

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Alcoltest - Avviso dei diritti difensivi - Nullità

La questione

Alcoltest - Accertamento urgente - Garanzie difensive - Omissione - Nullità a regime intermedio - Termine deduzione (art. 24 Cost.; artt. 178, 180, 182, 354 e 356 c.p.p.; art. 114 disp. att. c.p.p.; art. 186, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).

Se, ai fini dell'accertamento della contravvenzione di guida sotto l'influenza dell'alcool, la nullità a regime intermedio conseguente al mancato avvertimento alla persona da sottoporre al controllo alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., possa ritenersi sanata se non eccepita dall'interessato prima del compimento dell'atto, ovvero immediatamente dopo, ai sensi dell'art. 182, co. 2, cp.p.; nonché, in caso di risposta positiva, in quali forme e termini l'invalidità debba essere dedotta per evitare la sanatoria, e, in particolare, se la decadenza dall'eccezione presupponga l'instaurazione del rapporto tra l'indagato ed il difensore.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 21 ottobre 2014 (ud. 26 settembre 2014) - BRUSCO, *Presidente* - PICCIALI, *Estensore* - IACOVIELLO, *P.G.* (conf.) - P. G. in proc. Bianchi, ricorrente.

Il commento

Alle Sezioni unite la nullità

**per l'omesso avviso sui diritti difensivi in caso di alcoltest:
verso una procedura penale dell'automobilista?**

1. Le attività esplorative e accertative di cui all'art. 186 del codice della strada

Si è creduto di gestire la pubblica (in)sicurezza con il Codice della strada e con i suoi periodici e draconiani aggiornamenti. Al contrario, l'affastellarsi delle novelle ha comportato che l'accertamento della contravvenzione di "guida sotto l'influenza dell'alcool" desse vita a un dedalo giurisprudenziale nel quale si incrociano, e spesso impropriamente si confondono, i temi degli atti "garantiti" ex art. 356 c.p.p., della causazione delle nullità da parte degli agenti accertatori, della decadenza dal diritto di eccezione di tali eventuali nullità nonché della relativa sanatoria.

Il provvedimento che si annota rappresenta il pettine in cui sono finiti alcuni di questi nodi e chiede al Supremo collegio di pronunciarsi sulla disciplina e

sul trattamento della nullità causata dall'omesso avviso circa il diritto di farsi assistere da un difensore reperibile, in occasione del c.d. "alcoltest".

Innanzitutto prima di analizzare i quesiti affidati alle Sezioni unite¹ è forse opportuno ricordare quali siano i confini di tale attività di accertamento richiesta nell'immediatezza del fatto, dal momento che si possono distinguere due modalità di "investigazione" del tasso alcolico, la prima, che è indicata nel co. 5, dell'art. 186 c.d.s., relativa a tutte le ipotesi di incidente stradale in cui i conducenti coinvolti e destinatari di cure mediche vengono sottoposti ad "accertamenti sanitari". In tali ipotesi, «l'accertamento del tasso alcoolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'art. 12, co. 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge»². In tutte le altre eventualità, invece, in cui lo stato di ebbrezza debba essere apprezzato ad opera della stessa polizia, occorre ulteriormente specificare come gli agenti accertatori debbano procedere³ "per gradi" operando cioè innanzitutto, e di regola, dei controlli di carattere

¹ Come si legge nella nota di trasmissione n. 31 del 2014 del Massimario della Corte, i quesiti richiedono, appunto: «Se, ai fini dell'accertamento della contravvenzione di guida sotto l'influenza dell'alcool, la nullità a regime intermedio conseguente al mancato avvertimento alla persona da sottoporre al controllo alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., possa ritenersi sanata se non eccepita dall'interessato prima del compimento dell'atto, ovvero immediatamente dopo, ai sensi dell'art. 182, co. 2, c.p.p.; nonché, in caso di risposta positiva, in quali forme e termini l'invalidità debba essere dedotta per evitare la sanatoria, e, in particolare, se la decadenza dall'eccezione presupponga l'instaurazione del rapporto tra l'indagato ed il difensore».

² Sicché, in tema di guida in stato di ebbrezza, il prelievo ematico compiuto nell'ambito dell'esecuzione di ordinari protocolli di pronto soccorso al di fuori della emersione di figure di reato e di attività propedeutiche al loro accertamento non rientra nel novero degli atti di cui all'art. 356 c.p.p., sicché non sussiste alcun obbligo di avviso, ex art. 114 disp. att. c.p.p., all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. Così, Cass., Sez. IV, 06 settembre 2012, Invernizzi, in *Maff. Uff.*, n. 34145. Peraltro occorre precisare come la Corte abbia pure avuto modo di rilevare come il prelievo non sarebbe effettuabile laddove il paziente rifiutasse espressamente di essere sottoposto a qualsiasi trattamento sanitario. Al di fuori di questa ipotesi, tuttavia, i risultati di tali prelievi, effettuati a seguito di incidente stradale durante il successivo ricovero presso una struttura ospedaliera pubblica su richiesta della polizia giudiziaria, sono utilizzabili nei confronti dell'imputato per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica e restando irrilevante, ai fini dell'utilizzabilità processuale, la mancanza del consenso (così come ritenuto da Id., Sez. IV, 07 marzo 2013, Bazzotti, *ivi*, n. 254933).

