

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/16

***ARRESTO E FERMO.
PRASSI APPLICATIVE E PROSPETTIVE DI
RIFORMA***

Presentata da: DOTT. NICOLA SANTI

Coordinatore Dottorato

**CHIAR.MO PROF.
GIULIO ILLUMINATI**

Relatore/Tutor

**CHIAR.MO PROF.
FRANCESCO CAPRIOLI**

Esame finale anno 2014

Indice

Premessa

Parte I.

INQUADRAMENTO STORICO E SISTEMATICO DELL'ARRESTO IN FLAGRANZA E DEL FERMO DI INDIZIATO DI DELITTO

Capitolo 1.

Profilo storico e normativo.

1. *Gli archetipi degli istituti volti alla limitazione della libertà personale (cenni)*.....1
2. *L'arresto in flagranza: evoluzione storica dell'istituto nelle esperienze normative preunitarie*.....5
3. *La regolamentazione dell'arresto in flagranza nella codificazione post-unitaria*.....8
4. *L'arresto in flagranza dal Codice "Rocco" al Codice "Vassalli"*.....11
5. *La storia normativa del "giovane" fermo istruttorio*.....13

Capitolo 2.

La disciplina costituzionale delle limitazioni provvisorie della libertà personale.

1. *Il contenuto precettivo dell'art. 13 Cost.*.....16
2. *"Quando e perché" della coercizione d'emergenza, ovvero il "vuoto dei fini"*.....17
 - 2.1. *Il "vuoto dei fini" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale pre 1988*.....20
 - 2.2. *Il "vuoto" colmato*.....26
3. *Precautele: possiamo (finalmente) definirle tali?*32

Capitolo 3.

Fonti e giurisprudenza sovranazionali in tema di limitazioni provvisorie della libertà personale.

1. *La tutela della libertà personale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*.....36

Parte II
ARRESTO IN FLAGRANZA E FERMO DI INDIZIATO DI DELITTO NEL DIRITTO
VIVENTE

Capitolo 1.

L'arresto in flagranza ex artt. 381 e ss. c.p.p.

<i>1. Il concetto di flagranza. Teoria e pratica a confronto.....</i>	<i>42</i>
<i>1.1. I casi di “quasi flagranza”: l'inseguimento del reo</i>	<i>44</i>
<i>1.1.1. (segue) ... il ritrovamento di “cose o tracce” del reato.....</i>	<i>46</i>
<i>1.2. Ulteriori ipotesi riconducibili – negli effetti – alla flagranza.....</i>	<i>48</i>
<i>2. L'arresto come obbligo.....</i>	<i>52</i>
<i>3. L'arresto come facoltà.....</i>	<i>57</i>
<i>4. «Mano privata».....</i>	<i>63</i>
<i>5. I soggetti legittimati all'arresto.....</i>	<i>66</i>

Capitolo 2.

Il fermo di indiziato di delitto.

<i>1. Presupposti applicativi del principale veicolo pre-cantelare.....</i>	<i>68</i>
<i>2. I soggetti legittimati al fermo di indiziato di delitto.....</i>	<i>75</i>

Capitolo 3.

Dinamiche procedurali conseguenti all'arresto e al fermo.

<i>1. L'attività della polizia giudiziaria in conseguenza dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato di delitto.....</i>	<i>78</i>
<i>2. Il ruolo del pubblico ministero nella procedura d'arresto o di fermo: gli obblighi di immediata liberazione dell'arrestato</i>	<i>84</i>
<i>2.1. (segue) ... l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato</i>	<i>85</i>
<i>2.2. (segue) ... la richiesta di convalida.....</i>	<i>89</i>
<i>3. L'udienza di convalida.....</i>	<i>90</i>
<i>3.1. La disclosure cautelare.....</i>	<i>91</i>

3.2. <i>Epiloghi decisori</i>	99
-------------------------------------	----

Capitolo 4.

L'arresto "estradizionale": statica e dinamica di un ulteriore istituto precautelare.

1. <i>Una procedura sui generis</i>	102
2. <i>Questioni irrisolte relative ai controversi presupposti applicativi</i>	104

Parte III

PROSPETTIVE DI RIFORMA

Capitolo 1.

Lo strumento precautelare quale viatico per l'introduzione del contraddittorio anticipato nell'applicazione *ab initio* delle misure cautelari personali.

1. <i>Un dibattito da lungo tempo in corso</i>	108
2. <i>Le funzionalità dello strumento precautelare</i>	112

Premessa.

Il presente lavoro ha ad oggetto l'esame della disciplina dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto: istituti profondamente "utili" e "d'impatto" (anche mass-mediatico) perché ontologicamente tesi, soprattutto il primo, all'immediata repressione del fenomeno criminale.

Scopo e ragione di questo studio è l'individuazione di altre e più profonde finalità di tali istituti, passando per una piena comprensione del ruolo loro assegnato nel vigente impianto codicistico.

La ricerca si è sviluppata lungo tre direttrici, ciascuna rappresentata – anche dal punto di vista grafico-strutturale – nelle tre parti in cui è diviso l'elaborato finale e ciascuna singolarmente riferibile, in un'immaginaria linea del tempo, allo ieri (e ai principi), all'oggi e al domani della disciplina delle misure coercitive di polizia giudiziaria.

Nella prima parte, infatti, partendo dall'analisi storica degli istituti in esame (nonché di quelli che, esistenti in epoche remote, possono essere considerati, per la loro struttura e per le loro finalità, progenitori dei vigenti) si è proceduto nell'esame della disciplina e della giurisprudenza costituzionale in tema di strumenti di polizia giudiziari provvisoriamente limitativi della libertà personale; l'obiettivo primo di tale approfondimento, cui poi sarà informato l'analisi della dinamica degli istituti, è proprio l'individuazione delle finalità – conformi a Costituzione – dell'arresto e del fermo di indiziato di delitto. Seguirà l'analisi del concetto di libertà personale, e dei margini consentiti per la sua limitazione, in seno al sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La seconda parte contiene un'analisi critica degli istituti dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto così come regolati dal diritto processuale vivente, con specifico riferimento alla disciplina dettata al titolo VI del libro V del codice di procedura penale (artt. 379 e ss.) e a tutte le disposizioni da essa richiamate e ad essa coordinate. A porsi, quasi, come un'appendice di tale porzione è l'analisi di un ulteriore istituto precautelare, ovvero l'arresto urgente a fini estradizionale, disciplinato dagli artt. 716 e ss. c.p.p.

Infine, la terza e ultima parte ha ad oggetto un'ulteriore linea di ricerca che si è tentato di sviluppare a valle delle predette analisi, e che riguarda la compatibilità con

il vigente sistema costituzionale e processuale – penale di un ampliamento dello spettro delle precautele, che sia tuttavia funzionale non, come troppo spesso accade, a una larvata risposta repressiva del tutto avulsa dall'accertamento processuale (secondo il collaudato binomio fatto “grave” – immediata privazione della libertà personale), quanto piuttosto all'introduzione del contraddittorio anticipato nell'applicazione delle misure cautelari.

PARTE I

INQUADRAMENTO STORICO E SISTEMATICO DELL'ARRESTO IN FLAGRANZA E DEL FERMO DI INDIZIATO DI DELITTO

Capitolo 1.

Profilo storico e normativo.

1. *Gli archetipi degli istituti volti alla limitazione della libertà personale (cenni).*

Dobbiamo al diritto romano, e in particolare alle XII tavole¹, la più antica formulazione normativa del concetto di “flagranza” e delle conseguenze spettanti a chi – malcapitato – fosse stato sorpreso in tale stato.

Nella VII tavola, quella relativa agli illeciti, si afferma infatti che «*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*» (r. 12): «se avrà tentato di rubare nottetempo e fu ucciso, l'omicidio sia considerato legittimo»; e ancora (r. 13) «*luci [...] si se telo defendit [...] endoque plorato*»: «se di giorno [l'omicidio è legittimo] se [il ladro] si sarà difeso con un'arma [e se il derubato avrà prima tentato] di gridare aiuto».

La comprensione di tali formule, apparentemente oscure, è aiutata da fonti successive e in particolare dall'interpretazione che ne dà Gaio.

In un passo delle sue *Institutiones*, infatti, l'illustre giurisperito ricorda che la «*poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat*» (3.189-190): secondo la legge delle dodici tavole, la pena per il furto *manifesto* [flagrante] era la morte.

E prosegue: «infatti, l'uomo libero, dopo essere stato fustigato, veniva condotto a colui nei cui confronti aveva commesso il furto [...] Ma successivamente, l'eccessiva severità della pena venne disapprovata e [...] fu introdotta dall'editto del pretore un'azione del quadruplo. La pena *nec manifesti furti* [del furto non flagrante, n.d.A.]

¹ Il riferimento è al noto *corpus* legislativo, risalente al V sec. a.c., e in particolare alla fase “intermedia” fra la fine della monarchia, avvenuta approssimativamente nel 509 a.c. con la cacciata dell'ultimo re etrusco, Tarquinio il Superbo, e l'inizio della fase repubblicana. Le XII tavole, secondo la storiografia del diritto romano, sarebbero opera di un “decemvirato legislativo”, ovvero di un consesso di dieci esperti di estrazione “mista”, scelti cioè dai patrizi e dai plebei proprio al fine di produrre una soluzione normativa condivisa fra le due classi sociali preminenti (e in perenne conflitto) dell'epoca. Per. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna, 2003, p. 126, infatti, «i romani affermano che le XII Tavole costituiscono la fonte di ogni diritto pubblico e privato; noi diciamo che non sono un codice completo, ma piuttosto un documento in cui vengono fissate le garanzie essenziali dei cittadini nella vita associata, paragonabile alla *Magna Charta* inglese, più che a una carta costituzionale attuale». Per un approfondimento sul punto, inoltre, vd. M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, pp. 77 e ss.

veniva irrogata al doppio per la legge delle XII Tavole, e anche il pretore mantiene tale pena»².

