

## Ispezione personale/corporale

Körperliche Untersuchung - CPP della RFT

28 Ottobre 2018

Armin Kapeller

### Indice

1. Introduzione
2. Scopi della körperlichen Untersuchung
3. Untersuchungen und Eingriffe – La rilevanza del consenso e il principio di proporzionalità
4. Einfache, körperliche Untersuchungen
5. L'intervento necessario del medico
6. La somministrazione di Vomitivmittel
7. Competenza
8. Maßnahmeanordnung, esecuzione e impugnazione
9. Inutilizzabilità, obbligo di distruzione di quanto prelevato e Revision

### 1. Introduzione

La körperliche Untersuchung rientra tra le **medizinischen Zwangsmaßnahmen** (atti coercitivi di carattere medico), alle quali può essere sottoposto **l'indagato (e anche l'imputato)**. È prevista dal Capo 7.mo del Libro I° (intitolato: "Sachverständige und Augenschein") e precisamente dal § 81 a StPO.

**L'Augenscheinbeweis** – a differenza del Sachverständigenbeweis, che è un Personalbeweis - è un **sächlicher Beweis**, anche se l'AG può avvalersi dell'ausilio di periti quali "Augenscheingehilfen oder Beweisermittler"(ved. BGH NJW 1983, 126, 127). Se si tratta di **semplici Wahrnehmungen**, che non presuppongono (specifiche) competenze scientifiche o tecniche, l'Augenscheingehilfe (l'ausiliario) è equiparato al teste.

Nonostante il disposto del § 137, c.1, StPO, il BGH (Corte Suprema Federale) ha sentenziato che **non** sussiste un **diritto di presenza del difensore** in occasione dell'"Exploration" dell'indagato.

### 2. Scopi della körperlichen Untersuchung

La körperliche Untersuchung è **lecita** unicamente ai fini dell'**accertamento di fatti rilevanti per il procedimento** ("von verfahrenserheblichen Tatsachen", il cui concetto viene inteso in senso molto ampio). "**Verfahrenserheblich**", oltre alle condizioni di procedibilità, può essere anche la capacità dell'indagato a seguire consapevolmente il procedimento (ved. BVerfGE (Corte Costituzionale Federale) 27, 211, 219).

**Senza consenso dell'indagato** possono essere effettuati sullo stesso prelievi di sangue e altri interventi sul corpo, se: 1) eseguiti da un medico, 2) secondo i canoni della scienza medica e se 3) l'esecuzione non comporta pregiudizio per la salute della persona dell'indagato.

Secondo la Corte Costituzionale Federale (BVerfGE), il § 81 a StPO legittima l'esecuzione dei c.d. **Reihentests** (nel corso dei quali una determinata cerchia di persone viene invitata a sottoporsi ad analisi del

sangue), qualora gli indagati si sottopongano **volontariamente** alla Maßnahme (ved. BVerfGE JZ 1996, 1175 m).

### **3. Untersuchungen und Eingriffe – La rilevanza del consenso dell’indagato e il principio di proporzionalità**

È stato detto che se si procede a körperlicher Untersuchung, il **corpo** di chi è oggetto della stessa, **“wird zum Augenscheinobjekt gemacht”**. È lecito ricorrere alla stessa anche per accertare la **presenza di Fremdkörper (corpi estranei)**; in questo senso ved. BGHSt 5, 332, 336. Va notato che nell’ordinamento processual-penale della RFT, **si distingue tra**: a) einfache, körperliche Untersuchungen, b) schwere Eingriffe und c) besonders gefährliche Eingriffen. Quelli **sub a)** sono tali da **non** comportare in nessun caso **“gesundheitliche Nachteile”** (quale può essere, per esempio, un prelievo di sangue).

Gli Eingriffe **sub b)** hanno per conseguenza una **“Verletzung des Körpers”**, anche se la stessa può essere di lieve entità. Besonders gefährliche Eingriffe (**sub c)** - che possono essere eseguiti soltanto da un **medico specializzato** - sono **leciti soltanto se** si ritiene che l’indagato abbia commesso un reato grave e se gli indizi a suo carico sono anch’essi gravi; inoltre, deve essere rispettato il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (principio di proporzionalità); in questo senso ved. BVerfGE 16, 194. Come già detto, soltanto un medico può effettuare una körperliche Untersuchung, ma la **valutazione sull’ammissibilità meno della stessa, compete alla sola AG**.