³ Il co. 3 della disposizione, difatti recita: «Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al co. 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'art. 12, co. 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili».

preliminare, o per meglio dire, di carattere qualitativo (art. 186, co. 3, c.d.s.), e successivamente procedere ad un approfondimento di tipo quantitativo mediante dispositivi di misurazione del tasso etilico, e cioè mediante dispositivi “etilometri” omologati, ai sensi del combinato disposto del co. 4 dell’art. 186 c.d.s.⁴, e 379 del regolamento di esecuzione del codice della strada⁵. Invero, occorre pure dire che, la *littera legis*, di cui al detto co. 4, prevede che si possa procedere direttamente ai controlli di carattere quantitativo, passando ad effettuare dunque il test etilometrico qualora ci si trovi in ipotesi di incidente stradale (e ovviamente non si versi nelle situazioni innanzi descritte in cui stia invece operando il personale sanitario di cui al co. 3), nonché qualora gli agenti accertatori abbiano «altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psico-fisica»⁶. Difatti, a tale riguardo, è necessario ricordare come la polizia possa liberamente apprezzare l’alterazione psicofisica attraverso le cc.dd. “figure sintomatiche” ovvero sia differenti e varie circostanze (che, ribadiamo, possono prescindere anche dall’effettuazione del test preliminare del cosiddetto “palloncino” e che ben possono essere rappresentate ad esempio dal precario equilibrio del soggetto, o dall’utilizzo di un tono di voce inappropriato e dall’eloquio spropositato, o dall’aspetto del volto e degli occhi, dalla presenza di un evidente sentore di alcol nell’alito, ecc.) e come, secondo la lettura giurisprudenziale, tale apprezzamento può, invero, essere addirittura sostitutivo dell’accertamento preliminare e dell’accertamento con alcoltest omologato (ma in tale ipotesi la fattispecie eventualmente prefigurabile potrà essere solo la meno grave di cui all’art. 186, co. 3, c.d.s.)⁷.

⁴ Il cui testo dispone che: «Quando gli accertamenti qualitativi di cui al co. 3 hanno dato esito positivo, in ogni caso d’incidente ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall’influenza dell’alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all’art. 12, co. 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l’accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento».

⁵ E precisamente, a norma dell’art. 379, co. 2, reg. att. c.d.s. la concentrazione necessaria per ritenere sussistente lo stato di ebbrezza deve risultare da almeno due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di tempo di cinque minuti (come pure affermato in Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2010, P.m. in proc. Gennaro, in *Mass. Uff.*, n. 246390). Si veda, però, per una puntuale trattazione sistematica della materia, BOCCHINI, *Nuove tendenze giurisprudenziali per l’accertamento della guida in stato di ebbrezza*, in *questa Rivista*, 2011, n. 3, 3 ss.; BONOMI, *Le problematiche di accertamento sanitario ai fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1221; FRATI, FROLDI, TASSONI, ZAMPI, *Considerazioni medico-legali sulle modificazioni apportate dall’art. 186 c.d.s.*, *ivi*, 2009, 234; SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario ai fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. (II parte)*, *ivi*, 2010, 1352.

⁶ Cass., Sez. IV, 12 luglio 2012, N.D., in *www.acimodena.it*.

⁷ La giurisprudenza maggioritaria ha ammesso che qualora non sia possibile determinare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il tasso alcolemico sia superiore al limite di 0,8 g/l, come avviene proprio nel caso di accertamento sintomatico, il trasgressore si renda responsabile, in virtù del principio del *favor*

Dunque, le operazioni di accertamento preliminare e di accertamento dello stato di ebbrezza sono distinte e diverse, come pure risulta dalla lettura delle disposizioni contenute nella circolare attuativa del Ministero degli interni emessa in data 29 dicembre 2005 (n. 300/A/1/42175/109/42), che distingue gli strumenti utilizzabili per gli accertamenti preliminari indicandone le caratteristiche e precisando, tra l'altro, che per essi, diversamente dagli etilometri, non è richiesta omologazione secondo le procedure del regolamento di esecuzione del codice della strada. La circolare precisa poi che l'esito positivo degli accertamenti con apparecchi portatili non costituisce (o per meglio dire, non dovrebbe costituire) fonte di prova, ma rende solo legittimo il successivo accertamento tecnico più accurato mediante etilometro, strumentazione omologata, in grado di certificare a fini legali il valore del tasso alcolemico nel sangue. In buona sostanza, cioè, occorre distinguere sia fra l'accertamento sintomatologico, in relazione allo stato del soggetto e alla condotta di guida, e l'accertamento qualitativo preliminare, sia fra quest'ultimo e l'accertamento a mezzo etilometro.