Anche in un passo del Digesto di Giustiniano (9.2.4.1.) si riporta, chiarendone il senso, la stessa previsione decemvirale: «la legge delle XII Tavole permette di uccidere il ladro sorpreso di notte (*noctu deprehenso*), purché ciò sia attestato con clamore; permette poi di ucciderlo sorpreso di giorno se egli si difende con armi, purché però ciò sia attestato con clamore»³.

Inoltre, stando a studi più recenti, «all'ipotesi di flagranza, i decemviri assimilano l'ipotesi che la cosa rubata sia rinvenuta dalla vittima del furto nell'abitazione del ladro in seguito a una perquisizione solenne»⁴.

Già il diritto romano arcaico, quindi, conosceva e regolamentava l'ipotesi del ladro che fosse colto nell'atto di commettere il reato (*manifesti* o *non manifesti furti*; *noctu deprehenso*) ricollegando a tale *status* conseguenze repressive diverse a seconda della rilevata, da parte dell'offeso o di terzi, contiguità del reo al fatto di reato.

Così, il ladro scoperto nelle ore notturne certamente poteva essere messo, seduta stante, a morte; al contrario, il ladro colto sul fatto durante il giorno poteva essere ucciso solo se armato, e solo se il derubato avesse attirato su di sé l'attenzione dei vicini (*endoploratio*), chiamati quindi a testimoniare sull'esistenza delle condizioni legittimanti l'autodifesa⁵.

Evidente progenitore del moderno concetto di “quasi flagranza” è invece l'equiparazione, quantomeno rispetto agli effetti, del *furtum manifesto* con l'ipotesi del ritrovamento della refurtiva presso l'abitazione del (ritenuto) ladro.

È pure riportato, per concludere sul punto, che fosse passibile di esecuzione immediata chi fosse colto nell'atto di stuprare una vergine.

Era infatti considerato delitto capitale il rapimento di «*virgines seu viduas*», a maggior ragione se vi fossero state implicazioni sessuali «irreparabili», poiché «*vergintias vel*

² Il citato passo di Gaio (così come gli altri passi latini che seguiranno), è tratto da N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, *Ab urbe condita. Fonti per la storia del diritto romano, dall'età regia a Giustiniano*, Catania, 2002, p. 53 e si riferisce, a suo volta, alle versione delle *Institutiones* edita dal Devid, a Leiden, nel 1964.

³ N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, *Ab urbe condita* (cit.), p. 53.

⁴ M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, p. 114.

⁵ V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, p. 21.

castitas corrupta restitui non potest».

In tali casi, dunque, chi avesse sorpreso gli autori di «*talis insania, in ipsa rapina adhuc flagrante crimine*» era autorizzato ad ucciderli sul posto⁶.

Ancora.

In epoca repubblicana, esisteva una magistratura minore e ausiliaria, i *tresviri capitales* (o *nocturnes*), che aveva il compito di mantenere l'ordine all'interno dei confini cittadini, soprattutto durante le ore notturne, cui erano concessi mezzi di repressione piuttosto sbrigativi: potevano, infatti, mettere a morte mediante strangolamento, direttamente all'interno del carcere, chi fosse stato colto sul fatto, e i rei confessi⁷.

Non esistevano, dunque, quantomeno fino al principato, meccanismi di tutela giurisdizionale del reo flagrante, il cui destino era sostanzialmente rimesso alla sensibilità dell'offeso (nel caso del *furtum manifestum*) o all'arbitrio dei *nocturnes*.

Coevo, per alcuni studiosi anche precedente, alla codificazione delle XII tavole è però l'istituto della *provocatio ad populum*⁸, attraverso cui il cittadino romano (il *civis*) che fosse stato perseguito da un magistrato dotato di *imperium* (ossia, sostanzialmente, del potere di comminare la pena capitale) per la commissione di un reato, poteva – per evitare la fustigazione con le verghe e la successiva decapitazione (si ricorderà, peraltro, che la scorta dei magistrati era formata dai *littores*, che significativamente portavano un'ascia circondata di verghe) – invocare il giudizio delle assemblee popolari (i *comitia*)⁹.

L'antesignano storico degli attuali modelli di controllo giurisdizionale sull'avvenuta

⁶ Tale previsione normativa è riferibile al *Codex "Imperator Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum"*, 9.13. pr. e 1. ed è riportata da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2011, p. 489.

⁷ M. TALAMANCA, *Lineamenti* (cit.), p. 175; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale* (cit.), p. 38.

⁸ L'evoluzione normativa di tale istituto è controversa. È ormai dato per assunto nella dottrina romanistica, però, che trovi origine in tre *leges*: la *lex Valeria* del 509 a.c. (precedente o comunque coeva alle XII tavole), la *lex Valeria Horatia de provocatione* del 449 a.c., la *lex Valeria (Corvi) de provocatione del 300 a.c.* Sul punto, esaustivamente, V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale* (cit.), pp. 25 e ss.; M. TALAMANCA, *Lineamenti* (cit.), pp. 89 e ss.

⁹ In questo caso, il riferimento è a Cicerone, che nel *De legibus*, dichiara «[...] *de capite civis nisi per maximum comitatum [...] ne feruntur*»: «non si decida della vita di un cittadino [...] se non di fronte ai comizi centuriati» (N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, *Ab urbe condita* (cit.), p. 52.

limitazione della libertà personale di un cittadino è però da individuarsi, facendo un significativo “balzo in avanti” rispetto all’epoca storica oggetto sin qui di trattazione, nel *writ of habeas corpus*.

Ci si riferisce all’istituto, risalente all’Alto Medioevo inglese, mediante il quale il re, o un giudice singolo, o una corte di giustizia, intimava con ordinanza a chi – privato o, più frequentemente, una diversa autorità pubblica – detenesse in custodia una persona, di portare il custodito innanzi a sé per uno scopo processuale specifico e in particolare, per quanto qui di maggior interesse, per procedere a una delibazione sulla legittimità dell’avvenuta limitazione della sua libertà personale¹⁰.

L’espressione *habeas corpus in subiiciendum*, quindi, non è altro che la contrazione della più ampia formula anticamente utilizzata dal magistrato: «*pricipimus tibi quod “corpus X”, in custodia vestra detentum, un tidictur, una cum causa capitionis et detentionis suae, quocumque nomine idem x, censeatur in eadem, habeas coram nobis apud Westminster, ad subiicendum et recipiendum ea quae curia nostra de eo ad tunc et ibidem ordinari continget in hac parte*».

L’ordinanza dell’autorità (regia o magistratuale, a seconda, come si vedrà, dell’epoca storica) che imponeva la presentazione dell’arrestato, prevedeva pure che dovessero esserle comunicate, al fine di addivenire a una corretta decisione sulla protrazione dello *status detentionis*, nonché sulla legittimità dell’avvenuta privazione della libertà, anche le cause che avevano determinato l’arresto e la detenzione, oltre l’indicazione del nome, e degli *alias*, del *captivus*.

In realtà, in una prima fase, il *writ of habeas corpus* era del tutto privo di qualsivoglia dimensione garantista, fungendo al contrario da mero strumento di controllo, da parte del re, dell’operato delle Autorità che, pur se diverse e subordinate alla Corona, potevano procedere alla cattura dei cittadini

Ciò nonostante, una prima affermazione di principio relativa all’intangibilità della libertà personale e al necessario intervento giurisdizionale per la sua limitazione, si trova già nella *Magna Charta Libertatis* di Giovanni Senza Terra, del 1215, in cui, all’art.

¹⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas Corpus* (voce), in *Enc. Dir.*, p. 941; R. GAMBINI MUSSO, *Habeas Corpus* (voce), in *Dig. disc. pen.*, p. 59; A. M. DE CESARIS, *Habeas Corpus* (voce), in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, p. 1; C. FANUELE, *La libertà personale*, in F. DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 210.

39, era sancito che: «gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati [...] se non da un tribunale legale di loro pari e secondo le leggi del paese».

Tale disposizione verrà poi ripresa, sviluppata e ampliata in numerosi atti successivi: nella *Magna Charta* di Enrico III Plantageneto nel 1225; sotto il regno di Enrico VII, quando (1485-1509) l'*habeas corpus* venne per la prima volta utilizzato dalle Corti locali a tutela di soggetti arrestati per ordine del re (di fatto sovvertendo l'originaria impostazione); nell'art. 5 della *Petition of rights* del 1628; nello *Star chamber abolition act* del 1640, in cui trovò chiara affermazione la sindacabilità degli ordini di arresto regi ad opera della magistratura.

Fu però con l'*Habeas corpus act del 1679* che, per la prima volta, tutte le precedenti e stratificate disposizioni in tema di controllo delle limitazioni alla libertà personale trovarono un'organica disciplina.

In particolare, tale atto prevedeva una serie di diritti in capo all'arrestato, tra cui:

- (i) il diritto ad ottenere una copia del mandato di cattura (*warrant*) entro sei ore dalla domanda presentata al suo custode;
- (ii) la facoltà di richiedere ad un giudice, con apposita istanza, il rilascio di un'ordinanza con cui lo stesso intimava al custode la presentazione dell'arrestato, adducendo le ragioni della detenzione;
- (iii) il diritto ad ottenere una decisione, da parte del giudice, riguardante la protrazione dello *status detentionis*.