In tal modo il legislatore ha voluto evitare che nel conflitto tra diritto e potere, il “vincitore” sia (sempre) quest’ultimo. In un’epoca caratterizzata da un’estrema rapidità nel campo scientifico (e tecnico) e da un’altrettanta “mobilità” dei valori, una normativa restrittiva si appalesa più che mai necessaria. Altrimenti – come ha osservato uno dei più noti filosofi del diritto del secolo passato – il “tentativo di far coesistere l’utopia del diritto con la realtà sociale e politica, è destinato a sicuro fallimento”.

La norma di cui al **§ 81 a StPO viene ritenuta**, da gran parte della dottrina, **incostituzionale**, stante l’**indeterminatezza** della medesima, anche se il BVerfGE, finora, ha sempre rigettato i ricorsi proposti per tale motivo (ved. BVerfGE 27, 211). Ha però **richiesto un’interpretazione di questa norma che sia “verfassungskonform”**; in particolare, è stata postulata un’Auslegung che rispetti il principio della Verhältnismäßigkeit.

**Non** occorre provvedimento da parte dell’AG che disponga Untersuchung ai sensi del § 81 a StPO, se l’indagato manifesta il proprio **consenso all’effettuazione** della stessa, a condizione però che la persona sottoposta a questo “intervento” sia **consapevole del proprio diritto a rifiutare l’Untersuchung** e che risulti, in modo non equivoco, che il consenso prestato sia stato frutto di una **libera decisione (scelta)**. Il consenso eventualmente prestato, può essere revocato fino a quando l’Untersuchung non è stata iniziata.

Come sopra già accennato, **scopo** dell’ispezione può essere soltanto l’accertamento di fatti rilevanti ai fini di un procedimento in atto.

La **rilevanza** di cui ora si è parlato, **si estende** anche all’accertamento dell’esistenza della **capacità dell’indagato di seguire coscientemente lo svolgimento del Verfahren** (ved. BVerfGE 27, 211, 219).

### **4. Einfache, körperliche Untersuchungen**

Le c.d. **einfachen, körperlichen Untersuchungen** hanno lo scopo di accertare la “Beschaffenheit des (unbekleideten) Körpers des Beschuldigten” senza l’effettuazione “körperlicher Eingriffe”. Se si procede a **perquisizione dei vestiti dell’indagato** (“Suche am bekleideten Körper oder der natürlichen Körperöffnungen” (per esempio della bocca)), deve trovare applicazione il **§ 102, 2<sup>a</sup> parte, StPO**. Se

l'Untersuchung viene eseguita su persona diversa da chi è indagato, va applicato il § 81 c StPO, che detta una disciplina più restrittiva rispetto a quella prevista dal § 81 a StPO.

In sede "einfacher, körperlicher Untersuchung" è ammissibile l'**assunzione d'informazioni sullo stato generale di salute dell'indagato** e possono altresì essere eseguiti **semplici accertamenti di natura strumentale** (per esempio, elettrocardiogrammi, ma non sotto sforzo, misurazione della pressione ortostatica), **senza** che gli stessi integrino **una körperliche Belastung**. Va comunque rilevato che l'indagato **non** può essere obbligato a una **collaborazione attiva** con chi esegue l'Untersuchung (ved. BGHSt 34, 39, 46). Così, per esempio, nel caso einfacher Untersuchungen, l'assunzione di un Kontrastmittel, necessario per l'esecuzione di una radiografia, deve avvenire **volontariamente**; così pure l'esecuzione di un elettrocardiogramma sotto sforzo.

Viene ritenuto einfache, körperliche Untersuchung, pure il **prelievo di sangue** al fine di accertare il **tasso alcolimetrico del sangue dell'indagato** subito dopo la commissione di determinati reati. Tuttavia, il liquido corporeo, in tal caso, **non** può essere utilizzato ai fini della determinazione del DNA (BGHSt 37, 158). Costituisce einfache, körperliche Untersuchung, pure il **prelievo di liquidi corporei, come la saliva**.