rei, dell'ipotesi meno grave (co. 2, lett. a) attualmente depenalizzata (*ex multis*, Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, P.G. in proc. Rizzo, in *Mass. Uff.*, n. 251004; Id., Sez. IV, 19 luglio 2011, P.G. in proc. Rata, *ivi*, n. 250714. Ciononostante merita molta attenzione pure la pronuncia dapprima isolata ma poi sostenuta da altre di portata simile, secondo cui, ai fini della configurazione del reato di guida in stato di ebbrezza – pur dopo le modifiche apportate all'art. 186 C.d.s. dall'art. 4, co. 1, lett. d), D.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. con modd. in l. 24 luglio 2008, n. 125 – «lo stato di ebbrezza può essere accertato, non soltanto per l'ipotesi di cui alla fascia a) ma anche per quelle più gravi, con qualsiasi mezzo e, quindi, anche su base sintomatica, indipendentemente dall'accertamento strumentale; dovrà comunque essere ravvisata l'ipotesi più lieve quando, pur risultando accertato il superamento della soglia minima, non sia possibile affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta dell'agente rientri nell'ambito di una delle due altre ipotesi» (Cass., Sez. IV, 29 dicembre 2008, Campregher, in *Mass. Uff.*, n. 242392; Id., Sez., IV, 13 dicembre 2012, Zanzonico, *ivi*, n. 254078; Id., Sez. IV, 21 febbraio 2012, P.G. in proc. Della Bartolomea, *ivi*, n. 252728, che specifica come, però, si debba ritenere integrata l'ipotesi meno grave, dunque quella depenalizzata, qualora le ipotesi più gravi non possano dirsi provate oltre ogni ragionevole dubbio. Così pure, Id., Sez. IV, 12 luglio 2012, Grandi, *ivi*, n. 253598 (in applicazione di tale principio la Corte ha reputato corretta la decisione impugnata, che aveva ritenuto integrata l'ipotesi più grave tenendo conto dell'esito di una sola misurazione alcolimetrica, dell'impossibilità di effettuare prove ulteriori e dell'evidenza dei sintomi rilevati dai verbalizzanti). Come pure, di recente, Id., Sez. IV, 29 maggio 2014, Addabbo, *ivi*, n. 259222, ha ritenuto che lo stato di alterazione alcolica può essere accertata con qualsiasi mezzo e, quindi, anche su base sintomatica, indipendentemente dall'accertamento strumentale. (Nella specie, la Corte ha confermato la condanna per il reato di cui al co. 2, lett. b) dell'art. 186 c.d.s., in presenza di una sola rilevazione del tasso alcol emico – risultante peraltro prossima al limite massimo – attesa l'impossibilità di procedere alla seconda prova per la crisi ematica dell'imputato, determinata dall'eccessiva assunzione di alcolici). Sulla interferenza tra il piano probatorio ed il piano sostanziale nell'art. 186 c.d.s., così come modificato dalla novella della l. 2 ottobre 2007, n. 160, si veda, più approfonditamente, PICINALI, *Commento a Trib. Rovereto, 6 novembre 2007*, in *Corr. merito*, 2008, 602 ss.

Tirando le fila, allora, la sequenza di controlli preliminari e controlli “quantitativi” successivi è, dal punto di vista della prassi, soltanto teorica e spesso volte indicativa, e ciò non toglie, tuttavia, l’indiscussa inscindibilità tra la tipologia degli accertamenti stessi e l’onere di motivazione imposto al giudice, dal momento che, pur non possedendo i test “quantitativi” natura di prova legale, alleviano indubbiamente il peso dell’onere probatorio e il consecutivo detto onere di giustificazione in capo al giudice.

Va pure ricordato poi come, ad ogni modo, il rifiuto di sottoporsi ai controlli di cui all’art. 186, co. 3, 4 e 5, c.d.s., costituisca un illecito penale ai sensi del co. 7 della medesima disposizione, che eventualmente può anche concorrere con il reato di guida in stato di ebbrezza⁸.

2. I punti fermi: la sussumibilità delle attività di polizia entro i parametri degli artt. 354, co. 3, c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.

Quanto al possibile dubbio, assai frequente sempre nella prassi, relativo all’inquadramento delle suddette attività di controllo nelle attività di polizia amministrativa, o altrimenti, di polizia giudiziaria, occorre pure dire che nei casi in cui l’accertamento del tasso alcolemico muova dalla ritenuta emersione di una notizia di reato, esso debba essere considerato quale atto di polizia giudiziaria urgente e indifferibile, riconducibile alla tipologia di cui all’art. 354, co. 3, c.p.p. mentre, laddove l’accertamento venga eseguito in via esplorativa, debba essere inquadrato quale espressione di una mera attività di polizia amministrativa.

Tale impostazione ricalca, a giusta ragione, quello spartiacque tra attività meramente amministrativa e attività procedimentale (assistita dunque dalle garanzie a essa proprie) di cui all’art. 220 disp. att. c.p.p., sul quale peraltro, è bene tenerlo a mente sin d’ora, le Sezioni unite hanno adottato una interpretazione decisamente garantista, laddove hanno ritenuto che la locuzione «quando emergono indizi di reato» debba essere valutata come sussistenza anche solo di una mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penalistica al fatto che si profili nell’inchiesta e sin dal momento in cui emerga, non dovendosi invece far ricorso ai parametri valutativi dell’art. 192, co. 2, c.p.p.⁹. Di conseguenza, in ragione del richiamo all’art. 354 c.p.p.

