopathy*, in *Annals of the New York Academy of sciences*, 2007, 1121; BREMMER, *Effects of traumatic stress on brain structure and function: relevance to early responses to trauma*, in *J. Traum. Diss.*, 2005, 6, 51 ss.; CIARAMELLI-MUCCIOLI-LADAVAS-PELLEGRINO, *Selective deficit in personal moral judgment following damage to ventromedial prefrontal cortex*, in *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2007, 2; MATSUO-NIOLETTI-HATCH-PELUSO-NERY, *A voxel-based morphometry study of frontal gray matter correlates of impulsivity*, in *Human Brain Mapping*, 2008, 30; ROLLS, *The orbitofrontal cortex and reward*, in *Cerebral Cortex*, 2000, 10, 284 ss.; RUDEBECK-MURRAY, *The orbitofrontal oracle: cortical mechanisms for the prediction and evaluation of specific behavioral outcomes*, in *Neuron*, 2016, 84, 1143 ss.; SAMANGO SPROUSE, *Frontal lobes development in childhood*, in *The human frontal lobes. Functions and disorders*, New York, 1999, 584 ss.

all'ippocampo¹²⁰, all'amigdala – considerata «una sentinella, un *computer* emotivo del cervello»¹²¹ in quanto «risponde in modo diverso alle differenti situazioni cognitive, emotive e comportamentali»¹²² – nonché ai lobi frontali¹²³ il cui esame permetterebbe di «valutare i correlati neuronali della coscienza, che determinano la pianificazione dell'atto o il controllo degli impulsi, e cioè

¹²⁰ Con specifico riferimento all'ippocampo, CERRI, *Neuroscienze e prova penale: tra canoni epistemologici consolidati ed istanze (legittime?) di un nuovo ius probandi*, in <https://core.ac.uk/download/pdf/19204491.pdf>, osserva che esso «costituisce un meccanismo cerebrale di deposito della memoria a lungo termine che conserva le tracce (recuperabili) delle esperienze di ciascun individuo».

¹²¹ PIETRINI, *ResponsabilMente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in *Aa.Vv., La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 325.

¹²² Cfr. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2018, 3. Da non trascurare l'analisi offerta da VALENTINI, *L'imputabilità minorile e gli apporti delle neuroscienze*, in www.psicologiagiuridica.com, 2012, 8 s. secondo cui «tra le strutture chiave del telencefalo che mediano le emozioni, l'amigdala è stato oggetto di speciale interesse per i ricercatori a causa delle sue estese connessioni anatomiche con le strutture sottocorticali che controllano le funzioni autonome e con le aree corticali coinvolte nella elaborazione delle informazioni cognitive ed emotive. Sulla base della stima del numero di proiezioni corticali primarie, secondarie, e terziarie nei Machachi, Malcolm Young nella *New Castle University*, ha stabilito che l'amigdala è la struttura prosencefalica dei primati più densamente interconnessa, l'amigdala riceve *input* dal talamo che aggira le aree ricettive sensoriali corticali. La via rapida di input verso l'amigdala è in grado di discriminare solamente informazioni sensoriali grezze, l'analisi percettiva più sofisticata raggiunge l'amigdala un po' più tardi rispetto agli input corticali. L'amigdala possiede inoltre interconnessioni con le strutture del lobo temporale mediale e frontale ventrale, che forniscono un substrato al potenziamento emotivo della memoria. La paura, stimolo minaccioso presente nell'ambiente viene segnalata dall'amigdala, preferenzialmente rispetto ad altre emozioni. Nei disturbi dell'umore, gli schemi di attività tra corteccia prefrontale, interfaccia del cingolato anteriore che collegano l'amigdala, l'insula e le aree limbiche alla rete attentiva frontoparietale dorsale, vengono sbilanciati e vi è un'eccessiva enfasi sull'elaborazione somatica-emozionale. Avanzate immagini di risonanza magnetica sono in grado di evidenziare i percorsi di crescita e di sviluppo del cervello, rivelando che in adolescenza il cervello è estremamente influenzato dal sistema limbico e dall'amigdala, regioni cerebrali associate agli impulsi e aggressività, mentre negli adulti la corteccia prefrontale agisce direttamente sul controllo e sulle interpretazioni delle emozioni, negli adolescenti l'area prefrontale non risulta ancora in grado di modulare le reazioni emozionali, anche per questo gli adolescenti sono più instabili».

¹²³ Ben prima che le tecniche di *neuroimaging* divenissero accessibili, l'osservazione di alcuni casi clinici aveva posto un *focus* sul legame tra la funzionalità dei lobi frontali ed i comportamenti aggressivi. Nel 1848, Phineas Gage, minatore statunitense, rimase vittima di un grave incidente mentre lavorava per la costruzione di una ferrovia nel New England. Dopo essere guarito, riprese la propria attività lavorativa ma, a detta dei suoi colleghi, "Gage non era più Gage": da operaio sempre collaborativo e mite aveva mutato la propria personalità in direzione antisociale divenendo volgare, arrogante, irriverente, minaccioso e manesco. Alla sua morte, resti del cranio vennero conservati presso la *Harvard Medical School* e, a distanza di molti anni, furono analizzati, con l'ausilio del *neuroimaging*, da DAMASIO-GRABOWSKY-DAMASIO-GALABURDA, *The return of Phineas Gage: Clues about the brain from the skull of famous patient*, in *Science*, 1994, 1102 ss. i quali provarono che le modifiche caratteriali riportate da Gage erano correlabili ad una lesione, verificatasi nel corso dell'incidente, a quella zona cerebrale (la corteccia frontale) deputata alla regolazione dell'espressività emozionale.

le c.d. “funzioni esecutive” del cervello, influenzanti l’iniziativa, la personalità e la coscienza sociale dell’individuo»¹²⁴.