2. L'arresto in flagranza: evoluzione storica dell'istituto nelle esperienze normative preunitarie.

Come visto, dunque, in un dato sistema organizzato di convivenza civile, l'autorità degli organi sovraordinati e la capacità di autodeterminazione dei governati sono le realtà di fatto il cui combinarsi ha determinato la configurazione – e la natura – dei sistemi stessi: una totale sproporzione in favore del *commando*, e della sua esecuzione, anche in dispregio delle libertà dei singoli, è propria dei sistemi autoritari; di contro, può dirsi liberale la realtà improntata sul bilanciamento fra le predette istanze.

È sul terreno delle limitazioni alla libertà personale – con evidente riferimento alle forme di restrizioni poste in essere da un'autorità diversa da quella *stricto sensu* giudiziaria – che tale scontro ha storicamente registrato le maggiori tensioni.

Risalgono all'epoca illuminista, e in particolare all'opera del Beccaria, le prime e assai pregnanti considerazioni sulla necessità di regolamentare, in senso limitativo, la potestà punitiva e coercitiva della pubblica autorità¹¹.

Non stupisce, dunque, che il primo esperimento legislativo teso all'introduzione di una regolamentazione organica dell'arresto in flagranza (meglio, dell'antesignano dell'istituto) sia stata la legge criminale toscana del 30 novembre 1786 (c.d. codice "leopoldino", perché fortemente voluto e licenziato dal Granduca Leopoldo II), di pochi anni successiva alla pubblicazione dell'opera del grande studioso illuminista.

Pur in mancanza di una chiara estrinsecazione normativa del concetto di "flagranza", definizione che – come si vedrà a breve, arriverà in epoca di poco successiva – l'art. XVII del codice leopoldino consentiva, appunto, l'apprensione fisica «dei delinquenti e dei trasgressori sorpresi in fatto [...] nelle trasgressioni» sanzionate con la pena detentiva, «in difetto di testimoni, quali talvolta possono essere gli stessi esecutori [di talché] si rendesse altrimenti impossibile di provare il delitto o la trasgressione».

La stessa fonte consentiva l'arresto anche di chi, parimenti colto in flagranza, si fosse poi rifiutato di «far fede» agli agenti.

Dal punto di vista delle dinamiche procedurali successive all'arresto del reo flagrante, il codice leopoldino imponeva agli «esecutori» di essere «solleciti» nel condurre gli arrestati «senza dilazioni» innanzi al tribunale, e «di subito presentare ivi contro di loro l'opportuna querela, acciò possano colla maggior celerità essere

¹¹ Così, testualmente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, p. 50: «[la pena] non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev'esser misurato e dalla necessaria durata del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti. Il processo medesimo dev'essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime, lo squallore d'un prigioniero? In generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili.»

spediti».

Più articolata, ed analitica, la regolamentazione dell'istituto nel codice di procedura penale per il Regno italico del 1807, che all'art. 75 si occupava di fornire una prima definizione sia del concetto di flagranza: è «in flagrante delitto colui che è sorpreso sul fatto, o viene inseguito dall'offeso o dalle grida del popolo, come autore del delitto»; sia di quello di “quasi flagranza”: è «in caso simile a flagrante delitto» chi «in tempo e luogo vicino al delitto è trovato avere presso di sé effetti, armi, stromenti, carte ed altri oggetti valevoli a farlo ragionevolmente presumere autore del delitto».

Anche il codice del 1807, così come la carta leopoldina, regolamentava i presupposti e le modalità dell'arresto, e il successivo vaglio giurisdizionale: «i commissari di polizia [...] nonché gli ufficiali della gendarmeria» dovevano «far arrestare i delinquenti colti in flagrante delitto, o in casi simili a flagrante delitto, facendo inseguire il fuggitivo che tenti di occultarsi o sottrarsi alla forza, anche dentro le case, abitazioni e fabbriche pubbliche e private»; l'arrestato, doveva poi essere presentato al giudice di pace che, dopo aver proceduto alla sua identificazione e al successivo interrogatorio, addiveniva a una decisione sulla protrazione dello stato di cattività.

Ancora: l'art. 50 del codice “per lo Regno delle Due Sicilie” del 1819 affermava essere «colto nella flagranza chiunque sia sorpreso o in atto che sta commettendo il reato, o quando vien perseguitato dal pubblico clamore, o quanto in tempo e luogo vicino al reato sia sorpreso cogli effetti, colle armi o cogli'istrumenti che facciano presumere esserne egli l'autore o il complice».

Obbligatorio per «ogni depositario di forza pubblica», doveva essere eseguito quando «l'imputato [fosse] colto nella flagranza del misfatto o delitto portante almeno a pena di prigionia»; l'interrogatorio dell'arrestato, che doveva avvenire «immediatamente» era prerogativa dell'«uffiziale di polizia giudiziaria competente», che aveva anche il dovere di condurre il prigioniero al giudice.

Un modello procedimentale parzialmente simile fu adottato anche dal codice del Regno di Sardegna del 1847 (c.d. codice Carloalbertino), che – all'art. 52 – definiva flagrante «il crimine o delitto che si commette attualmente, o che è stato poco prima commesso» e a ciò equiparava, negli effetti, il caso in cui «l'imputato viene inseguito dalla parte offesa o dal pubblico clamore e quello in cui sia stato sorpreso con effetti, armi, stromenti, carte od altri oggetti o con segni valevoli a farnelo

presumere autore o complice, purché in questi due casi ciò sia in tempo prossimo al reato». La stessa fonte consentiva l'arresto in flagranza per i reati per i quali era prevista la sola pena detentiva, salvo che il catturato non rientrasse nel novero degli «oziosi, vagabondi, mendicanti o altre persone sospette».

L'affermazione di principio contenuta nello Statuto Albertino, di poco successivo al codice sardo del 1847, che – all'art. 26 – dichiarava: «la libertà individuale è guarentita. Niuno può essere arrestato e tradotto in giudizio se non nei casi previsti dalla legge e colle forme che essa prescrive», non comportò alcuna estensione delle garanzie offerte all'arrestato, se è vero che – come rilevato in dottrina – nel successivo codice del 1859 «conservata l'identica nozione di flagranza, l'arresto rimaneva una misura dalle finalità non dichiarate e di amplissima applicazione»¹².

3. La regolamentazione dell'arresto in flagranza nella codificazione post-unitaria.

Le prime novazioni normative realmente incidenti in senso garantista sull'istituto dell'arresto in flagranza sono però quelle introdotte dal primo codice di procedura penale dell'Italia unita, promulgato con r.d. 26 novembre 1865, n. 2598.

A parità di presupposti, avendo mantenuto pressoché inalterata la definizione di flagranza, il nuovo codice di rito si distingueva dalle fonti sarde (sue dirette genitrici) per due aspetti: in primo luogo il r.d. n. 2598/1865 consentiva l'arresto in flagranza solo per i reati puniti con una pena detentiva maggiore ai tre mesi, o con altra più grave, salvo che il provvedimento ablativo della libertà personale non andasse ad insistere su un ozioso o un vagabondo (in tale ultima ipotesi essendo consentito senza alcuna limitazione); secondariamente, venne introdotto il primo momento codificato di pieno controllo giurisdizionale rispetto alla legittimità dell'avvenuto arresto.

L'art. 199 r.d. n. 2598/1865, infatti, prevedeva che, entro ventiquattr'ore dalla notizia dell'intervenuto arresto, il giudice istruttore dovesse interrogare l'arrestato e trasmettere gli atti al pubblico ministero, affinché questi potesse, nei successivi due giorni, offrire allo stesso magistrato le proprie richieste in ordine alla protrazione dello *status detentionis* e all'eventuale diretta citazione a giudizio dell'imputato.

Il giudice istruttore deferiva poi il caso a un organo collegiale *ad hoc*, la camera di

¹² L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, p. 14.

consiglio; quattro i possibili epiloghi decisori: se riteneva completa l'istruzione rinviava a giudizio l'arrestato; se, al contrario, rilevava carenze probatorie, ma indizi sufficienti per mantenere lo stato di detenzione, ordinava la protrazione dello stato d'arresto; in caso contrario, ordinava la liberazione per l'arrestato che non fosse – triste consuetudine – appartenuto alle categoria degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti e dei vigilati speciali; infine, poteva ordinare un supplemento di attività investigativa¹³.

La l. 30 giugno 1876, n. 3183, stabilì invece che il giudice istruttore dovesse disporre l'immediata liberazione dell'arrestato in flagranza per un reato in relazione al quale non potesse essere emesso un mandato di arresto.

Tale norma rappresenta evidentemente il primo tentativo, da parte del legislatore nazionale, di porre in stretta relazione l'avvenuto arresto in flagranza con la protrazione (eventuale) della limitazione alla libertà personale; chiaro, inoltre, il tentativo di valorizzare la finalità strettamente processuale (l'arresto in flagranza inteso in funzione servente rispetto alla possibile futura applicazione di un mandato di cattura) dell'istituto in esame, rispetto al suo utilizzo – sino a quel momento – con scopi eminentemente special e general preventivi¹⁴.