⁸ Non dovrebbe più essere configurabile il concorso di reati (pacificamente ritenuto in giurisprudenza fino a prima della novella del 2010, tra l’ipotesi più lieve di guida in stato di ebbrezza di cui al co. 2 lett. a) dell’art. 186 C.d.s. e quella del rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici di cui al successivo co. 7, che peraltro ha mantenuto lo stesso trattamento sanzionatorio previsto per la guida in grave stato di ebbrezza di cui alla lett. c) del co. 2 dell’art. 186 suddetto.

⁹ Cass., Sez. un., 28 novembre 2001, Raineri, in *Mass. Uff.*, n. 220291.

e in virtù del disposto dell'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria, nel compimento del c.d. alcoltest, ha l'obbligo di avvertire la persona sottoposta alle indagini che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, senza che, per procedere nell'accertamento, sia però necessario procedere alla nomina di un difensore di ufficio, qualora quello di fiducia non sia stato nominato o, seppur nominato non sia comparso¹⁰.

3. ...e l'etichettatura dell'invalidità derivante dal mancato avviso quale nullità a regime intermedio

Nell'espone le questioni da affidare al supremo Collegio, la quarta Sezione enuncia almeno un punto non più controverso, che è quello dell'etichettatura dell'invalidità causata dal mancato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore quale nullità a regime intermedio, posta la riconducibilità delle suddette attività accertative nell'ambito normativo di cui all'art. 356 c.p.p., richiamato nell'art. 114 disp. att. c.p.p. Per il resto i quesiti posti dalla sentenza risultano essere tre, e riguardano rispettivamente, in primo luogo la possibilità che la nullità «possa ritenersi sanata se non eccepita dall'interessato prima del compimento dell'atto, ovvero immediatamente dopo, ai sensi dell'art. 182, co. 2, c.p.p.», in secondo luogo e nel caso di risposta positiva al primo, «in quali forme e termini l'invalidità debba essere dedotta per evitare la sanatoria» e, in terzo luogo «se la decadenza dall'eccezione presupponga instaurazione del rapporto tra l'indagato e il difensore».

Per sgomberare il campo da eventuali confusioni che pure sembrano essere avvenute, va ricordato, che trattandosi di un'ipotesi di nullità a regime intermedio, occorre distinguere i due piani dell'eccepibilità di parte e della rilevabilità d'ufficio, rilevabilità che, alla luce del combinato disposto degli artt. 180 e 182 c.p.p., non è più possibile qualora la parte sia decaduta dalla possibilità di proporre la relativa eccezione, come pure quando la nullità si sia sanata.

Premessi tali punti fermi, i dubbi si sono manifestati con la massima ampiezza

¹⁰ Si veda Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2014, D.A.N., in *www.acimodena.it*, che respingendo un ricorso avverso la decisione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 c.d.s., con riferimento alla disciplina dell'assistenza "difensiva" in occasione dell'alcoltest, afferma, in un *obiter dictum* come «la disciplina di che trattasi non è certamente rinvenibile nell'art. 186 c.d.s., oggetto di censura, ma semmai nel combinato disposto dell'art. 354, co. 3, c.p.p., art. 356 c.p.p. e art. 114 disp. att. c.p.p.». Circa l'applicabilità dei parametri normativi suddetti, cfr., pure Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2014, Zanutto, in *Mass. Uff.*, n. 258614; Id., Sez. IV, 3 settembre 2013, Martelli, *ivi*, n. 255989; Id., Sez. IV, 13 luglio 2007, Nania, *ivi*, n. 236933; Id., Sez. IV, 1 ottobre 2012, Avventuroso, *ivi*, n. 254374. Cfr., in dottrina, CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, 97 ss.; SANTORO, *Sub art. 354*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, 1942 ss.

sulla proponibilità dell'eccezione di nullità e, specificamente, sui limiti temporali e sulle modalità per la proponibilità della stessa, dimodoché, non solo il primo e il terzo quesito sono legati a doppio filo, ma proprio l'ultima questione posta, «se la decadenza dall'eccezione presupponga l'instaurazione del rapporto tra l'indagato e il difensore», risulta preliminare al dipanarsi degli altri dubbi posti all'attenzione del supremo Collegio.

4. Gli orientamenti in campo

Una prima impostazione, più restrittiva, esclude il necessario coinvolgimento del difensore, ritenendo che l'eccezione possa essere avanzata direttamente dall'interessato, posto che non ricorrono «facoltà processuali che comportano la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore»¹¹, dal momento che, per riprendere gli argomenti del giudice delle leggi¹² utilizzati da questa giurisprudenza di legittimità, «non in ogni caso in cui sia ravvisabile una nullità intermedia la relativa eccezione deve poter essere sollevata in un termine che garantisca il previo instaurarsi del rapporto difensivo», e ciò in quanto la verifica del rispetto del diritto di difesa andrebbe condotta in base alla semplicità-complexità delle cognizioni richieste dalla proposizione dell'eccezione. Nell'ipotesi dei test previsti dall'art. 186, co. 3 e 4, c.d.s, a tale giurisprudenza non è sembrato che la deduzione dell'omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore richiedesse necessariamente l'intervento del difensore medesimo, «perché l'avviso intende garantire (e l'eccezione recuperare nonostante la violazione) la semplice conoscenza da parte del difensore del compimento dell'atto, che non deve essere ritardato in attesa che egli giunga, ove abbia deciso di assistervi. Ed inoltre perché l'accertamento non è invasivo e non scaturisce da attività pregresse la cui conoscenza è essenziale per l'esercizio della difesa»¹³.