Viene da sé che l’ambito elettivo in cui (potenzialmente) si potrà sostanziare l’operatività di tali esami è quello inerente all’accertamento dell’imputabilità¹²⁵, tanto più oggi alla luce della recente espansione del concetto d’infermità mentale destinato a ricomprendere anche quei disturbi della personalità eziologicamente rapportabili ad una determinata condotta criminosa e dotati di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e volere, escludendola o quantomeno scemandola¹²⁶. Invero, proprio in quest’ultimo settore – dove un ruolo importante è giocato anche dalla neurocriminologia, «disciplina che studia l’applicazione della ricerca neuroscientifica, biologica, genetica e psicologica all’ambito criminologico» offrendo «evidenze sulle cause del comportamento criminale e sui processi legati alla capacità di autocontrollo»¹²⁷ – le neuroscienze hanno già otte-

¹²⁴ COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., 4. Ad ulteriore precisazione, GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1264 rileva che i lobi frontali «sono chiamati a governare gli impulsi potenzialmente confliggenti, fino alla definizione della scelta finale sul come, sul quando e soprattutto sul se agire, e alla trasmissione della scelta medesima al sistema muscolare».

¹²⁵ Il rapporto tra imputabilità e neuroscienze è già stato oggetto di pregevoli studi da parte di BERTOLINO, *Il vizio di mente tra prospettive neuro scientifiche e giudizi di responsabilità penale*, in *Rass. it. crimin.*, 2015, 85 ss.; BOELLA, *Neuroetica - La morale prima della morale*, Milano, 2008, 43 ss.; GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Torino, 2016; IANNUCCI, *Le neuroscienze, la “neuropsicologia” e la pretesa “rifondazione del diritto”*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018; INGINO-SCARFATO, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive. Criteri giuridici e conoscenze scientifiche nella valutazione della responsabilità penale*, Padova, 2016; NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà del volere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 500 ss.; PULITANÒ, *La disciplina dell’imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, 1, 248 ss.; SAMMICHELLI-SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in *Aa.Vv., La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 335 ss.; SARTORI-RIGONI-MECHELLI-PIETRINI, *Neuroscienze, libero arbitrio, imputabilità*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di Volterra, Milano, 2010, 36 ss.

¹²⁶ Cass., Sez. un., 25.1.2005, Raso (n. 9163), in *Cass. pen.* 2005, 6, 1951 con note di BERTOLINO, *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 9163*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 394; CENTONZE, *L’imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 247; FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono la rilevanza della personalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 7, 119 ss.; FORNARI, *I disturbi gravi della personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 274; LEO, *I disturbi della personalità nel quadro delle patologie che incidono sull’imputabilità*, in *Il Corriere del merito*, 2005, 585; MERZAGORA BETSOS, *I nomi e le cose*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 403; MILLER, *Imputabilità, psichiatri in aiuto dei giudici*, in *Diritto e Giustizia* 2005, 14, 50; PAVAN, *L’imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata da SS. UU. 25.1.2015 n. 9163 e l’estensione dell’infermità ai gravi disturbi della personalità*, in *Ind. pen.*, 2008, 308; PULEIO, *Brevi note a margine della sentenza S.U. n. 9163 del 25 gennaio 2005*, in *Riv. pen.*, 2006, 827.

¹²⁷ Chiarimento fornito da ZARA, *Neurocriminologia e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 822. Sempre in tema di neurocriminologia si segnala ABBOTT, *Into the mind of a killer*, in *Nature*, 2001,

nuto importanti riconoscimenti da parte della giurisprudenza. Tra le sentenze di maggior rilievo può senz'altro richiamarsi quella pronunciata il 18 settembre 2009 dalla Corte d'Assise d'Appello di Trieste¹²⁸. In quell'occasione, ad essere sottoposto a processo penale fu una persona di origini algerine che, dopo aver scambiato un uomo per il responsabile di ripetute offese nei suoi confronti, lo accoltellava cagionandone il decesso. L'esito controverso degli accertamenti tecnici eseguiti nel corso del giudizio di primo grado, induceva il giudice di seconda istanza a disporre una nuova perizia, affidando l'incarico ad un neuroscienziato molecolare e ad un neuropsicologo clinico: quest'ultimi, dopo aver sottoposto l'imputato ad esami di *neuroimaging* ed ad indagini genetiche, riuscivano ad isolare, nel suo organismo, la variante allelica MAO-A (c.d. *warrior gene*), ovvero un gene implicato nel metabolismo dei neurotrasmettitori ed associato ad alterazioni del sistema monoaminergico da cui discenderebbe una maggiore predisposizione a comportamenti impulsivi ed aggressivi con parallelo e proporzionale affievolimento delle capacità di autocontrollo¹²⁹. Proprio tale *status* di "vulnerabilità geneti-