¹³ Per L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza*, cit., p. 17, «l'istituzione della camera di consiglio, con la previsione di un controllo entro termini strettissimi sulla sufficienza degli indizi, fu il segno di una maggiore sensibilità per i diritti individuali, anche se poi gli effetti conseguiti furono scarsi». La dottrina coeva alla predetta novazione legislativa, infatti, non mancò di rilevare come, in ragione della farraginosità del meccanismo normativo, la maggioranza dei casi di arresto portati all'esame della camera di consiglio si risolveva in una protrazione della custodia carceraria, salvo poi addivenire alla scarcerazione degli imputati in esito al processo. Cfr., in tal senso, N. BARDELLI, *La libertà individuale nella Costituzione e nelle leggi ordinarie*, 1898, p. 24.

¹⁴ R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980, *passim*. È peraltro sintomatica della mentalità dell'epoca, tendenzialmente avversa a “derive” garantiste rispetto all'arresto in flagranza, una considerazione del Casorati, secondo cui «da liberazione dell'imputato colto in flagranza di crimine offenderebbe il senso morale del pubblico, e porrebbe in pericolo la pubblica tranquillità, perché ripugnerebbe vedere un individuo sorpreso in flagrante reato alla presenza di molte persone ricomparire libero dopo alcuni giorni, innanzi agli stessi spettatori del suo misfatto, facendo pompa della recuperata libertà; oltre di che consigliano la carcerazione dell'imputato la quasi certezza della condanna, il nessun pericolo che la carcerazione preventiva col-

Un'analoga previsione, peraltro, fu introdotta nel codice del 1930 solo nel 1984¹⁵. Il Codice “Finocchiaro – Aprile” del 1913 non si discostò eccessivamente dal predetto modello: l'arresto in flagranza era inibito per le contravvenzioni, salvo che non riguardassero «armi o materie esplodenti, la mendacità e il possesso ingiustificato di valori» essendo in tali casi consentito nella forma facoltativa¹⁶; inalterato la prevista cattura degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti e di sottoposti a vigilanza speciale. Venne rivista la definizione di flagranza che, secondo l'art. 168, fu estesa a «chiunque sia colto nell'atto di commettere il reato», oltre alle “formule” già esistenti, in forza delle quali era da considerarsi flagrante «il reato che si commette attualmente o che è stato poco prima commesso» e «chiunque, immediatamente dopo il reato, sia inseguito dalla forza pubblica, o dalla parte lesa, o dal pubblico clamore, o sia sorpreso con cose o tracce che facciano presumere che abbia commesso il reato o vi abbia concorso».

Infine, dal punto di vista dinamico, il codice del 1913 superò – eliminandola – la camera di consiglio, pur mantenendo l'obbligo di un celere interrogatorio dell'arrestato (entro le ventiquattr'ore, prorogabili solo per giusta causa) da parte del pretore o del procuratore del Re del luogo dell'arresto e del commesso delitto¹⁷ e di immediata liberazione dell'arrestato in flagranza per reati per i quali non fosse previsto il mandato di cattura¹⁸; venne inoltre concesso al pubblico ministero di adottare l'istruzione sommaria sulla scorta dell'avvenuto arresto in flagranza¹⁹.

Permaneva tuttavia, anche nel codice di rito del 1913, l'impostazione securitaria che già traspariva nelle fonti precedenti. D'altra parte nemmeno era evoluta, quantomeno

pisca un innocente, e la celerità che deve avere il procedimento contro un arrestato in flagranza» (L. CASORATI, ***** in *Riv. pen.*, 1876, p. 182)

¹⁵ L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza*, cit., p. 17.

¹⁶ Art. 303 del codice del 1913.

¹⁷ Art. 306 del codice del 1913.

¹⁸ Art. 307 del codice del 1913.

¹⁹ Sul punto F. CORDERO, *Procedura Penale*, cit., 1060: «i dibattimenti su “citazione direttissima” presuppongono casi flagranti (artt. 290 sgg.)»; S. ALLEGREZZA, *I giudizi direttissimi fra codice e leggi speciali*, Torino, 2012, 5 rileva che «già col codice del 1913, però, all'aggettivo “diretta” corrisponde una citazione che introduce un rito sommario governato dal pubblico ministero, mentre solo la flagranza può sorreggere la “citazione direttissima”».

sul punto²⁰, la sensibilità degli interpreti coevi, se è vero che chi pure autorevolmente aveva sostenuto istanze garantiste rispetto alla tematica cautelare, in relazione all'arresto in flagranza affermava che tale istituto trovava il suo fondamento «piuttosto sulla funzione di sicurezza, che non sulla funzione di repressione o sulla funzione istruttoria, essendo di grande allarme sociale nel nostro costume il vedere commettere reati, senza la possibilità di una pronta repressione»²¹.

4. *L'arresto in flagranza dal Codice "Rocco" al Codice "Vassalli"*.

Istanze di maggior difesa sociale, a discapito della libertà personale, trovarono come noto accoglimento nel codice del 1930. Paradossalmente, però, a un ampliamento dei casi di cattura obbligatoria (artt. 235-236), corrispose un'apparente – almeno dal mero punto di vista “grafico” – riduzione dei presupposti per l'arresto obbligatorio in flagranza. Il limite per accedere legittimamente a tale forma di costrizione fu elevato, rispetto a quanto previsto dai codici del 1865 e del 1913: poteva infatti essere arrestato chi fosse colto nella flagrante commissione dei soli delitti puniti con la pena della reclusione superiore nel massimo ad un anno, salvo che non si trattasse di delitti contro la personalità dello stato o che il reo flagrante non appartenesse ad alcuna delle, tristemente note e ripetute, categorie “pericolose”: delinquente abituale, professionale o per tendenza, sottoposto a misura di sicurezza personale, ozioso, mendicante, senza fissa dimora, pregiudicato²².

L'arresto in flagranza era consentito per ogni delitto punito con la reclusione

²⁰ Il codice del 1913, infatti, si collocava – rispetto alla più ampia regolamentazione del sistema cautelare – in senso apertamente liberale. Movendosi nel solco tracciato dalla già citata l. 3183/1876, infatti, vennero mantenute una serie di limitazioni all'applicazione delle misure cautelari nei confronti dell'imputato, e resa al contrario obbligatoria l'adozione di misure coercitive meno gravose della custodia carceraria; ancora, venne introdotto l'istituto della scarcerazione per decorrenza dei termini custodiali. Sul punto, per una veloce ricognizione di quanto sin qui accennato, vd. C. FANUELE, *La libertà personale* (cit.), p. 212. Più approfonditamente, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato (voce)*, in *Enc. dir.*, 1974, p. 318; G.B. DE MAURO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Roma, 1915, pp. 210 e ss.; V. MANZINI, *Trattato di procedura penale italiana*, Torino, 1914, pp. 202 e ss.; A. MANASSERO, *La libertà personale dell'imputato nel sistema del diritto processuale*, Milano, 1925.

²¹ A. MANASSERO, *La libertà personale dell'imputato nel sistema del diritto processuale* (cit.), pp. 33 e ss.

²² Artt. 235-236 del codice del 1930.

superiore, nel massimo, a sei mesi di reclusione.

In tal caso, però, la valutazione sull'opportunità di procedere all'arresto era di fatto rimessa, in modo del tutto discrezionale, agli ufficiali e finanche agli agenti di polizia. Attraverso la previsione di cui all'art. 241, infatti, questi – al bivio fra cattura e libertà – dovevano esclusivamente «tener conto delle qualità morali e sociali della persona e delle circostanze del fatto»; sparivano, dunque, i riferimenti a possibili ragioni processuali che consigliassero la restrizione, e si apriva una “voragine” applicativa «assai utile per le esigenze applicative della dittatura»²³.

Fu rivisto, rispetto alla codificazione precedente, lo stesso concetto di flagranza.

L'art. 237 del codice del 1930, infatti, definiva flagrante «il reato che si commette attualmente» e in stato di flagranza: «chi viene colto nell'atto di commettere il reato»; «chi immediatamente dopo il reato è inseguito dalla forza pubblica, dall'offeso del reato o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce le quali facciano presumere che egli abbia commesso poco prima il reato».

Siffatta impostazione subirà, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, significative modifiche relative, soprattutto, ai presupposti applicativi della misura in esame e alle dinamiche conseguenti.

La l. 18 giugno 1955, n. 517, oltre ad incidere sulle soglie di pena il superamento delle quali era necessario per poter procedere all'arresto in flagranza (abbassandole), ebbe pure il merito di sostituire – in relazione alla definizione di “quasi-flagranza” – il verbo “presumere” con “apparire”, imponendo così il passaggio da una deduzione all'evidenza probatoria rispetto all'avvenuta commissione del reato e alla riconducibilità soggettiva dello stesso al catturando.

Venne inoltre eliminato il riferimento alle «qualità morali della persona» nell'art. 241.

La l. 12 agosto 1982, n. 532, introdusse il modello del “doppio provvedimento”: al decreto motivato di convalida, si aggiunse quello relativo alla definizione dello *status libertatis*.

Con la l. 27 luglio 1984, n. 397 venne ridisegnato l'istituto della convalida; la l. 5 agosto 1988, n. 330, impose che il decreto di convalida emesso dal pubblico ministero dovesse essere confermato, entro dieci giorni, dal giudice istruttore o dal

²³ Così L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza (cit.)*, p. 25. Sul punto, autorevolmente, G. AMATO, *Individuo e autorità (cit.)*, p. 272.

giudice del dibattimento.