¹¹ Cass., Sez. IV, 3 settembre 2013, Martelli, in *Mass. Uff.*, n. 255989, che richiama, peraltro, le pronunce n. 36010 e 36011 del 2013, non massimate.

¹² La pronuncia Martelli, cit., difatti richiama espressamente, Corte cost., n. 120 del 2002, in www.cortecostituzionale.it, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 458, co. 1, c.p.p., nella parte in cui prevede che il termine entro cui l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato decorre dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, anziché dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, rispettivamente del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il giudizio immediato. In tale occasione la Corte ha appunto focalizzato l'attenzione sul problema della violazione del diritto alla difesa tecnica, in quanto la disciplina censurata era congegnata in maniera tale che il termine stabilito a pena di decadenza per presentare richiesta di giudizio abbreviato potesse scadere anche senza che il difensore avesse potuto spiegare le possibilità difensive e le relative conseguenze rispettivamente collegate al giudizio abbreviato e alla celebrazione del dibattimento.

¹³ Cass., Sez. IV, 3 settembre 2013, cit. Resta ad ogni modo da segnalare come la pronuncia in questione, sebbene indichi tali argomentazioni, affermi nel penultimo punto della motivazione di confermare il principio di diritto contenuto nella pronuncia Id., Sez. IV, 15 novembre 2012, P.G. in

Diciamo subito che, tale impostazione, peraltro, non può e non deve essere letta disgiuntamente da quell'altra giurisprudenza che si è espressa circa l'articolazione dei tempi e modi dell'avviso di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p., e secondo cui «l'avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia deve essere dato dalla p.g. operante al soggetto che sta per essere sottoposto all'alcoltest nel momento in cui si procede all'atto, e non quando siano precedentemente svolte le attività ad esso propedeutiche»¹⁴: è del tutto evidente che l'intreccio di questi due approcci giurisprudenziali porta a una lettura alquanto farisaica del combinato disposto di cui agli artt. 354, 356 c.p.p. e 114 disp. att. cp.p. con un evidente rischio di cortocircuito del sistema di garanzie ivi predisposto.

Un altro orientamento giurisprudenziale, pur non escludendo espressamente la necessità del previo contatto con il difensore, lascia tuttavia in secondo piano la questione della difesa tecnica, focalizzandosi sul tenore letterale dell'art. 182, co. 2, c.p.p., secondo cui, la nullità dovrebbe ritenersi sanata se non dedotta prima, oppure, se ciò non è possibile, immediatamente dopo il compimento dell'atto al quale la parte ha presenziato. La parte, cioè, non dovrebbe attendere il compimento di un successivo atto del procedimento e lo strumento processuale utile alla proposizione dell'eccezione sarebbe rappresentato anche dalle memorie o richieste ai sensi dell'art. 121 c.p.p.¹⁵.

Su un diverso fronte, altre pronunce, invece, richiedono, per la proponibilità dell'eccezione, che vi sia già stato contatto tra l'interessato e il suo avvocato. E pur tuttavia le soluzioni riguardo alle modalità e alla tempistica della stessa vengono declinate in differenti soluzioni: a una posizione che richiede che l'intervento difensivo venga effettuato immediatamente al primo contatto con il difensore¹⁶, anche stavolta ricorrendo al tramite delle memorie o richieste ai

proc. Tedeschi, in *Mass. Uff.*, n. 254959, appartenente tuttavia al filone giurisprudenziale specificato nella nota successiva.

¹⁴ Cass., Sez. IV, 27 aprile 2011, in *Mass. Uff.*, n. 250310 (fattispecie nella quale il ricorrente lamentava che l'avviso in oggetto non gli fosse stato dato contestualmente alla richiesta di consenso all'alcoltest, effettuata circa mezzora prima, e che, pertanto, gli fosse stato precluso di avvalersi della difesa tecnica onde determinarsi sulla scelta a lui più conveniente).

¹⁵ Cass., Sez. I, 24 giugno 1997, Pata, in *Mass. Uff.*, n. 207858; Id., Sez. IV, 7 novembre 2003, Giannandrea, *ivi*, n. 227303; Id., Sez. IV, 31 maggio 2004, Defina, *ivi*, n. 228509; Id., Sez. III, 4 novembre 2004, Pellizzer, *ivi*, n. 229894; Id., Sez. IV, 15 novembre 2012, P.G. in proc. Tedeschi, cit. Quest'ultima, richiama espressamente i due precedenti (Cass., n. 4017 del 1997, n. 42715 del 2003, n. 24733 del 2004) ed è relativa ad una fattispecie in cui si è ritenuto che l'indagato avrebbe potuto eccepire la nullità immediatamente dopo il compimento dell'atto in occasione della redazione da parte della P.G. del verbale di identificazione nel corso del quale l'indagato aveva nominato il difensore di fiducia. Dunque, pur non occupandosene espressamente, sembra comunque dar per presupposta l'instaurazione del contatto con la difesa tecnica; Id., Sez., IV, 26 novembre 2009, Maci, *ivi*, n. 245797.

