

http://www.quotidianogiuridico.it/Penale/alcoltest_l_automobilista_deve_essere_avvertito_della_facolta_di_farsi_assistere_e_da_un_avvocato_id1166535_art.aspx?utm_source=nl_qgfree&utm_medium=referral&utm_content=quotidiano%20giuridico%20free&utm_campaign=newsletter

Guida in stato di ebbrezza

Alcoltest: l'automobilista deve essere avvertito della facoltà di farsi assistere da un avvocato

Alfredo Montagna - Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazioni, con la sentenza n. 5396/2015, hanno confermato la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto inutilizzabile l'accertamento del tasso alcolico effettuato con l'alcoltest senza il previo avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore. La nullità conseguente può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma 2, secondo periodo, c.p.p., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.

[Cassazione penale Sentenza, Sez. SS.UU., 05/02/2015 29/01/2015, n. 5396](#)

Il procuratore generale di Venezia aveva proposto ricorso avverso la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto inutilizzabile l'accertamento del tasso alcolico effettuato dalla polizia con il metodo dell'alcoltest, in quanto gli agenti operanti non avevano avvertito l'interessato dalla facoltà di farsi assistere da un difensore.

Il Primo Presidente della Corte, condividendo la segnalazione operata dalla quarta sezione della Corte, con proprio decreto del 19 ottobre 2014, aveva assegnato alle Sezioni Unite il ricorso, chiamate a pronunciarsi sulla questione se l'omesso avviso all'indagato da parte della polizia giudiziaria, prima di procedere ad un atto di indagine urgente quale l'alcoltest, della facoltà di farsi assistere dal difensore costituisca **una mera irregolarità, o una nullità**, ed in questo caso se tale nullità dovesse essere eccepita:

- a) prima del compimento dell'atto o, se ciò non è possibile, immediatamente dopo;
- b) dal difensore subito dopo la nomina ovvero entro il termine di cinque giorni previsto per l'esame degli atti;
- c) nel primo atto difensivo successivo;
- d) non oltre la deliberazione della sentenza di primo grado".

Per un più chiaro approccio alla questione appare opportuno ricordare il concetto di irripetibilità, che ricorre nelle ipotesi in cui l'atto attiene alla descrizione di luoghi, cose o persone, di interesse per lo svolgimento delle indagini o per la celebrazione del processo, che siano "suscettibili di modificazione". Non vi è dubbio che queste caratteristiche siano ravvisabili nel caso in esame, nel quale la polizia giudiziaria può procedere agli esami previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 186 cod. strad., attività che vanno senza dubbio qualificate quali atti urgenti ed indifferibili, che, ex art. 354 c.p.p., commi 2 e 3, è possibile compiere, con rilievi sullo stato delle cose, dei luoghi e delle persone nel caso di pericolo di alterazione, dispersione o modificazione.

L' **alcoltest** costituisce atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile ex art. 354 c.p.p., comma 3, cui il difensore può assistere ai sensi del successivo art. 356 senza però diritto ad essere previamente avvisato.

Il punto focale della questione trae origine dalla previsione di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p., secondo il quale **la polizia giudiziaria, nel compimento degli atti di cui all'art. 356 c.p.p. "avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia".**

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvenivano diverse posizioni in merito alla questione centrale di diritto proposta dalla decisione della quarta sezione, ovvero quella di individuare **quale sia il momento oltre il quale la nullità a regime intermedio integrata dall'omesso avviso all'indagato, da parte della polizia giudiziaria prima di procedere a un atto di indagine urgente, della facoltà di farsi assistere dal difensore non possa più essere eccepita.**

In proposito un primo orientamento, fatto proprio in diverse occasioni dalla stessa sezione remittente, sulla premessa che la violazione del disposto dell'art. 114 disp. att. c.p.p. da luogo ad una nullità di ordine generale ma non assoluta, aveva affermato, sin dal 1997 (sez. 1, 6-24 giugno 1997 n. 4017, Pata, RV 207858), che "l'art. 182, comma 2^o, cod. proc. pen., nel prevedere che, quando la parte vi assiste, la nullità di un atto possa essere eccepita, al più tardi, "immediatamente dopo" il compimento dell'atto stesso, **non pone affatto il detto termine in relazione alla necessaria effettuazione di un successivo atto cui intervenga la stessa parte o il difensore**, ben potendo, in realtà, la formulazione dell'eccezione aver luogo anche al di fuori dell'espletamento di specifici atti, mediante lo strumento delle "memorie o richieste" che, ai sensi dell'art. 121 cod. proc. pen., possono essere inoltrate "in ogni stato e grado del procedimento".

Sul punto in dottrina si era però rilevato come non fosse dato capire in che modo la mancata proposizione di memorie o richieste potesse far ritenere tardiva l'eccezione formulata con l'istanza di riesame in mancanza di prova che l'indagato, prima dello scadere dei dieci giorni per proporre l'istanza, avesse già avuto conoscenza della nullità e fosse quindi in grado di eccepirlo con altri mezzi. (argomento sufficiente e che non richiede di fare ricorso all'altro argomento sviluppato in merito, ovvero che l'art. 121 cod. proc. pen. si riferisce a memorie o richieste scritte che le parti possono presentare al giudice, e non al pubblico ministero, e riguarda chiaramente casi in cui non sia previsto un apposito strumento processuale per provocare un sindacato del giudice, mentre nel caso in esame è specificamente previsto che il sindacato del giudice debba necessariamente essere richiesto mediante lo strumento, completamente regolato nelle forme e nei termini, dell'istanza di riesame che non può quindi certamente essere surrogata o tanto meno impedita o sostituita da generiche ed informali memorie o richieste scritte).