## 5. L'intervento necessario del medico

Ogni körperliche Untersuchung deve essere **eseguita da un medico** e rispettando i dettami della scienza medica. **Nuovi metodi diagnostici** possono essere adottati soltanto previo **consenso** di chi è sottoposto agli stessi (ved. BGHSt 8, 148). **Non** sono consentiti interventi con **prevedibili effetti sfavorevoli sulla salute** del "paziente" e, a tal fine, prima dell'intervento, deve essere valutato adeguatamente anche il complessivo stato di salute dell'indagato. Va tuttavia osservato che un **Gesundheitsnachteil** sussiste soltanto quando gli **effetti dell'intervento perdurano**, sullo stato di salute dell'indagato, per un **periodo di tempo considerevole oltre l'effettuazione dello stesso** e sono tali da costituire "eine **Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens**".

È stato detto che la velocità del progresso scientifico è tale da non rendere più possibile distinguere tra Costituzione, legge e "misura", che si sono invece trasformate in altrettanti metodi di una permanente trasmutazione di valori. Le moderne opinioni intorno al diritto e alla legalità si adeguano in modo impressionate alle richieste dei centri di potere e c'è chi ritiene di non aver più bisogno di una legittimazione o di una "copertura giuridica".

Di notevole importanza, specie se vengono eseguiti Eingriffe da qualificare "**schwer oder besonders gefährlich**", è che venga particolarmente tenuto conto del **Verhältnismäßigkeitsprinzip** e occorre altresì, in questi casi, valutare, se la **gravità degli indizi** esistenti nei confronti dell'indagato in ordine alla commissione del reato, giustifichi la misura de quo (ved. BVerfGE 17, 108, 117). Più l'adottando intervento è "invasivo", più il Tatvorwurf deve essere grave. Ogni körperliche Untersuchung, come già detto, deve essere compiuta da un medico. **Infermieri** possono effettuarla soltanto con il **consenso** dell'indagato e secondo le **istruzioni del medico** che ne assume comunque la responsabilità.

Tra gli interventi ammissibili eseguiti da un medico, vanno annoverati, oltre alla tomografia computerizzata, gli esami radiografici e la scintigrafia.

Soltanto ai fini dell'accertamento di reati molto gravi, può procedersi al **prelievo di liquido della spina dorsale** (ved. BVerfGE 16, 194).

## 6. La somministrazione di Vomitivmittel

La **somministrazione di lassativi o comunque di medicinali emetici** in genere, **senza il consenso**

dell'indagato, costituendo la stessa “einen **zwangsweisen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Person**”, è consentita **soltanto se** viene osservato adeguatamente il **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** e se si procede per un **reato grave** contro l'indagato, nei cui confronto sussistono **indizi, altrettanto gravi**, in ordine alla commissione della Straftat.

Per quanto concerne la “**zwangsweise Verabreichung eines Brechmittels**” (“Vomitivmittels”) al fine di scoprire ovuli contenenti **sostanze stupefacenti ingoiati dall'indagato**, la Corte d'appello di Frankfurt a.M. (StV 1996, 651) ne aveva ritenuta l'**illiceità** in quanto in contrasto con il principio “**nemo se detegere tenetur**”. A quest'orientamento la dottrina ha obiettato che una tesi del genere non può ritenersi fondata in quanto “das Erbrechen kann **nicht als aktive Handlung angesehen werden**”. Non ha, per altro, condivisa la decisione della Corte d'appello di Frankfurt a. M., la Corte d'appello di Bremen che, con sentenza 2000/270, ha ritenuto la “**Zulässigkeit des Einsatzes von Brechmitteln**”, se si tratta di accertare reati gravi, nel qual caso non si contravverrebbe al Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

È però da rilevare che il ricorso coattivo a Brechmittel, se attuato con impiego di una **sonda gastrica** (Magensonde) “**mit Einsatz erheblicher Gewaltanwendung**” e quindi “mit einem erheblichen, gesundheitlichen Risiko”, **non** è stato ritenuto **lecito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo** (2006, 3117) in quanto la **CEDU (articolo 3)** vieta trattamenti degradanti; inoltre, vi sarebbe violazione dell'**articolo 6** della stessa CEDU, che prevede il principio del “fair trial”. A seguito della citata pronuncia della Corte EDU, nella RFT **non si è più fatto ricorso** a “zwangsweiser Verabreichung von Brechmitteln” per i fini di cui sopra. È però consentita la somministrazione di questi “medicinali”, se l'indagato presta il consenso al loro impiego. Ciò avviene, non infrequentemente, perchè in tal modo l'indagato può “abbreviare” la “zulässige Haft” (custodia cautelare).