410, 296 ss.; BLAIR, *A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath*, in *Cognition*, 1995, 57, 1 ss.; CIMA-TONNAER-HAUSER, *Psychopaths know right from wrong but don't care*, in *Soc. Cogn. Aff. Neurosc.*, 2010, 5, 59 ss.; DENCKLA, *A theory and model of executive function: a neuropsychological perspective*, in *Attention, memory and executive function*, Baltimora, 1996, 263 ss.; GULOTTA-ZARA, *La neuropsicologia criminale e dell'imputabilità minorile*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 109 ss.; NORDSTROM-GAO-GLENN-PESKIN-RUDOHUTT-SCHUG-TOUNG-RAINE, *Neurocriminology*, in *Adv. Genet.*, 2011, 75, 255 ss.; PAPAGNO, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, 5, 1960 ss.; PIETRINI-GUAZZELLI-BASSO-JAFFE-GRAFMAN, *Neural correlates of imaginal aggressive behavior assessed by positron emission tomography in healthy humans*, in *Am.J Psichiatri*, 2000, 157, 1772; WILSON-HANSEN-LI, *The traumatic stress response in child maltreatment and resultant neuropsychological effects*, in *Aggr. Viol. Beh.*, 2011, 16, 87 ss.

¹²⁸ Ass. App. Trieste, 18.9.2009, Bayout (n. 5), in *Riv. pen.* 2010, 70 con note di BARBIERI, *E' tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1° ottobre 2009*, in *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuretica*, Milano, 2011; CARPA, *Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e volere*, in *www.psicologiagiuridica.com*, CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1, 110 ss.; CODOGNOTTO-SARTORI, *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 2, 269 ss.; FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 1, 75 ss.; PIETRINI-SARTORI, *Come evolve il ruolo della perizia psichiatrica alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze*, in *Guida al diritto, focus on line*, 2011, 8, 4 ss. La sentenza non è passata inosservata nemmeno a livello internazionale dove, da una parte, la rivista giuridica *Nature* ha definito il caso giudiziario come «*the first time that behavioral genetics has affected a sentence passed by European Court*» e, dall'altra, MORSE, *Genetics and criminal responsibility*, in <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1364661311001264> ha stigmatizzato la deriva cui potrebbe andarsi incontro qualora si pervenisse a considerare la predisposizione genetica come un fattore di attenuazione della responsabilità penale.

¹²⁹ Sul gene MAO-A, ALGERI, *Neuroscienze, infermità di mente e credibilità del dichiarante*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 11, 1363 s. il quale così discetta: «tra le mutazioni genetiche a cui è commesso il ri-

ca”, in uno con la difficile infanzia vissuta in un degradato contesto familiare e sociale, valsero al reo il riconoscimento di una parziale incapacità d’intendere e volere ed il beneficio, in misura massima, della diminuzione dell’infermità. Altra vicenda giudiziaria, in questa sede degna di nota, ha riguardato una donna accusata di aver seviziato ed ucciso la sorella e di aver tentato l’omicidio, previo strangolamento con una cintura, anche della madre. In questo caso, il Giudice per le indagini preliminari di Como disponeva perizia esplicitasi sia in tradizionali accertamenti psichiatrici che in complesse indagini neuroanatomiche: se già i primi rivelavano un quadro psichiatrico caratterizzato da menzogna patologica e da pseudologia fantastica, accompagnato peraltro da una grave sindrome dissociativa, le seconde ponevano in risalto le «differenze nella morfologia e nel volume delle strutture cerebrali» nonché le «alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello» poiché preposte a regolare la menzogna, le azioni aggressive ed i processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità. Ancora una volta la diagnosi neuroscientifica era d’aiuto al riconoscimento di un parziale vizio di mente: individuata, quale situazione patologica, l’esistenza di un Disturbo Dissociativo d’Identità, il difetto d’imputabilità veniva posto in correlazione