Come attentamente rilevato in dottrina²⁴, tuttavia, nessuna di tali previsioni si occupò di chiarire, anche e soprattutto alla luce del mutato contesto ordinamentale, le finalità dell'istituto in esame, sempre – come visto – pericolosamente in bilico fra scopi esclusivamente repressivi e limitate tensioni di natura processuale.

5. La storia normativa del “giovane” fermo istruttorio.

Esaurito il percorso normativo, lungo oltre due secoli, culminato con la vigente regolamentazione dell'istituto dell'arresto in flagranza²⁵, si accennerà ora alla più recente e certamente meno tortuosa storia legislativa del fermo di indiziati di delitto.

Occorre una premessa metodologica, perché sono esistiti due istituti “omonimi” (e quasi coevi, dal punto di vista della relativa normazione) ma assai diversi per presupposti e, soprattutto, finalità: il fermo di polizia e il fermo processuale²⁶.

Il primo, già attuato come prassi illegale dalla polizia di sicurezza in clima estraneo a quello dello stato di diritto, fu introdotto dall'art. 158 r.d. 6 novembre 1926, n. 1848 e consentiva il fermo di chi «fuori dal suo comune, destasse sospetti per la sua condotta, o richieste non potessero o non volessero dare contezza di sé, ovvero fossero pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblica e la pubblica moralità». Tale norma fu recepita all'art. 157 T.u.l.p.s., e patì poi rilevanti interpolazioni, anche ad opera della Corte Costituzionale dopo la virata repubblicana.

L'oggetto della presente trattazione, tuttavia, è il c.d. fermo di polizia giudiziaria, o processuale, introdotto all'art. 238 del codice di procedura penale del 1930 e destinato a subire «cinque metamorfosi in quarantanove anni»²⁷.

²⁴ L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza* (cit.), p. 28.

²⁵ Della vigente normativa sull'arresto in flagranza, nella sua dimensione statica (presupposti applicativi) e dinamica (modalità applicative, procedure di convalida, sbocchi processuali e successione cautelare) si parlerà *infra*, Parte II, Capp. 1 e 3.

²⁶ Cfr., per una più ampia disamina degli istituti citati e in particolare della storia legislativa del fermo di polizia, G. BELLAVISTA, *Fermo di polizia* (voce), in *Enc. Dir.*, p. 213; sulle interazioni fra i due tipi di fermo, inoltre, cfr. P. MOSCARINI, *Il fermo di indiziati di delitto*, Milano, 1981, pp. 1-32-

²⁷ Così, testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 497. Cfr. anche P. MOSCARINI, *Il fermo di indiziati di delitto* (cit.), *passim*.

Nella prima formulazione, gli ufficiali e gli agenti di polizia fermavano²⁸, fuori dai casi di flagranza, coloro nei confronti dei quali esistessero gravi indizi della commissione di un reato per il quale fosse prevista la cattura obbligatoria e un fondato sospetto di fuga; trattenuti in custodia fino all'intervento dell'autorità giudiziaria, «immediatamente informata», i fermati avrebbero poi patito l'*iter* procedimentale previsto per gli arrestati in flagranza.

Il r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 45, regolò le fasi immediatamente successive al fermo introducendo l'art. 238 *bis*: il fermato, ospite della “camera di sicurezza” fino all'interrogatorio, avrebbe atteso la decisione – entro i 7 giorni successivi – da parte del Procuratore del Re nel carcere mandamentale, se possibile in cella d'isolamento. Il superamento del predetto termine, secondo l'art. 238 *bis*, non comportava decadenze ma era foriero di responsabilità disciplinari per magistrati e funzionari di polizia negligenti.

A sette anni di distanza dall'entrata in vigore della carta costituzionale, con l'art. 7 della l. 18 giugno 1955, n. 57, si adeguò la disciplina del fermo alle cadenze cronologiche previste dall'art. 13 Cost²⁹.

Così, l'ufficiale responsabile doveva informare immediatamente dell'avvenuto fermo il procuratore della Repubblica o il pretore, recandogli entro 48 ore il fermo e con esso la comunicazione dei motivi dell'arresto e l'esito delle sommarie indagini alla base dello stesso. Nelle successive 48 dovevano avvenire l'interrogatorio e la convalida; spirato tale termine, decadeva il fermo non convalidato. L'art. 238 quarto comma, tuttavia, consentiva una proroga del fermo fino al settimo giorno successivo. L'apice “garantista” è toccato dall'art. 6 della l. 5 dicembre 1969, n. 932, che elimina l'interrogatorio ad opera della polizia e la prorogabilità del fermo.

La c.d. “legislazione dell'emergenza”, però, riporterà l'istituto in esame nel baratro illiberale dal quale stava faticosamente tentando di emergere:

²⁸ Ancora F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 497: «“fermano” (verbo da cui traspare l'idea del cogliere qualcuno al volo)».

²⁹ L'influenza della Costituzione sul quadro ordinamentale, con particolare riferimento all'istituto del fermo, è oggetto di ampio sviluppo ad opera di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 223 e ss; ID., *Commento all'art. 13 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1977, pp. 6 e ss.; v. GREVI, *Libertà personale dell'imputato* (cit.), pp. 315 e ss.

- (i) con l'art. 7 della l. 14 ottobre 1974, n. 497, reintroduce l'interrogatorio di polizia;
- (ii) l'art. 3 della l. 22 maggio 1975, n. 152, abbassa la soglia edittale oltre la quale è possibile procedere al fermo (da una pena superiore nel minimo a cinque e nel massimo a dieci anni, si scende a una pena massima non inferiore a 6 anni); i «gravi indizi» diventano «sufficienti»;
- (iii) l'art. 7 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 624, contiene ulteriori modifiche peggiorative, fra cui l'eliminazione dell'avverbio «strettamente», con conseguente possibilità per gli ufficiali di trattenere i fermati per il tempo «necessario» alle prime indagini, e dell'«immediata notizia», degradata a semplice «notizia».

Capitolo 2.

La disciplina costituzionale delle limitazioni provvisorie della libertà personale.

1. Il contenuto precettivo dell'art. 13 Cost.

Si è già sostenuto, sulla scorta della ricostruzione degli interventi legislativi successivi al 1948³⁰, che l'avvento della Costituzione repubblicana ebbe un effetto tutto sommato modesto sulla configurazione normativa degli istituti dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto, nonché sull'indicazione delle finalità alle quali gli stessi dovevano informarsi.

Indubbio, ciò nonostante, l'impatto dovuto all'affermazione a livello costituzionale dell'inviolabilità della libertà personale e, per quanto qui di interesse, della regolamentazione delle limitazioni provvisorie alla stessa³¹.

³⁰ Cfr., *supra* §§ 1.4 e 1.5, e la nota 28.

³¹ Sull'esatta portata della disposizione costituzionale in esame, nonché per un'approfondita disamina del concetto stesso di "libertà personale" – inteso quale oggetto di tutela ad opera dell'art. 13 Cost. – cfr. A. PACE, *Libertà personale* (voce), in *Enc. Dir.*, 1974, *passim*. Secondo l'Autore, esistono due definizioni di libertà personale, rilevanti per l'art. 13 Cost.: una prima, «da identifica nella possibilità di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico, nei limiti e con l'osservanza degli obblighi posti dall'ordinamento» (tale orientamento è sostenuto, in un momento più risalente, da E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, p. 272; S. GALEOTTI, *La Libertà personale*, Milano, 1953, p. 10; Id., *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 859 e ss.); e l'altra, secondo cui essa consisterebbe nella disponibilità non solo fisica, ma anche psichica e morale, di sé stessi (riferibile, quest'ultimo orientamento, a P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. Cost.*, 1962, pp. 205 e ss.). Lo Stesso Autore, individua poi ulteriori due definizioni «intermedie»: illustra, *in primis*, la tesi espressa da L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, *passim* e ID., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e 25 della costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 938 e ss., secondo cui «le coazioni fisiche esercitabili legittimamente ex art. 13 sarebbero solo quelle strettamente rivolte all'attuazione delle finalità previste dagli artt. 25, 30 e 32 cost»; infine, espone la teoria espressa in A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 98 e ss., per cui «la tutela dell'art. 13 non avrebbe tanto ad oggetto la libertà fisica, bensì il libero sviluppo della persona umana». Sul punto, inoltre, vd. M. CHIAVARIO, *Libertà III) Libertà personale – dir. proc. pen.* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1 e ss.; A. CERRI, *Libertà II) Libertà personale – dir. cost.* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2007, p. 1.

Dopo la dichiarazione d'apertura, che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, l'art. 13 Cost. ne regola – al secondo comma – le restrizioni: «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o di perquisizione, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge».

Nell'intento dei Costituenti, dunque, se la “fisiologia” era rappresentata dal dogma dell'inviolabilità, la “patologia” (ovvero la sua limitazione) doveva – e deve tutt'oggi – trovare una chiara regolamentazione, espressa dalle riserve di giurisdizione (“l'atto motivato dall'autorità giudiziaria”) e di legge (“nei soli casi e modi previsti dalla legge”).

Il terzo comma, che nel bilancio della presente disamina ha una rilevanza preponderante, regola analiticamente le ipotesi in cui, in presenza di situazioni contingenti, non sia possibile, pur in presenza dei presupposti normativi esposti nello stesso articolo costituzionale, attendere l'intervento dell'“autorità giudiziaria” per incidere sullo *status libertatis*.

Così, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

Tale è, dunque, il fondamento costituzionale su cui poggia la disciplina codicistica sia dell'arresto in flagranza sia del fermo di indiziato di delitto.