Per quanto concerne la **responsabilità penale**, se il Brechmitteleinsatz ha **esito letale**, si veda BGHSt 55, 121.

## 7. Competenza

**Competente** a ordinare le Untersuchungen è, in primo luogo, il giudice. Tuttavia, in caso di pericolo nel ritardo, sono competenti il **PM e, “nachrangig”, la PG** (ved. BVerfGE StV 2007, 281). Nel corso delle indagini preliminari, l'**Ermittlungsrichter** (ved. BGHSt 8, 146); dopo l'Anklageerhebung, “**das mit der Sache befasste Gericht**”. Nel dibattimento, se il processo si svolge dinanzi allo Schöffengericht, la decisione avviene “**unter Einbeziehung der Schöffen**” (giudici non togati).

Va osservato che i c.d. **schweren Eingriffe** sono di **competenza esclusiva del giudice** (ved. BVerfGE 16, 184). Se l'Anordnung des Eingriffes comporta privazione della libertà personale, deve essere comunque adottato il relativo provvedimento da parte del giudice.

L'**indagato** deve essere **sentito** soltanto qualora ricorrano i presupposti di cui al § 33, 3° c., StPO (ved. BGH VS 29, 203) e se non vi è pericolo nel ritardo.

Qualora le Untersuchungen vengano disposte dal PM o dalla PG (ravvisandosi Gefahr im Verzug), la sussistenza del pericolo deve essere **specificamente motivata**. La competenza del PM o della PG presuppone, di regola, che il **tentativo** – documentato - **di chiedere l'Anordnung al giudice**, non abbia avuto esito positivo (ved. BVerfGE 103, 142, 155 e 2, 254, 287). Tuttavia, la **mancata osservanza** di questa disposizione, **non determina inutilizzabilità del materiale probatorio ottenuto** (come ha deciso la Corte Cost. Feder. nel 2010 e nel 2008).

## 8. Maßnahmeanordnung, esecuzione e impugnazione

Nella **Maßnahmeanordnung** devono essere **specificati** la natura dell'intervento e i fatti da accertare.

Qualora si tratti d'interventi **“invasivi”**, occorre che venga indicato pure il motivo, per il quale l'intervento si appalesa indispensabile. *L'esecuzione* del provvedimento emanato dal giudice è di **competenza del PM** (si veda in proposito il § 36, c. 2, StPO), che ha facoltà di avvalersi della PG. In sede di esecuzione è lecito il **ricorso a “unmittelbaren Zwang”**, anche senza autorizzazione del giudice.

Se l'indagato non compare, può esserne disposto l'accompagnamento coattivo.

Contro il provvedimento, se emanato dal giudice, è **proponibile Beschwerde (reclamo)**, ma se la Maßnahme è stata adottata dall'erkennenden Gericht, soltanto qualora si concreti in una misura coercitiva assimilabile a quelle previste dal § 305, 2<sup>a</sup> parte, StPO. **L'Anordnung disposta dal PM o dalla PG**, può essere **impugnata dinanzi al giudice**. Se il giudice competente per la Beschwerde, non verifica la sussistenza dei presupposti per la stessa, ciò integra violazione dell'articolo 19, c. 4, della Costituzione Federale (GG).

## **9. Inutilizzabilità, obbligo di distruzione di quanto prelevato e Revision**

Per quanto concerne le **conseguenze di violazioni del § 81 a StPO**, esse **non** comportano – **in ogni caso** – la sanzione dell'**inutilizzabilità**; la stessa è **esclusa**, per esempio, se viene erroneamente ritenuta la sussistenza del pericolo nel ritardo, se non viene tenuto conto del Verhältnismäßigkeitsgrundsatz o se l'Anordnung der Maßnahme è avvenuta da parte di un giudice al di fuori dalle regole della propria competenza.