In altre decisioni si era osservato che l'indagato potrebbe non essere stato in grado di eccepire la nullità del sequestro per il mancato avvertimento della facoltà di farsi assistere dal difensore, ben potendosi presumere **l'ignoranza da parte sua, del tutto incolpevole, dell'esistenza del diritto violato**, ed allora diverrebbe dirimente il dato che il difensore, sia pure nominato di ufficio, dovrebbe ricevere l'avviso del deposito dell'atto, con la conseguenza che questi, esercitando il proprio mandato e comunicando con l'interessato, potrebbe venire a conoscenza della violazione avvenuta e dedurla tempestivamente nei cinque giorni che l'art. 366 c.p.p. gli concede per l'esame degli atti.

Infatti, come si è sostenuto sul punto, una interpretazione logica ed adeguatrice della disposizione di cui all'art 182 c.p.p. porterebbe a ritenere che la stessa - quanto meno **nella parte in cui impone alla parte che vi assiste di eccepire la nullità dell'atto prima del suo compimento - presuppone che sussista la condizione che la parte conosca o quanto meno possa presumersi che conosca o che sia in grado di conoscere la nullità.**

Conseguentemente larga parte della giurisprudenza aveva affermato che **in tema di accertamento dello stato di ebbrezza con etilometro l'omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore configurava una nullità a regime intermedio che doveva essere eccepita - secondo quanto previsto dall'art. 182 c.p.c., comma 2 - prima del compimento dell'atto ovvero, se ciò non era stato possibile, immediatamente dopo.**

Ancora in merito venivano in rilievo ai fini della **verifica della effettività della violazione del diritto garantito dalla previsione di nullità**, le riflessioni sulla applicabilità del comma primo dell'art. 182 c.p.p., ovvero della sussistenza di un interesse concreto ad eccepire la nullità per avere la parte subito uno specifico, concreto ed attuale pregiudizio dalla omissione rilevata (questione che dovrebbe valutarsi ai fini dell'accoglimento o meno dell'eccezione).

Da qui l'esigenza di chiedere alle Sezioni Unite una valutazione complessiva, esigenza condivisa dal Primo Presidente, che aveva conseguentemente fissato l'udienza del 29 gennaio 2015 per la soluzione della questione.

Con la decisione in esame le Sezioni Unite, premesso come non sia discusso che **la violazione del citato art. 114 disp. att. c.p.p. integri una nullità di ordine generale a regime intermedio**, sulla base delle previsione dell'art. 178, comma 1 lett. c), e che le nullità verificatesi prima del giudizio **non possono più essere dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado**, secondo il disposto dell'art. 180 c.p.p. , richiamato dall'art. 182, comma 2, secondo periodo, c.p.p., sono passate ad esaminare il punto relativo centrale dal quale dipendeva la soluzione questione, ovvero se potesse ritenersi che la parte "assistita" all'atto rispetto al quale è mancato l'avvertimento di cui si discute.

A giudizio della Corte la risposta non può che essere negativa in quanto al soggetto sottoposto ad etilometro doveva essere data, ex art. 114 disp. att, una formale comunicazione circa la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, **previsione che presuppone la possibile non conoscenza di tale facoltà.**

In modo ampiamente condivisibile la decisione evidenzia come per potere eccepire una nullità occorre evidentemente avere contezza del vizio, ma se la legge prevede che si dia avviso di una facoltà è proprio perché si presume che il soggetto destinatario possa ignorarla.

Inoltre la Corte ricorda che per "parte" sulla quale grava l'onere di eccepire una nullità deve intendersi solo il difensore o il pubblico ministero e non l'indagato di persona, che è un soggetto che normalmente non ha conoscenze tecnico-processuali idonee.

Conseguentemente la decisione ha giudicato non condivisibile la tesi giurisprudenziale per la quale la nullità conseguente all'omesso avviso ex art. 114 disp att. c.p.p. si sanerebbe, o meglio sarebbe non più deducibile, se non dedotta dall'interessato prima o immediatamente dopo il compimento dell'atto.

In motivazione la Corte ha altresì giudicato prive di sostegno normativo le ulteriori tesi che avrebbero voluto ancorare il limite di tempestività della deduzione della nullità al momento immediatamente successivo alla nomina del difensore, ovvero attraverso eventuali memorie, così come all'altro della scadenza del termine di cinque giorni dal deposito dell'atto di indagine ex art. 366 c.p.p.

Unico termine previsto dalle norme del codice di rito è quello della deliberazione della sentenza di primo grado, ai sensi dei citati artt. 180 e 182 c.p.p.

Le Sezioni Unite hanno così affermato che “**la nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all’esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell’art. 114 disp att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma 2, secondo periodo, c.p.p., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado**”.

La decisione in sintesi

Esito del ricorso:

rigetta il ricorso

Precedenti giurisprudenziali:

Cass. Sez. 1, 21 maggio 2004, n. 24733, Defina;

Cass. Sez. 4, 25 settembre 2003, Giannandrea;

Cass. Sez. IV 18 settembre 2006, n. 2584/2007, Bradaschia;

Cass. 3, 7 novembre 2002 - 19 febbraio 2003 n. 8112, Agliolo, RV 223777;

Cass Sez. IV 14 marzo 2008, n. 15739, Alberti.

Riferimenti normativi:

art. 24 Cost.;

artt. 178, 180, 1282, 354, 356, 366. c.p.p.;

D.lgs. 30 aprile 1992 n. 285, art. 186.