Per comprendere – e tale è anche lo scopo del presente lavoro – se vi sia perfetta rispondenza fra i canoni offerti dall'art. 13 Cost. in tema di limitazioni provvisorie alla libertà personale (“eccezionalità”, “necessità”, “urgenza”, “tassatività”) e la loro trasposizione nel vigente codice di rito, si procederà ora all'analisi dei concetti espressi dalla fonte stessa.

2. “Quando e perché” della coercizione d'emergenza, ovvero il “vuoto dei fini”.

Le scansioni cronologiche di cui alla disposizione costituzionale in esame non sono foriere di particolari criticità: come vedremo, quando nel prosieguo si tratterà la

dinamica procedimentale degli istituti in esame³², la cadenza oraria “comunicazione all’autorità giudiziaria entro 48 ore dalla cattura + convalida della stessa nelle successive 48 ore” – sancita a pena di decadenza della misura in essere – è stata pienamente recepita dal combinato disposto degli artt. 386 e 390 c.p.p.

Più complessa, in mancanza di analogo chiarezza sul punto, l’individuazione dei presupposti e soprattutto della finalità delle limitazioni alla libertà personale di cui all’art. 13 comma 3 Cost.

Come sostenuto dalla miglior dottrina, infatti, «necessità ed urgenza sono concetti relativi, in quanto l’una e l’altra ci sono o non ci sono in relazione a certi fini od effetti che si vogliono (o non si vogliono) perseguire. Poiché, quindi, l’art. in esame, 3° comma, è collocato in un sistema di fini – quello costituzionale – che qualifica la necessità e l’urgenza di cui esso parla, non basta a legittimare una misura derogatoria il fatto che essa riflette una qualsivoglia situazione di necessità ed urgenza. I conti tornano se la misura risulta necessaria e urgente per fini previsti o comunque non esclusi dal sistema costituzionale»³³.

In tale limpido pensiero è riassumibile l’intera problematica del c.d. «vuoto dei fini»³⁴, che permea sin dalle sue origini (come visto) la tematica delle misure coercitive provvisorie di polizia.

Nel pensiero dottrinale risalente, in modo approssimativo, al decennio 1965 – 1975, epoca in cui emerse con forza la questione del “vuoto dei fini”, si fronteggiavano, sostanzialmente integrandosi, due correnti di pensiero.

Secondo una prima, la «necessità ed urgenza» previste dal comma dell’art. 13 Cost. quali requisiti delle forme di limitazione provvisorie di polizia della libertà personale identificano non già i presupposti idonei a motivare atti coercitivi, bensì quelli che giustificano la temporanea sostituzione degli organi di pubblica sicurezza a quelli giudiziari³⁵.

Tale impostazione, dunque, scindeva in modo piuttosto netto i presupposti della

³² Cfr. *infra* Parte II.

³³ G. AMATO, *Commento all’art. 13*, cit., p. 11.

³⁴ L’espressione è di L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 951.

³⁵ Così, R. GUARINIELLO, *Problemi costituzionali dell’arresto in flagranza*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1825.

coercizione provvisoria dalle sue finalità, affermando che la “necessità ed urgenza” di cui al terzo comma dell’art. 13 Cost. fossero requisiti tesi unicamente a legittimare non già la limitazione alla libertà personale, quanto piuttosto i soggetti autorizzati a porla in essere.

In altre parole, se il secondo comma dell’art. 13 consente la coercizione solo in forza di «atto motivato dell’autorità giudiziaria», l’esistenza di situazioni di fatto integranti il presupposto della «necessità ed urgenza» consentirebbe – di per sé sola – l’intervento “sostitutivo” degli organi di pubblica sicurezza, salva poi l’indefettibile convalida dell’avvenuta cattura ad opera dell’autorità giudiziaria.

Il secondo orientamento, espressione di un vero e proprio «movimento culturale», introdusse nella discussione una “variabile” ulteriore: le limitazioni alla libertà personale, consentite a norma dell’art. 13 Cost., vennero infatti poste in relazione con il «principio di non colpevolezza», di pari rango costituzionale rispetto alla tutela della libertà personale, perché a sua volta sancito dall’art. 27 comma 2 Cost.³⁶

Alla stregua di tale impostazione, qualora si ritenesse che l’arresto in flagranza e il

³⁶ Quali promotori di tale «movimento culturale», G. AMATO, *Commento all’art. 13 Cost.* (cit), p. 11, indica: G. D. PISAPIA – G. PECORELLA, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 76 e segg.; R. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. pen.*, 1970, pp. 185 e ss.; G. DE LUCA, *Principi costituzionali di libertà e istruzione formale*, in *Atti del Convegno Nazionale di studio su «I problemi dell’istruzione formale penale»*; V. GREVI, *Libertà personale dell’imputato* (cit.), p. 330. A tale illustre novero può e deve essere aggiunto G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, p. 31, secondo cui gli istituti dell’arresto in flagranza e del fermo, siccome regolati dal codice di rito 1930, contrastavano con la presunzione di cui all’art. 27 comma 2 Cost., trattandosi «di strumenti sanzionatori atipici, per cui il principio di legalità rimane formalmente rispettato, ma il conflitto con la presunzione di innocenza si direbbe inevitabile». Cfr., ancora, sul punto, ID., *Libertà provvisoria e carcerazione preventiva*, in AA. VV., *I problemi della istruzione formale penale*, Bologna, 1977, p. 164. Più di recente, sul punto, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, p. 293, che riferendosi alla disciplina delle misure in esame, afferma: «in primo luogo viene in considerazione l’art. 27 comma 2° Cost. (“l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”), posto che la presunzione d’innocenza (o comunque di non colpevolezza) ivi prevista e ribadita (in maniera più netta) dall’art. 6 n.2 della Convenzione europea e dall’art. 14 n. 2 del Patto internazionale non costituisce soltanto una regola di giudizio normativa che impone la dichiaratoria d’innocenza, ove non sia accertata la responsabilità dell’imputato, ma integra altresì un divieto di qualunque forma di restrizione della libertà personale, che possa apparire come anticipazione della pena».

fermo avessero, come unico scopo, quello di «assicurare tempestivamente il colpevole alla giustizia, dovremmo dire che esso, [così disciplinato] è incostituzionale. L'art. [13] in esame, infatti, non basterebbe a coprire una misura contrastante con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, presunzione che vieta di trattare l'imputato – e lo stesso indiziato – come se già se ne fosse accertata la colpa»³⁷.

La posizione era (e resta) chiara.

Se, come detto, i requisiti di “necessità e urgenza” – necessari perché l'autorità di pubblica sicurezza possa validamente subentrare, pur senza effetti duraturi, all'autorità giudiziaria nell'attività limitativa della libertà personale – sono da intendersi quali concetti relazionali, finalizzati al conseguimento di obiettivi che siano quantomeno non estranei, per non dire in contrasto, con quelli previsti dalla Costituzione; se non si trascura, in conseguenza di ciò, la portata precettiva dell'art. 27 Cost., nella parte in cui sancisce la presunzione di non colpevolezza; allora discende che l'unica lettura corretta, e possibile, dell'art. 13 comma 3 Cost. sia quella che esclude «la possibilità di adottare misure provvisorie di polizia per ragioni diverse da quelle che rendono legittima la restrizione della libertà personale nel corso del processo»³⁸, in uno con quella, riferibile al solo arresto in flagranza, di interrompere tempestivamente la consumazione del reato³⁹.

2.1. Il “vuoto dei fini” nella giurisprudenza della Corte Costituzionale pre-1988.

Tale tematica è stata affrontata, e diversamente non poteva essere, da numerose pronunce della Corte costituzionale, la quale, tuttavia, ha dimostrato, almeno sino a

³⁷ Ancora, G. AMATO, *Commento all'art. 13 Cost* (cit.), p. 11. *Contra*, però, due voci più risalenti rispetto all'Autore citato: U. DEL POZZO, *Libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, p. 75; E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 841 e ss., secondo cui la presunzione di non colpevolezza non opera in relazione ai provvedimenti provvisori (come il fermo e l'arresto) perché precedenti al formale inizio del processo.

³⁸ Così F. CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 407, nell'ambito di un commento ragionato della giurisprudenza costituzionale in tema di arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto.

³⁹ In tal senso anche D. MANZIONE, *Arresto* (voce), in *Dig. disc. pen.*, 1992, p. 471.

tempi assai recenti, una certa “insensibilità” rispetto alla questione, autorevolmente denunciata in dottrina, del “vuoto dei fini”.

Chiamata infatti a pronunciarsi sulla conformità dello sviluppo codicistico delle nozioni di “necessità”, “urgenza”, “eccezionalità” e “tassatività” in relazione alle misure di polizia provvisoriamente limitative della libertà personale, la Corte «si è rifugiata in letture stereotipe e poco incisive dell’art. 13 comma 3 Cost., eludendo colpevolmente [...] il problema centrale delle finalità che le misure precautelari possono lecitamente perseguire»⁴⁰.

La più risalente decisione in materia era stata sollecitata dal Pretore di Imola, il quale riteneva incostituzionale la disciplina dell’arresto facoltativo in flagranza, perché in contrasto con l’art. 13 comma 3 Cost..

Difettava, secondo il giudice *a quo*, il «carattere della eccezionalità, essendo la flagranza e la quasi flagranza fatti tutt’altro che infrequenti nella pratica; e la facoltà di arresto ai sensi della norma impugnata non muoverebbe da una assoluta esigenza di applicazione immediata di provvedimenti restrittivi, come sarebbe invece se tale facoltà fosse limitata ai soli casi, per esempio, di pericolo di fuga dell’imputato o di sottrazione dei corpi di reato»⁴¹.