Vi è invece **inutilizzabilità**, tutte le volte in cui un körperlicher Eingriff venga effettuato **senza** che vi sia stato alcun **provvedimento del giudice o del PM**, se sull'indagato sono state esercitate **indebite pressioni**, se la “Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme” è tale da far ritenere che chi ha proceduto, ha **voluto agire arbitrariamente** (BGHSt 51, 285), se vi è stata **“bewusste und zielgerichtete Umgehung des Richtervorbehaltes”**. Non vi è inutilizzabilità nei casi in cui il PM o la PG avrebbero dovuto attendere il provvedimento del giudice, ma quello di turno non era raggiungibile.

Le violazioni di cui sopra comportanti **inutilizzabilità**, possono essere dedotte, come vedremo, in sede di **Revision**.

**Quanto prelevato** in applicazione del § 81 a StPO, può essere **utilizzato** soltanto ai fini del Verfahren, nell'ambito del quale è stato disposto il prelievo oppure in un altro procedimento già pendente. Tutto il materiale prelevato deve essere **distruito dopo l'uso indicato nel § 81 a StPO** o comunque dopo la definizione del procedimento a seguito di sentenza passata in **giudicato**.

L'**obbligo di distruzione** è stato sancito a seguito dell'emanazione dello **StVÄG dd. 17.3.1997**.

L'**utilizzabilità** dei prelievi ematici, effettuati in applicazione del § 81 a StPO, **non è consentita** ai fini della **Gefahrenabwehr** (per esempio per accertare se l'indagato è affetto da malattia contagiosa (AIDS)) oppure allo scopo di istituire una **banca dati**. L'utilizzabilità è **esclusa** pure in sede di un **procedimento civile a fini probatori**, a meno che l'indagato non abbia dato il proprio consenso, il quale è necessario altresì per l'utilizzo a fini scientifici.

**Non osta all'utilizzabilità** il fatto che l'Untersuchungsmaßnahme sia stata eseguita, anziché da un medico, da un infermiere (ved. BGHSt 24, 125). Se, invece, si è proceduto alla stessa ricorrendo a (**bewusster**) **Täuschung**, il materiale probatorio ottenuto è **inutilizzabile** (BGHSt 24, 125, 131); questo è il caso, in cui un appartenente alla PG, asserisce falsamente – in presenza dell'indagato – che la persona, che procede al prelievo ematico, è un medico, mentre, invece, non ha tale qualifica professionale.

La **distruzione** del materiale prelevato è **disposta dal PM**.

Il **rifiuto** dell'indagato di sottoporsi a una delle Maßnahmen contemplate dal § 81 a StPO, **non** legittima

una c.d. **vorläufige Festnahme nach § 127, c. 2, StPO**. Tuttavia, in caso di pericolo nel ritardo, è **consentita la provisorische Freiheitsbeschränkung** al fine di poter effettuare la Durchführung der Maßnahme. Questa privazione della libertà personale **deve aver termine non appena il prelievo è stato eseguito**.

La körperliche Untersuchung di cui al § 81 a StPO può essere effettuata anche nei confronti di deputati; così pure il prelievo di sangue in caso di flagranza di reato. L'Untersuchung **non** può invece essere disposta nei confronti di coloro che **godono dell'immunità diplomatica**.

Per quanto concerne la **Revision**, la stessa è proponibile – per violazione del § 81 a StPO – nel caso in cui il giudice di 1° grado, in sede di valutazione del materiale probatorio, ha **tenuto conto di prove** in ordine alle quali sussisteva **Verwertungsverbot** e se la **sentenza è stata “basata” su queste prove**.

Se si è proceduto a **prelievo ematico contro la volontà dell'indagato**, il difensore deve proporre “**rechtzeitigen Widerspruch in der ersten Tatsachenverhandlung**”; altrimenti la Rüge non è più proponibile.

**TAG:** *consenso, consenso trattamento sanitario, Ispezione giudiziale, ispezioni, penale, Diritto sanitario, Diritto Tedesco*

---

### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*

---