schio di sviluppare comportamenti violenti, l’ipotesi più nota, è il caso di un’anomalia in quel gene addetto alla codificazione della monoamino ossidasi A (MAO-A) principale enzima deputato al metabolismo delle catecolamine, molecole che agiscono come neurotrasmettitori nel sistema nervoso. Già nei primi anni ’90, erano stati condotti degli studi sui maschi di una famiglia olandese, tristemente famosa per i loro comportamenti violenti e la loro storia fatta di criminalità. Gli studi condotti dai genetisti avevano rilevato una rarissima mutazione genetica a carico del gene MAO-A, che andava a imibirlo completamente. Incapaci, dunque, di produrre l’enzima MAO-A, gli uomini della famiglia (in quanto suddetto gene è posizionato sul cromosoma X) sarebbero stati condizionati a tenere un comportamento aggressivo o violento. Ora tale scoperta non deve portare a conclusioni errate: trattasi di una variazione genetica molto grave ma anche rarissima. Tuttavia, questa rivelazione ha spinto gli scienziati a condurre ulteriori indagini empiriche in tal senso. I loro sforzi, oggi, appaiono ricompensati. Si è, infatti, scoperto che esistono quattro varianti alleliche di questo gene: due che determinano una maggiore efficienza enzimatica del gene, e due varianti, che, invece, hanno una ridotta e bassa efficienza enzimatica (L-MAO-A). L’aspetto interessante è dato dal fatto che, in entrambi i casi prospettati, i soggetti hanno una scarsa tendenza a sviluppare dei comportamenti violenti, se educati in un contesto familiare e culturale non segnato da violenza, maltrattamenti, sopraffazione. Se questa tendenza permane anche in quei soggetti che hanno alle spalle una storia familiare di violenze e presentano un’alta attività enzimatica, la stessa cosa non può dirsi per quei soggetti che presentano una bassa attività enzimatica e che non sono cresciuti in un ambiente sano e protettivo. Di per sé, dunque, tale condizione genetica non è che determina i soggetti allo sviluppo di comportamenti aberranti, ma semplicemente che essi hanno maggior probabilità rispetto agli altri, se sottoposti ad eventi stressanti, di divenire violenti. Attraverso le tecniche di *brain imaging*, inoltre, si è riscontrato, nei soggetti che presentano il gene L-MAO-A, delle differenze sia anatomiche che funzionali, in alcune aree cerebrali, come se i polimorfismi genetici siano capaci di andare ad incidere sullo sviluppo dei circuiti nervosi del cervello, condizionandoli».

con la presenza di fattori anatomici «significativamente associati ad un maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento»¹³⁰.

L'imputabilità, tuttavia, non è l'unico campo in cui, almeno astrattamente, potrebbe dipanarsi l'operatività di tali innovative tecniche scientifiche: ampliando la visuale, è legittimo aspettarsi un loro incisivo contributo in tutte quelle verifiche processuali concernenti l'accertamento dell'attendibilità delle fonti dichiarative. Nel settore in esame, la *brain imaging* ha compiuto passi da gigante e già consente d'individuare i c.d. "correlati neurali" del comportamento umano¹³¹: in sostanza, il *fil rouge* che lega una determinata attività mentale con l'attivazione della corrispondente componente cerebrale. Tramite la risonanza magnetica funzionale (fMRI) sono state infatti mappate le varie zone del cervello interessate da compiti cognitivi¹³² e, misurando il flusso ematico in esse incanalato, si può notare, nei casi di risposta inventiva, un apprezzabile incremento dell'attività cellulare della corteccia prefrontale¹³³ dovuto al fatto che l'elaborazione di affermazioni mendaci necessita sempre di un preliminare sforzo neuronale costituito dall'inibizione della risposta vera.

Tutto ciò fornisce immediata percezione di quanto sia stato progressivo e veloce lo sviluppo delle conoscenze in ambito neuroscientifico; un'ascesa, peraltro, non in solitaria ma alla quale ha fatto seguito la riscossione di un discreto,

¹³⁰ Gip Como, 20.5.2011, Albertani (n. 536), in *Guida al diritto* 2012, 5, 63 con note di COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2012; CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 497 ss.; MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, in *Guida al diritto on-line*, 30 agosto 2011; MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, 175; MOZZONI, *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Como*, in *www.brainfactor.it*, 8 settembre 2011; TERRACINA, *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*, in *Guida al diritto*, 2012, 5, 63 ss.

¹³¹ In argomento MOLL-DEOLIVEIRA-SOUZA-ESLINGER-BRAMATI-MOURAO-ANDREIUOLO-PESSOA, *The neural correlates of moral sensitivity: a functional magnetic resonance imaging investigation of basic and moral emotions*, in *The Journal of Neuroscience*, 2002, 22, 2730 ss. e STRACCIARI-BIANCHI-SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, 117 ss.

¹³² Volendo, DAVATZIKOS-RUPAREL-FAN-SHEN, *Classifying spatial patterns of brain activity with machine learning methods: application to lie detection*, in *Neuroimage*, 2005, 28, 663 ss. che sostengono come la risonanza magnetica funzionale (fMRI) consenta, con approssimazione superiore al 90%, di stabilire quando un soggetto menta, ciò in virtù del fatto che le due aree cerebrali cognitivamente interessate - la corteccia frontale e la corteccia cingolata - risultano attivarsi in corrispondenza di risposte false. Sempre sulla funzionalità e sull'affidabilità della risonanza magnetica KAPARDIS, *Psychology and law: a critical introduction*, Cambridge, 2009, 290 ss. e LANGLEBEN, *Brain activity during simulated deception: an event related functional magnetic resonance study*, in *Neuroimage*, 2002, 15, 727 ss.