¹⁶ Cass., Sez. III, 20 dicembre 2006, Moldoveanu, in *Mass. Uff.*, n. 235545, che, in una fattispecie di

sensi dell'art. 121¹⁷, se ne affianca un'altra che individua nel termine di cinque giorni fissato dall'art. 366 c.p.p. per il deposito degli atti¹⁸, il limite finale per la proposizione dell'eccezione.

Altro orientamento giurisprudenziale meno rigoroso, che muove da una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 354, 356, 366 c.p.p., e 114 disp. att. c.p.p., giunge all'opposta conclusione e considera, invece, tempestiva l'eccezione di nullità sollevata con il primo atto procedimentale utile, non ritenendo pertinente il richiamo all'art. 121 c.p.p.¹⁹.

5. L'eccezione di nullità tra diritto di difesa, tutela della sicurezza stradale e principio di economia processuale

Come pure si legge nel provvedimento della quarta Sezione²⁰ che richiede l'intervento delle Sezioni unite, il primo orientamento citato, il più restrittivo cioè, che richiede al sottoposto a indagini di eccepire la nullità prima del suo compimento o immediatamente dopo, non convince affatto. Invero, per spiegare la compatibilità di tale interpretazione con i principi del diritto di difesa, nella decisione più significativa di tale orientamento, la citata pronuncia Martelli²¹, si afferma - peraltro richiamando, come pure accennato, Corte cost., n. 120 del 2002²² - che «l'avviso da parte della polizia intende garantire (e l'eccezione recuperare nonostante la violazione) la semplice conoscenza da parte del difensore del compimento dell'atto, che non deve

mancato avvertimento in occasione di un sequestro, ha stabilito che il difensore debba eccepirla appena nominato, giacché sin dal momento della nomina egli può prender visione del verbale di sequestro consegnato in copia all'indagato (art. 355, co. 1, c.p.p.) e così venire a conoscenza della irregolarità.

¹⁷ Cass., Sez. IV, 25 marzo 2014, Pittiani, in *Mass. Uff.*, n. 259693 (nella quale si affronta, peraltro, una fattispecie che si rende interessante perché il ricorrente aveva contestato l'avvenuta comunicazione da parte della polizia giudiziaria della facoltà di cui all'art. 114 disp. att. Peraltro, lo stesso fondava tale doglianza sul fatto che all'interno del modello prestampato a disposizione della polizia ed utilizzato per la verbalizzazione dell'attività di rilevazione alcolemica, non fosse barrata la casella relativa proprio all'avvenuto avviso); Id., Sez. IV, 22 luglio 2013, Rotani, *ivi*, n. 256213; Id., Sez. IV, 25 gennaio 2007, Bradaschia, *ivi*, n. 236007, nonché in *Cass. pen.*, 2008, 2549.

¹⁸ Si tratta del filone consolidatosi in relazione a fattispecie di mancato avviso della facoltà di farsi assistere nel corso di perquisizioni e sequestri, Cass., Sez. II, 1 aprile 2011, 2, Mbaye, in *Mass. Uff.*, n. 250046; Id., Sez. II, 16 maggio 2011, Syll Mohamadou, *ivi*, n. 250191; Id., Sez. III, 18 aprile 2012, Rispo, *ivi*, n. 252397, che hanno ritenuto tardiva, dunque, l'eccezione sollevata in sede di riesame.

¹⁹ Cass., Sez. V, 27 febbraio 2012, Masella, in *Mass. Uff.*, n. 252171, ad esempio, afferma la tempestività dell'eccezione proposta in sede di riesame, non ritenendo pertinente la distinzione tra attività di indagine che si protraggano per un tempo apprezzabile e attività che invece si sostanzino in un istantaneo atto di sequestro di un bene, come avviene in caso di sequestro, poiché, ad avviso di tale cassazione, tale distinzione non trova alcun riscontro nel dato normativo che, al contrario, prevede inevitabilmente il rispetto delle garanzie difensive.

²⁰ Cass., Sez. IV, 26 settembre 2014, cit.

²¹ Cass., Sez. IV, 3 settembre 2013, Martelli, cit.

²² Corte cost., n. 120 del 2002, cit. Cfr. nota 13.

essere ritardato in attesa che egli giunga, ove abbia deciso di assistervi». Ciò sulla scorta della considerazione che l'accertamento non sarebbe invasivo e non scaturirebbe da attività pregresse la cui conoscenza è essenziale per l'esercizio della difesa e si sostanzierebbe, dunque, in una di quelle «facoltà processuali che non comportano la cognizione di elementi tecnici a disposizione del difensore» di cui pure parla la citata pronuncia costituzionale e che non implicherebbero dunque una lesione del diritto di difesa protetto dall'art. 24 Cost. «anche qualora venga posto a pena di decadenza un termine decorrente dalla notificazione all'imputato, anziché al difensore, dell'atto da cui tali facoltà conseguono»²³.