Rispetto a tali doglianze la Corte decideva pilatescamente, dichiarando inammissibile la questione in ragione dell’intervenuto mutamento dello *status libertatis* dell’arrestato, posto in regime di libertà provvisoria dallo stesso giudice rimettente, nelle more della decisione *de legitimitate legis*⁴².

Tale statuizione, come attentamente notato in dottrina, aveva avuto un effetto disincentivante su possibili futuri analoghi ricorsi, posto che la Corte aveva

⁴⁰ Ancora F. CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione precautelare* (cit.), p. 409.

⁴¹ L’ordinanza di remissione, Pret. Imola, 10 febbraio 1964, Linari, è edita su Riv. it. dir. proc. pen. 1964, p. 1183, commentata da G. ABBAMONTE, *Arresto in flagranza e garanzie costituzionali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1964, p. 1183.

⁴² Corte cost. (sent.) 12 marzo 1965, 13. L’impostazione espressa in tale decisione, peraltro, venne successivamente smentita da Corte cost. (sent.) 14 luglio 1971, n. 173, secondo cui: «la posizione di chi venga scarcerato perché ingiustamente detenuto è ben diversa da quella di chi abbia ottenuto il “beneficio” della libertà provvisoria [...], la quale presuppone ovviamente l’osservanza e la retta applicazione delle norme che regolano l’arresto, demandato all’autorità di pubblica sicurezza, e il sindacato del giudice sull’operato di questa».

implicitamente affermato che solo la protrazione della detenzione dell'arrestato avrebbe determinato l'ammissibilità della questione proposta, con il paradossale effetto – per il catturato – di vedersi eventualmente riconoscere ragione solo dopo molti mesi di custodia⁴³.

Coevi agli interventi dottrinali più sopra citati sono, inoltre, due arresti con cui il giudice delle leggi dichiarava manifestamente infondate le questioni relative alla ritenuta incostituzionalità della disciplina, vigente all'epoca, dell'arresto facoltativo (art. 236 c.p.p. 1930) e dell'arresto obbligatorio in flagranza di reato (art. 236 c.p.p.).

In particolare, nella prima decisione⁴⁴ la Corte, valorizzando significativamente il ruolo – negli istituti in esame – dell'autorità di pubblica sicurezza procedente, ebbe modo *in primis* di sostenere che «gli estremi della necessità e dell'urgenza, affidati al prudente apprezzamento degli organi di polizia, nell'esercizio della loro funzione di pubblica sicurezza - vale a dire della loro essenziale funzione di istituto – vanno visti sia in relazione alle esigenze dell'acquisizione e della conservazione delle prove, sia, soprattutto, alle qualità morali del soggetto attivo, cioè, più in generale, agli elementi subiettivi ed obiettivi indicati dall'art. 133 cod. pen.»

In buona sostanza, come dichiarato dalla Corte stessa, l'eccezionalità era un elemento connaturato all'intervento della polizia («*in re ipsa*»), che provvedeva «in sostituzione dell'autorità giudiziaria».

Per quanto riguarda il requisito della “tassatività”, inoltre, la Corte considerava bastante la disciplina in vigore, che consentiva l'arresto in relazione all' «entità della pena del delitto o la natura della contravvenzione e prende in considerazione i precedenti del soggetto attivo (delinquente abituale, professionale o per tendenza; recidivo qualificato; sottoposto a misura di sicurezza detentiva) o la sua residenza all'estero».

Di poco successiva è la decisione con cui la Corte “salvava” la disciplina dell'arresto

⁴³ M. GALIZIA, *Libertà provvisoria e rilevanza. A proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 236 c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 134

⁴⁴ Corte cost. (sent.) 14 luglio 1971, n. 173, annotata da R. GUARINIELLO, *Problemi costituzionali dell'arresto in flagranza*, (cit.).

obbligatorio in flagranza⁴⁵, sostanzialmente richiamandosi agli stessi argomenti già offerti a difesa dell'omologo facoltativo e aggiungendo che la tassatività era rispettata perché «l'entità della pena, e correlativamente l'identificazione dei reati, ai fini dell'arresto sono predeterminati per legge»; altrettanto e sufficientemente tipizzati, per la Corte, le condizioni di necessità e urgenza, «essendo ancor più circoscritta [rispetto ai casi di cattura facoltativa] la valutazione» degli operanti, che in tal caso non dovendo questi *ex lege* considerare le qualità morali dell'arrestando.

Sulla scorta ideologica di tali sentenze – e quindi di fatto assentendo al contegno omissivo del legislatore che, sordo ai rilievi della miglior dottrina, evadeva la richiesta di indicare, a livello di legge ordinaria, le finalità cui informare i provvedimenti provvisoriamente limitativi della libertà personale – si posero quelle decisioni che dichiararono conformi all'art. 13 Cost. comma 3 l'arresto obbligatorio del contravventore all'ordine di rimpatrio con foglio di via⁴⁶; l'arresto facoltativo, anche fuori dai casi di flagranza, del contravventore agli obblighi di vigilanza speciale⁴⁷;

⁴⁵ Corte cost. (sent.) 19 gennaio 1972, n. 3, con nota parzialmente adesiva di M. SCAPARONE, *Sulla legittimazione costituzionale dell'arresto in flagranza*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 11. Concordando parzialmente con le tesi sostenute dalla Corte, fors'anche assumendo posizioni se possibile meno garantiste, l'Autore afferma: «si ritiene “che una esigenza generale, immediata, di esemplarità sociale, impone, in caso di flagranza, la restrizione della libertà personale dell'autore del reato...per calmare lo stato di allarme che nell'ambito più vicino alla commissione del fatto illecito punibile si determina necessariamente, in misura più o meno intensa”. Che questa esigenza di pronta e quindi più esemplare repressione del reato costituisca la reale motivazione della previsione dell'arresto in flagranza è confermato dal fatto, ben noto, che gli artt. 235 e 236 c.p.p. consentono agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria di operare, e l'art. 243 c.p.p. consente al procura della Repubblica e al pretore di ordinare di ordinare l'arresto in flagranza anche in casi nei quali gli artt. 253 e 254 c.p.p. non ammettono l'emaneazione dell'ordine o mandato di cattura».

⁴⁶ Corte cost. (sent.) 15 luglio 1975, n. 211: «in ordine all'art. 13 Cost., l'ordinanza di rimessione ne assume la violazione per difetto del requisito, nella disposizione censurata, della tassatività richiesta dal precetto costituzionale. Ciò che non é, perché gli elementi della certezza e dell'inequivocità, che, per il pretore di Torino, sono insiti nel concetto di tassatività, risultano presenti proprio per il fatto che le circostanze per le quali l'arresto, ai sensi dell'art. 220 del testo unico, é obbligatorio, sono precisate nell'art. 2 della legge n. 1423 del 1956 (il cui contrasto con l'art. 13, oltreché con l'art. 3 Cost., é stato escluso con sentenza n. 32 del 1969 di questa Corte)».

⁴⁷ Corte cost. (sent.) 20 aprile 1977, n. 64: «per quanto, in primo luogo, attiene al requisito della tassatività, questa Corte ha già affermato che gli elementi della certezza e della inequivocità, insiti nel

l'arresto facoltativo del possessore ingiustificato di armi improprie⁴⁸.

Ancora, e calcando sulla pericolosità soggettiva dell'arrestando, nonché sulla tutela dalla pubblica incolumità, la Corte aveva dichiarato infondata la questione relativa alla ritenuta incostituzionalità dell'arresto facoltativo di chi fosse colto nella flagranza della contravvenzione di cui all'art. 688 c.p.p.: «l'arresto in flagranza dell'individuo colto in condizioni di manifesta ubriachezza è una misura di pubblica cautela che può anche salvare l'incolumità dello stesso arrestato e metterlo al riparo da eventuali responsabilità penali e civili [...] l'ebrietà può determinare, nei termini dell'art. 236, ultimo comma, cod. proc. pen., la necessità e l'urgenza di un intervento dell'autorità di pubblica sicurezza, intervento che è previsto dalla legge con l'autorizzazione all'arresto in flagranza»⁴⁹.

Infine, per concludere tale rapido *excursus* nella giurisprudenza costituzionale maturata nel vigore del codice 1930, si ritiene opportuno soffermarsi su due decisioni parzialmente discoste dall'impostazione preminente, e tese ad alleviarne i rigorismi.

Venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 220 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza nella parte in cui imponeva l'arresto in flagranza di chi contravenisse al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico o aperto al pubblico⁵⁰.

concetto di tassatività, devono ritenersi sussistenti quando la norma precisi le circostanze ricorrendo le quali l'arresto é consentito [...] Ricorre, poi, indiscutibilmente, nella specie, anche l'estremo della "eccezionalità": che [...] non può ritenersi contraddetto dalla frequenza e prevedibilità dei fatti di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, non essendo – il significato del termine "eccezionale" – legato alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria. [...]

⁴⁸ Corte cost. (sent.) 29 aprile 1982, n. 79: « nel caso di specie il rispetto del requisito della tassatività risulta dal contenuto della norma censurata [art. 4 legge 18 aprile 1975, n. 110 (nuove norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi) in combinato con l'art. 236 c.p.p. 1930], che dà rilievo al porto dello strumento "fuori dell'abitazione o delle appartenenze di essa", alla mancanza di giustificato motivo, alla chiara utilizzazione per l'offesa in relazione alle circostanze di tempo e di luogo. »

⁴⁹ Corte cost. (sent.) 6 luglio 1972, n. 126.