¹³³ A tal riguardo, SARTORI-AGOSTA, *Menzogna, cervello e lie detection*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di Bianchi, Gulotta e Sartori, Milano, 2009, 170.

seppur statisticamente limitato, successo in campo giudiziario¹³⁴. Non è, quindi, possibile etichettare a priori le neuroscienze come “scienza

¹³⁴ Tra le altre vicende giudiziarie che hanno visto l'impiego delle tecniche di *neuroimaging* si ricorda: Trib. Venezia, 24.1.2013, Mattiello (n. 296), in *Riv. it. med. leg.* 2013, 1905 s. e App. Venezia, sez. III, 16.12.2013, Mattiello (n. 1944), *inedita* che hanno escluso, sulla scorta di un accertamento peritale, la validità delle risultanze cui era pervenuta la consulenza tecnica di parte consistita nella sottoposizione dell'imputato ad una risonanza magnetica cerebrale, dalla quale era emerso la presenza di una grossa massa tumorale che avrebbe esercitato un'intensa pressione sul lobo frontale e, secondo la difesa, contribuito in maniera determinante a formare, sviluppare ed inculcare la tendenza pedofila nel reo; Gip Milano, 15.4.2014, n. 1243, *inedita* e Ass. App. Milano, 20.1.2015, *inedita* ove l'imputato, dopo alcuni colloqui psicologici dai quali erano emersi dei primi indizi di una schizofrenia paranoide, veniva sottoposto a *brain imaging* (segnatamente una morfometria basata sul *voxel* - VBM - che consente l'investigazione delle differenze focali nell'anatomia del cervello, utilizzando un approccio statistico noto come “mappatura statistica parametrica”) al fine di acquisire elementi certi in ordine a tale diagnosi; Trib. Piacenza, 26.9.2014, n. 280, *inedita* relativa ad una vicenda in cui l'imputato - genitore di un bambino di due anni deceduto in quanto lasciato per alcune ore all'interno della macchina - si sottoponeva ad un *test* neurologico dal quale scaturiva una diagnosi per amnesia dissociativa. Differenti tecniche neuroscientifiche hanno poi costituito un'importante base valutativa nei seguenti procedimenti: Trib. Cremona, 19.7.2011, Serventi (n. 42588), in *Riv. it. med. leg.* 2012, 2, 748 ss. ove le dichiarazioni rese dalla persona offesa, vittima di atti sessuali, vennero ritenute intrinsecamente attendibili anche perché avvalorate dallo a-I.A.T. (*AutobiographicaIAT*), metodologia consistente nello stabilire il livello di associazione che esiste tra diversi concetti tramite una rapida risposta a più domande da cui poi scaturirà l'elaborazione di un indice numerico (d-I.A.T.) recante la misurazione dei tempi di reazione (nella sentenza è possibile leggere «premesse che né lo I.A.T. né il T.A.R.A., ovviamente, hanno finalità accusatorie ma sono strumenti “neutri”, i risultati della perizia, letti nel contesto generale del processo, hanno offerto un esito di conferma delle dichiarazioni della persona offesa ... tali metodologie si basano su una valutazione del contenuto della memoria fondata sui tempi di reazione in risposta a frasi che descrivono l'evento autobiografico oggetto della verifica. Deve subito essere sottolineato, al fine di evitare ogni equivoco, che tali metodologie nulla hanno a che vedere con gli antiquati tentativi di verificare la “sincerità” di un soggetto tramite *lie detectors* o poligrafici, strumenti che pretenderebbero di fondare la valutazione su grossolani sintomi psico-fisici del periziando»); Trib. Torino, 19.4.2011, Franzoni, in *Dir. pen. cont.* 5 marzo 2012 relativa al procedimento c.d. “Cogne-bis” in cui la difesa di Anna Maria Franzoni - al fine di dimostrare l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato di calunnia, allorché quest'ultima decise di accusare falsamente il vicino di casa dell'omicidio del figlio Samuele - introdusse una consulenza tecnica espletata, tra l'altro, con la metodologia a-I.A.T.; Cass., sez. I, 10.5.2015, n. 30096, in *DeJure* che ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di merito i quali avevano escluso l'affidabilità della consulenza tecnica di parte esplicitasi nella somministrazione all'imputato del *test* a-I.A.T. al fine di dimostrare come l'investimento di un agente di polizia che gli aveva intimato di fermarsi non fosse stato volontario ma casuale (rilevavano i giudici di legittimità che «la Corte d'Appello ha valutato il *test* con criteri scientifici, sottolineando che si tratta di metodo assai recente ... contestato da alcune parti e che non aveva trovato diretta applicazione nei procedimenti davanti all'autorità giudiziaria italiana: il ricorrente sostiene che, al contrario, in un procedimento davanti al G.i.p. di Como ciò sarebbe avvenuto, dato certamente non decisivo; ma, soprattutto, la Corte territoriale evidenzia alcune criticità nell'applicazione del *test* al caso concreto, sottolineando che le dichiarazioni rese dall'imputato al consulente tecnico erano differenti da quelle rese nel procedimento; che - attesa la scarsa capacità di lettura dell'imputato - la complessità delle domande potevano influenzare i tempi di risposta; che, infine, poiché il *test* era stato somministrato oltre un anno dopo il fatto, il ricordo dell'imputato poteva essere differente da quello iniziale, in quanto influenzato da meccanismi inconsci di rimozione»).

spazzatura”¹³⁵ ma, allo stesso tempo, bisogna essere onesti ed evitare di lasciarsi ammaliare da un qualcosa che potrebbe rivelarsi un semplice canto delle sirene: invero «l’aver individuato alcuni ambiti all’interno dei quali potrebbe svolgersi una proficua collaborazione tra diritto penale e neuroscienze non significa, tuttavia, che queste si trovino davanti una strada spianata che le conduca trionfalmente all’interno delle aule giudiziarie»¹³⁶. Impervio, in salita ed irto d’ostacoli è il percorso che il *neuroimaging* dovrà ancora affrontare prima di ricevere un definitivo accreditamento scientifico e giuridico: tale metodica, infatti, non solo eredita tutte le problematichità tipiche dei comuni esami radiologici ma risulta passibile di ulteriori «critiche e limitazioni sia sul piano etico-giuridico che su quello tecnico»¹³⁷.