In verità, l'onere della “parte presente” di eccepire la nullità, prima o dopo il compimento dell'atto, presuppone che questa riesca ad apprezzare il verificarsi dell'invalidità in questione.

A questo punto, il paradosso logico in cui si precipita accogliendo una tale soluzione appare evidente, poiché si chiederebbe alla “parte” di contestare alla polizia la violazione dell'obbligo di avviso di cui la parte stessa non era a conoscenza (che comunque, lo ricordiamo, è imposto dall'art. 114 disp. att. c.p.p.)²⁴.

Ciò che intendiamo dire è che nel caso in questione non si tratta di discutere della differenza tra autodifesa e difesa tecnica, e cioè tra attività esperibili direttamente dall'interessato in forza della loro “semplicità” e attività complesse per cui è invece necessaria la competenza tecnica del difensore.

A nostro avviso, infatti, la qualificazione dell'eccezione in questione in capo all'interessato quale «facoltà processuale che non comporta la cognizione di elementi tecnici», postulerebbe la creazione giurisprudenziale di una sorta di “istinto autodifensivo tecnico” oppure di un peculiare principio di “*ignorantia legis non excusat* processuale”: il corollario di una tale impostazione, tuttavia, sarebbe una sorta di “valutazione casistica” della condotta del sottoposto ad indagini, che dovrebbe essere qualificabile secondo i parametri di valutazione “soggettivi”, “oggettivi” o “misti”, postulati, come noto, dal Giudice delle leggi per la valutazione della scusabilità o meno dell'errore nella conoscenza del diritto²⁵. Varrebbe a dire, insomma, la strana creazione di un diritto processuale su misura, e, nel caso di specie, di una “procedura penale

²³ Corte cost., n. 120 del 2002, cit.

²⁴ Cfr., per una ricostruzione giurisprudenziale di tale distinzione, Cass., Sez. III, 12 luglio 2005, Rubino, in *Mass. Uff.*, n. 233164.

²⁵ Il riferimento, come è evidente, è alla notissima Corte cost., n. 364 del 1988, in www.cortecostituzionale.it, nonché in numerosissime riviste giuridiche, tra cui, *ex multis*, si richiamano, *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss., con nota di FIANDACA; *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di PULITANÒ; *Legisl. pen.*, 1988, 449 ss., con nota di PADOVANI.

dell'automobilista". Mentre, tutt'al più, risponderebbe a esigenze di sistema ritenere sussistente in capo all'autorità procedente l'obbligo di formazione professionale, il mancato assolvimento del quale non può in nessun caso trovar sfogo nella sfera di libertà dell'individuo.

Senonché, lo ricordiamo, la facoltà di eccezione di cui stiamo parlando, tende proprio a recuperare la violazione dell'obbligo imposto alla p.g. dall'art. 114 disp. att. c.p.p.: dunque, imporre in capo all'interessato un onere di conoscenza e di attivazione, significherebbe sbilanciare quell'equilibrio tra interessi, poteri e diritti che il legislatore ha già ben valutato "a monte", proprio per mezzo della taratura degli obblighi dell'autorità procedente nell'art. 114 disp. att. c.p.p. e i diritti della difesa per il tramite delle regole sulle nullità. Peraltro, ove si accogliesse tale tesi, si arriverebbe in buona sostanza a una abrogazione tacita dell'art. 114 disp. att. c.p.p., in relazione alle attività previste dall'art. 186 c.d.s., in virtù della sovrapposizione temporale tra ipotetico verificarsi dell'invalidità e scadenza del termine finale per l'eccepibilità della stessa. E si arriverebbe, poi, ad uno spoglio di fatto della legittimazione ad eccepire l'invalidità in capo al difensore.

6. Le possibili soluzioni

Se una lettura costituzionalmente orientata, accolta pure dal Collegio rimettente, impone di ritenere il rapporto difensivo già instaurato, occorre pur tuttavia chiarire quale debba essere il tempo e la sede dell'eccezione.

L'orientamento che richiede che l'eccezione sia presentata anche al di fuori della prima attività processuale codicisticamente predeterminata, per mezzo della presentazione delle memorie di cui all'art. 121 c.p.p., pone alcuni notevoli dubbi in termini di certezza del diritto²⁶. Vero è pure che alcune pronunce che s'inseriscono in questo filone tendono tuttavia a circoscrivere l'indistinto riferimento alle «memorie presentabili al giudice in ogni stato e grado del procedimento», agganciando l'onere di presentare le memorie stesse alla conoscibilità ufficiale dell'accertamento e alla possibilità di accesso ai verbali, stante il collegamento effettuato dall'art. 356 c.p.p. proprio all'art. 366²⁷ c.p.p. che regola appunto il deposito dei verbali degli atti del procedimento. Attraverso il collegamento al deposito e alla facoltà di accesso al fascicolo, in effetti, la giurisprudenza ha individuato, nei cinque giorni che

²⁶ Cass., Sez. IV, 15 novembre 2012, cit.