In via rapsodica, si pensi al fatto che le tecniche di esplorazione morfologica del cervello, nel riscontrare la presenza di una lesione o di un disturbo mentale, lo facciano sempre riferendosi alle condizioni attuali della persona esaminata senza permettere «congetture su un eventuale ruolo svolto in uno specifico episodio del passato»¹³⁸; di qui, innanzitutto, il rischio di un accertamento che, andando a scandagliare una generalizzata condizione psichica e personale dell’imputato, vada a risolversi in una non consentita “perizia psicologica” (art. 220, co. 2, c.p.p.)¹³⁹.

Analogamente, la validazione dell’attendibilità di una testimonianza per mezzo di una risonanza magnetica eseguita durante l’atto dichiarativo è suggestio-

¹³⁵ Parlano di “scienza spazzatura” GIANELLI, *Junk science: the criminal cases*, in *84 J. Crim. L. & Criminology*, 1993, 113 ss.; HUBER, *Galileo’s revenge: junk science in the courtroom*, New York, 1991; VICK-ERS, *Daubert. Critique and interpretation: what empirical studies tell us about the application of Daubert*, in *40 U.S.F. L. Rev.*, 2005, 111.

¹³⁶ Condivisibile osservazione di BASILE-VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2017, 284.

¹³⁷ Così SARTORI-ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 4, 692.

¹³⁸ Icastico ed efficace il rilievo di CUBELLI, *Neuroscienze e processo penale: l’illusione della prova scientifica*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 4, 713 secondo cui «i metodi neuroscientifici possono contribuire a indagare la storia e le motivazioni della persona colpevole, ma non consentono di dimostrare la colpevolezza (o l’innocenza) della persona indagata».

¹³⁹ Si interroga sulla persistente necessità di mantenere tale divieto MOSCARINI, *La perizia psicologica e il “giusto processo”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 929 ss. Più eversivo il pensiero di GULOTTA, *A proposito delle «neuroscienze forensi»*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 4, 743 s. che ritiene: «l’articolo 220 comma 2, infatti, vieta la perizia cosiddetta psicologica con una giustificazione garantistica: *perché valutare psicologicamente l’imputato quando ancora non si sa se lo stesso abbia commesso il fatto?* Tale argomentazione pare piuttosto debole, innanzitutto perché anche la perizia psichiatrica si dispone prima di sapere se l’imputato sia responsabile di quanto lo si accusa – e anche nel caso in cui neghi di essere il colpevole –, in secondo luogo poiché, per quanto riguarda i minorenni imputati, la perizia è di rigore senza che questa si rivolga ai loro danni. Sarebbe opportuno che il Codice non prevedesse alcunché sulla perizia psicologica; abolendosi così il secondo comma dell’articolo 220, il Giudice valterebbe allora caso per caso la necessità o l’utilità di disporre perizia psicologica sull’imputato».

ne che, per quanto fascino possa sprizzare, risulta però in grado di frustrare la libertà morale della fonte dichiarativa¹⁴⁰ e la corretta gnoseologia giudiziaria, riportando alla mente antiquati e banditi strumenti d'indagine quali il poligrafo, l'ipnosi e la narcoanalisi¹⁴¹.

Infine, sotto un profilo epistemologico, le credenziali attualmente in possesso delle neuroscienze non sembrano reggere il confronto con i quattro parametri elaborati dalla Corte Suprema statunitense per valutare l'affidabilità del metodo scientifico proposto: «falsificabilità della teoria in senso popperiano e quindi resistenza del metodo a tentativi di smentita, controllo dei lavori pubblicati da parte di revisori qualificati (“peer review”), accettabilità dei limiti di errore, accoglimento da parte della comunità scientifica»¹⁴². Al contrario, la *brain imaging* può «solo vantare isolate applicazioni nel cam-

¹⁴⁰ Sul punto GRIFANTINI, *Sub art. 188 c.p.p.*, in *Commento breve al c.p.p.*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 2005, 530 che intravede compressioni della libertà di autodeterminazione quando quest'ultima «è sottoposta a un controllo corporale che cerca e stimola una risposta involontaria al di fuori dell'autodominio del soggetto». Invece, CAPRARO, *Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, 3, 101 si chiede se, limitatamente all'imputato, «può essere ancora condivisibile l'inefficacia del consenso sul divieto contenuto nell'art. 188 c.p.p., qualora la richiesta di essere sottoposto, ad esempio, ad un *test* IAT, o ad uno *scan* cerebrale, rappresenti l'unico modo attraverso il quale attuare efficacemente il diritto di difesa. In tal caso, quando cioè la richiesta provenisse dall'imputato, o quest'ultimo acconsentisse alla richiesta da altri avanzata, il consenso potrebbe essere inteso proprio come manifestazione di quella stessa libertà di autodeterminazione che la norma vorrebbe tutelare. Fermo restando che, se la *ratio* della irrilevanza del consenso nel quadro dell'art. 188 c.p.p. è quella di impedire che la sua mancata prestazione possa essere valutata a carico, si potrebbe pensare *de iure condendo* di introdurre una regola analoga a quella contenuta nell'art. 208 comma 2 c.p.p., secondo la quale il rifiuto della parte di rispondere alle domande non può essere utilizzato dal giudice per la decisione, essendo espressione del suo inviolabile diritto di difesa».