²⁷ Cfr., Cass., Sez., I, 1 marzo 2010, Gravagna, in *Mass. Uff.*, n. 246382; Id., Sez. II, 1 aprile 2011, Mbaye, *ivi*, n. 250046. Si vedano pure, seppure relativamente a fattispecie in cui si era proceduto a sequestro, Id., Sez. III, 18 aprile 2012, Rispo, *ivi*, n. 252397; Id., Sez. II, 16 maggio 2011, Syll Mouhamadoy, *ivi*, n. 250191.

l'art. 366 c.p.p. concede al difensore per l'esame degli atti, il termine finale per eccepire la nullità in questione²⁸. Non è possibile tuttavia propendere per questa tesi, senza aver prima considerato anche l'esistenza di una posizione interpretativa che ne sgretola, a ben guardare, il punto d'appoggio: difatti, proprio in tema di deposito del verbale contenente gli esiti del cosiddetto "alcoltest", diverse pronunce hanno ritenuto come «l'omesso deposito non integri alcuna nullità, ma costituisca, invece una mera irregolarità che non incide sulla validità o sull'utilizzabilità dell'atto, rilevando solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive»²⁹.

Proprio al fine di sgomberare il campo da tali confusioni in realtà si era pure tentato di sollevare un'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 366 c.p.p., con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non specifica sufficientemente le prerogative del difensore dell'imputato in riferimento all'omesso deposito dei verbali concernenti gli accertamenti urgenti svolti dalla polizia giudiziaria ovvero all'omessa notificazione allo stesso difensore del relativo avviso. Tale eccezione, tuttavia, è stata ritenuta manifestamente infondata da parte della Suprema Corte, «giacché la mancata previsione di una nullità per tali omissioni costituirebbe il ragionevole temperamento tra il diritto di difesa, adeguatamente garantito dalla previsione della sanzione processuale per il mancato avviso all'indagato al momento dell'accertamento della facoltà di farsi assistere da un difensore, e l'esigenza di non disperdere ciò che è stato acquisito in condizioni di urgenza ed indifferibilità dalla polizia giudiziaria»³⁰.

In buona sostanza, dunque, la soluzione che assicurando un maggiore "risparmio" processuale, individua nelle memorie ex art. 121 c.p.p., ancorando a un termine certo individuato nell'art. 366 c.p.p., l'eccezione di nullità, oltre a trovare poco (o nessun) appiglio nel testo codicistico, sembra anche avere i piedi d'argilla, proprio per la precarietà con cui nella prassi

²⁸ Cfr., difatti, Cass., Sez. III, 18 aprile 2012, Rispo, cit. A tal proposito, tuttavia deve darsi atto come nella prassi è possibile individuare una distinzione di massima tra le ipotesi che riguardavano nullità verificatesi in casi di perquisizioni e sequestri probatori (o comunque in casi che avevano visto l'effettuazione di sequestri unitamente agli accertamenti riguardanti la guida in stato di ebbrezza) e ipotesi in cui si erano effettuati esclusivamente tali accertamenti. La soluzione che aggancia l'eccezione di nullità al deposito degli atti, prende le mosse per l'appunto in seno a tale orientamento: di tale specificazione danno atto sia Cass., Sez. IV, 3 settembre 2013, Martelli, cit., sia la relazione sull'orientamento della giurisprudenza, ad essa collegata, del 6 febbraio 2014, n. 12.

²⁹ Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2013, Grossi, in *Mass. Uff.*, n. 257885; Id., Sez. IV, Cinciripini, *ivi*, n. 249941; Id., Sez. IV, 2 febbraio 2010, Tamburini, *ivi*, n. 246418; Id., Sez. IV, 19 giugno 2008, n. 24876, Castelli, *ivi*, n. 240296.

vengono attuati i presidi garantistici di cui ai suddetti artt. 356 e 366 c.p.p. Ciò posto, il bivio che si apre prevede da una parte, nel caso in cui si ritenga davvero preferibile percorrere la strada della massima economia processuale attraverso l'utilizzo dello strumento delle memorie di cui all'art. 121, la necessità di un preventivo chiarimento, anzi, di una svolta applicativa sulla detta questione relativa all'art. 366. Altrimenti, sull'altro versante, al Supremo Collegio non resterebbe che consentire l'eccepibilità della nullità in questione nella prima attività processuale specificamente prevista, in modo tale da assicurare sia l'esigenza della certezza del diritto sia un'opportuna e degna tutela del diritto di difesa, proprio grazie a strumenti processuali tipizzati che, peraltro, assicurerebbero anche tempistiche difensive calibrate e adeguate, come ad esempio, ben potrebbero essere il riesame o l'opposizione a decreto penale di condanna, che, come noto, costituisce, anche statisticamente, un'opzione assai frequente nella prassi³¹.

ANGELA PROCACCINO

³¹ E dunque, ad esempio la tempestività dell'eccezione in parola in sede di riesame, è stata affermata, seppure in una fattispecie relativa a sequestro probatorio da, Cass., Sez. III, 12 luglio 2005, Rubino, cit.