¹⁴¹ Per questi temi GIARRIZZO, *La narcoanalisi*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XII, Milano, 1990, 165 ss.; MAFFEI, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2006, 717 ss.; MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Aa.Vv., Procedura penale*, Torino, 2010, 109; SABATINI, *Poligrafo e libertà morale*, in *Gius. pen.*, 1962, I, 1 ss.; VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona umana*, in *Riv. pen.*, 1972, 393 ss.

¹⁴² *Daubert vs Merrel dow pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) commentata da DONDI, *Paradigmi processuali ed “expert witness testimony”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 ss. e da TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss., e, in parte, criticata da FUSELLI, *Apparenze, accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, 2008, 52 secondo cui la proposta offerta dalla “sentenza Daubert” sarebbe «confusa e alquanto imbarazzante [...] nasce da alcuni errori e fraintendimenti, dati anzitutto da una mescolanza di piani. Un conto infatti è chiedersi quali siano i caratteri distintivi del metodo scientifico, un altro è porre la questione del grado di garanzia di singole teorie o tesi scientifiche e un altro ancora è il problema della affidabilità di *test* o di tecniche scientifiche specifiche». Da precisare come i principi enucleati dalla Suprema Corte americana siano stati recepiti da Cass., sez. IV, 17.9.2010, Cozzini (n. 43786), in *Dir. pen. e proc.* 2011, 1341 ss. con nota di TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 17, 1341 ss.

po giudiziario (si contano pochissimi precedenti), sintomo questo di una inadeguata verifica da parte della comunità scientifica [...] oltre ad una scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto (che è nei fatti per la scarsa applicazione e per la mancanza di un vero e proprio *test* di affidabilità)¹⁴³. Plastica dimostrazione di ciò si ha in tema d'imputabilità dove sicuramente gli strumenti di visualizzazione cerebrale consentono di sondare in modo oggettivo e ripetibile la funzionalità del cervello¹⁴⁴, ma le conoscenze neuroscientifiche propongono una spiegazione «delle correlazioni causali fra patologie cerebrali e comportamento delinquenziale non sufficientemente corroborate, perché, ad esempio, caratterizzate da frequenze medio-basse»¹⁴⁵; in tal modo, restando preclusa la quantificazione e la qualificazione del grado d'incidenza che una determinata disfunzione può dispiegare sul comportamento umano¹⁴⁶, non si può nemmeno escludere che un determinato soggetto, con lesione nella corteccia frontale, effettui scelte di vita diverse da quelle criminali¹⁴⁷. In sintesi, lo stadio di sviluppo degli esami per neuroimmagini, se non pre-paradigmatico¹⁴⁸, è ancora ad un livello di sperimentazione e, pertanto, la funzione che, ad oggi, deve loro riconoscersi è meramente “descrittiva” ma non anche “esplicativa”¹⁴⁹.

Nello stesso tempo, in una prospettiva *de iure condendo*, sia concesso rilevare che sarebbe un grave errore non avvedersi di quanto sia concettualmente ricco di prospettive il rapporto tra diritto e neuroscienze: «per la prima volta nella storia dell'umanità abbiamo genuine teorie scientifiche della natura e funzionamento della mente, dotate di contenuto controllabile empiricamente, che trattano di fenomeni mentali, come percezione, immaginazione, memo-

¹⁴³ Cass., sez. I, 2.10.2012, Panuccio (n. 43021), in *Cass. pen.* 2013, 11, 4079.

¹⁴⁴ Con metafora calzante PIETRINI-SARTORI, *Come evolve il ruolo della psichiatria alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze*, cit., 4 evidenziano che «le metodologie di esplorazione funzionale del cervello, quali la risonanza magnetica funzionale (fMRI), la magnetoencefalografia (MEG) [...] mettono a disposizione una vera e propria “finestra” sul cervello in azione».

¹⁴⁵ BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013.

¹⁴⁶ Ne parlano *funditus* GAZZANIGA, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, Torino, 2012, 214 s. e MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, 166.

¹⁴⁷ Sull'assenza di una correlazione tra danni alla corteccia prefrontale e comportamento criminale MARTELL, *Neuroscience and law: philosophical differences and practical constraints*, in *Behavioral Sciences and Law*, 2009, 131 e MATARO-JURADO-GARCIA-SANCHEZ-BARRAQUER-COSTA-JUSSA-JUNQUÈ, *Long term effects of bilateral frontal brain lesion: 60 years after injury with an iron bar*, in *Arch. neur.*, 2001, 58, 1139 ss.

¹⁴⁸ La pensano così LAVAZZA-DECARO, *Not so fast. On some bold neuroscientific claims concerning human agency*, in *Neuroethics*, 2010, 3, 23 ss.

¹⁴⁹ Si rinvia a BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di Santosuosso, Pavia, 2009, 121 ss.

ria, apprendimento, ragionamento, emozione, decisione, competenza linguistica»¹⁵⁰.

8. *Conclusioni.* E' difficile sottrarsi alle tentazioni generate dagli esami radiologici: efficaci strumenti d'indagine da cui derivano risultati di prova pressoché certi, direttamente acquisibili nel fascicolo dibattimentale, stante la loro natura di atto irripetibile¹⁵¹, e legittimamente utilizzabili in sede decisoria. Messaggi subliminali che però rappresentano solo un rovescio della medaglia. Il processo penale non è una pesca a strascico ma è un "momento di civiltà"¹⁵², nel senso che l'accertamento giudiziario si sviluppa in ossequio a determinate regole, la maggior parte delle quali tese a garantire la legalità del procedimento d'acquisizione probatoria. Ed è proprio per questo che un legislatore consapevole non dovrebbe tardare a rinnovare ed adeguare l'ordinamento interno, riducendo così al minimo il rischio di disinvolute interpretazioni giurisprudenziali, foriere solamente di nuovi squilibri.

Quello che adesso occorre è che l'ingresso della radiologia in sede processuale trovi un definitivo riconoscimento normativo – da più parti già auspicato¹⁵³ – a cui segua una regolamentazione ispirata ai principi di proporzionalità, stretta necessità e minima offensività; in sintesi, una disciplina in grado di realizzare un accettabile bilanciamento tra le esigenze tipiche dell'accertamento penale e la salvaguardia di beni costituzionali individuali. Sicuramente, la nocività intrinseca alla somministrazione di raggi ionizzanti è problematica che poteva (e che può tuttora) essere superata con un minimo di senso di responsabilità: se si fosse, infatti, provveduto ad attuare tempestivamente la Direttiva 2013/59/Euratom ora l'ordinamento giuridico italiano già si ritroverebbe in possesso di cogenti indicazioni in ordine ai livelli massimi d'esposizione entro i quali procedere in sicurezza ad un accertamento di natura radiologica; livelli d'esposizione questi il cui rispetto risulterebbe oggi garantito dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e dalla creazione di

¹⁵⁰ Così DI FRANCESCO, *Realismo mentale, naturalismo e scienza cognitiva*, in *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di De Caro e Ferraris, Torino, 2012, 210.

¹⁵¹ In tema di accertamenti tecnici irripetibili si rinvia al lavoro monografico di GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 1 ss.

¹⁵² Non distante l'idea di IACOVIELLO, *Le neuroscienze forensi: un progresso pericoloso*, in *Giorn. it. psicol.*, 2016, 4, 749 secondo il quale «il processo penale è una liturgia posta a sostegno di una fede: fare giustizia attraverso la verità. Accertare i fatti (oggettivi e soggettivi) e applicarvi il diritto. Se cambi la liturgia, rischi di minare la fede».

¹⁵³ Tra i vari, CLIBERTI-DESTEFANO, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, cit., 97 e MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo - Adesso serve un chiarimento legislativo*, cit., 52

differenti tipologie di macchinari tutti capaci di ridurre la dose di radiazione necessaria per la singola scansione fino al 60% rispetto a quanto succedeva nel passato¹⁵⁴.

Viceversa, con riferimento alla libertà personale, l'unica soluzione resta quella poc'anzi proposta; indifferibile è l'esigenza di un addentellato normativo che - indipendentemente dalla sua collocazione sistematica e, quindi, dalla relativa qualificazione giuridica - contempli i "casi" ed i "modi" legittimanti l'esecuzione coattiva degli esami radiologici; una norma che, così strutturata, viaggerebbe di pari passo con il progredire della scienza, divenendo dunque il contenitore ideale per proceduralizzare l'uso, nel processo penale, della radiologia ed offrendo accoglienza ad ogni nuova metodica radiologica che, di volta in volta, riceva l'avallo della comunità scientifica.

Nessuno vuole sostenere che l'apprestamento di una simile tutela sia compito semplice ma se tutto ciò, con l'avvento dell'art. 224-*bis* c.p.p., è stato finalmente previsto in relazione al «prelievo di sangue, di per sé privo di concreta azione lesiva»¹⁵⁵ non si comprende perché ancora difetti un'espressa copertura normativa per indagini - quali quelle radiologiche - che, comprimendo la libertà corporale, comportano un'aggressione alla sfera più intima di ogni singolo individuo.

¹⁵⁴ E' di pochissimi mesi fa la notizia che le ricercatrici ed ingegnere cliniche Federica Caracò e Michela D'Antò hanno vinto il premio dell'*Health Technology Challenge* per aver individuato un algoritmo che consentirà di collaudare le nuove tomografie assiali computerizzate in modo tale da ridurre le radiazioni necessarie per ottenere immagine fruibili di circa il 60%.

¹⁵⁵ UMANI RONCHI, *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida al diritto*, 1996, 67.