⁵⁰ Corte cost. (sent.) 20 marzo 1970, n. 39, commentata in modo adesivo da P. FERRUA, *Illegittimità dell'arresto di persone mascherate*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 472. Per quanto qui di maggior interesse, si sotto-

I giudici remittenti avevano sollevato la questione così risolta sotto un duplice aspetto: premesso che la limitazione provvisoria della libertà personale trovava, nel caso di specie, applicazione in relazione a una contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda, il Pretore di Roma rilevava come «con tale precetto, si sarebbe consentita all'autorità di pubblica sicurezza l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale soltanto nei casi di necessità ed urgenza tassativamente stabiliti dalla legge e che non potrebbe, comunque, esserle attribuito il potere di procedere all'arresto, allorquando non sia prevista per il reato una sanzione detentiva»; il Pretore di Sampierdarena, inoltre, affermava che «ragioni di prevenzione e sicurezza sociale non sussisterebbero, oltre che per argomenti analoghi a quelli contenuti nelle precedenti ordinanze, anche per lo sproporzionato rigore dell'arresto in flagranza rispetto alla sanzione comminata in astratto: il che violerebbe, altresì, il principio della funzione rieducativa della pena. E l'arresto in flagranza, non essendo neppure giustificato dall'interesse dell'identificazione del reo, per la quale sono predisposte altre norme, si risolverebbe in una sanzione amministrativa insindacabile».

La Corte aderiva alle riportate doglianze.

«La questione, così come è stata proposta, è fondata: la norma, prevedendo l'arresto obbligatorio di chi, tutto al più, sarà passibile della pena dell'ammenda, viola l'art. 3 della Costituzione».

Per quanto la Corte accolga la questione in relazione non all'art. 13, ma all'art. 3 Cost., essendo la previsione speciale *de qua* illegittimamente derogatoria rispetto al *minimum* edittale fissato dal codice di rito per l'applicazione dell'arresto in flagranza, il “combinato disposto” formato dalle osservazioni dei rimettenti e dal telegrafico

linea un passaggio di ampio respiro, in cui l'Autore ricostruisce da par suo il rapporto fra le limitazioni provvisorie alla libertà personale e la presunzione di non colpevolezza: «non è ovviamente questa la sede per affrontare il complesso problema delle finalità della carcerazione preventiva, ma si può affermare che, se una certa qual presunzione di colpevolezza sta in misura maggiore o minore alla base di ogni restrizione della libertà personale dell'imputato, l'art. 27 Cost. agisce sull'art. 13 Cost. quanto meno in senso negativo; e cioè nel senso di imporre, tra le varie finalità cui può in linea di principio essere preordinata la custodia preventiva (difesa sociale, anticipazione della pena, esigenze processuali di carattere probatorio), la scelta di quella che in minor grado contenga l'identificazione dell'imputato col colpevole.»

decisum della Corte, consente di affermare che in tale decisione – forse per la prima volta – viene riconosciuta, pur se incidentalmente, anche da parte della giurisprudenza, la necessità che la misura coercitiva provvisoria di polizia sia sorretta da una finalità processuale.

Il difetto – sussistente nel caso di specie perché l'arresto previsto dall'art. 220 tuips, nella ricostruzione dei rimettenti parzialmente accolta dalla Corte, non era necessario all'individuazione del reo, e soprattutto appariva misura spropositata in relazione alle conseguenze definitive della violazione, invero assai modeste perché si risolvevano in una pena esclusivamente pecuniaria – è sanzionato dalla comminatoria d'incostituzionalità.

La seconda decisione in commento⁵¹, mantenendo sostanzialmente tale impostazione, dopo aver ritenuto «contraria ad ogni criterio di ragionevolezza, qualunque sia l'entità della pena pecuniaria irrogabile [...], la previsione di una carcerazione preventiva a carico di un imputato nei cui confronti la pena detentiva non potrà trovare esecuzione in alcun modo e in alcuna forma», ed aver altresì affermato che, in relazione alla norma in esame, «l'arresto obbligatorio e il divieto di scarcerazione si risolvono in un mezzo di pressione esercitato sulla persona fisica dell'imputato all'unico fine di costringerlo all'esborso anticipato di una somma che, in caso di condanna a pena pecuniaria, non potrebbe mai essere ottenuta dallo Stato utilizzando nella fase dell'esecuzione analoghi strumenti di coercizione fisica», dichiarava l'incostituzionalità della disposizione che consentiva la liberazione su cauzione dello straniero arrestato in flagranza per il reato di contrabbando.

2.2. Il “vuoto” colmato.

L'entrata in vigore del nuovo codice di rito, che prevedeva una sostanziosa rivisitazione degli istituti del fermo e dell'arresto in flagranza, in uno con le sorti non particolarmente fauste delle questioni legittimità costituzionale proposte nel vigore del codice abrogato, determinò un freno sulle pronunce della Corte in tema di conformità dei presupposti delle rinnovate misure provvisorie di polizia limitative della libertà personale.

⁵¹ Corte cost. (sent.), 1 luglio 1983, n. 215.

Non che, come segnalato in dottrina⁵², ne mancassero le ragioni.

Anche il Legislatore del 1988, infatti, ha omesso – nella trasposizione codicistica dell'art. 13 comma 3 Cost. – qualunque riferimento alle finalità degli istituti in esame.

Ha mantenuto l'impostazione per la quale l'unico discrimine fra l'obbligatorietà e la facoltatività dell'arresto è da individuarsi nella maggiore o minor gravità, parametrata ovviamente sulla previsione edittale, dei reati commessi dal colto in flagranza; inoltre i parametri di «gravità del fatto» e «pericolosità del soggetto», la cui valutazione è riservata agli operanti per procedere all'arresto in flagranza, risultano «tuttora funzionalmente ambigui»⁵³.

Pur in un contesto giurisdizionale non particolarmente florido, dunque, la Corte Costituzionale ebbe modo di emettere una pronuncia interessante nella seconda metà degli anni novanta: diretta genitrice, come vedremo a breve, della nota sentenza n. 223/2004, che ha il merito di “colmare” il «vuoto dei fini» denunciato, in relazione agli istituti dell'arresto e del fermo, dalla miglior dottrina.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 189 comma 6 del d.l. 30 aprile 1992, n. 85 (codice della strada), che permetteva l'arresto del conducente che, in conseguenza di incidente stradale con danni alle persone ricollegabili al suo comportamento, si fosse dato alla fuga senza ottemperare all'obbligo di fermarsi), la Corte aveva affermato – nell'ambito di una pronuncia interpretativa di rigetto – che la «misura precautelare provvisoria facoltativa» sottoposta al suo vaglio avrebbe potuto «essere adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile»⁵⁴.

Con la decisione in commento, dunque, la Corte per un verso amplia ulteriormente la potestà valutativa degli ufficiali e degli agenti operanti, chiamati addirittura a compiere, nell'immediatezza del fatto – e magari all'esito di un inseguimento – una prognosi sulla futura applicabilità, nei confronti dell'arrestando, di una misura cautelare (onere ulteriore per gli operanti, di non facile adempimento); per altro certifica il ruolo servente delle misure di polizia provvisoriamente limitative della

⁵² F. CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione cautelare* (cit.), pp. 407 e ss.

⁵³ Ancora, F. CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione cautelare* (cit.), pp. 407 e ss.

⁵⁴ Corte Cost. (sent.) 24 luglio 1996, n. 305.

libertà personale rispetto all'irroganda misura cautelare.

Ma vi è di più: l'applicazione futura, nei confronti del catturando, di una misura cautelare ad opera dell'autorità giudiziaria diventa, nella ricostruzione sviluppata dalla Corte, una preconditione per procedere all'arresto in flagranza o al fermo di indiziato di delitto.

E tale ultimo riferimento al fermo non appare peregrino sol considerando che un'ulteriore sentenza della Corte, assai rilevante rispetto al rapporto fra misure cautelari e le «precautele» e allineata in modo netto al *new deal* felicemente inaugurato dalla sent. 305/1996, aveva imposto l'estensione all'arrestato e al fermato della riparazione per ingiusta detenzione; istituto in origine previsto solo per chi avesse patito un ingiustificato periodo di custodia cautelare in carcere.

Sostenevano in particolare i remittenti l'esistenza di una violazione sia in relazione all'art. 3 Cost., «per il trattamento ingiustificatamente discriminatorio riservato alla persona sottoposta a misura precautelare rispetto a quella soggetta a misura cautelare, posto che la detenzione in carcere è comune ad entrambe le misure»; sia rispetto all'art. 13 Cost., «perché la libertà personale “se violata, dovrebbe essere comunque ristorata”: e non vi è dubbio, secondo il giudice *a quo*, che dalla disposizione censurata discende la impossibilità di ristorare la privazione della libertà personale subita sulla base di una misura precautelare».

La Corte, quindi, ebbe buon gioco ad affermare che malgrado «la provvisorietà, che contraddistingue i poteri di intervento del pubblico ministero e della polizia giudiziaria sulla libertà personale, [sia] valsa ad attribuire all'arresto e al fermo la denominazione di “precautele”, é indubitabile, almeno sul piano degli effetti, la loro natura custodiale» e ancora, che «l'esigenza di una piena equiparazione delle “precautele” alle misure detentive è d'altronde comprovata dall'art. 297, comma 1, c.p.p. il quale prevede che “gli effetti della custodia cautelare decorrono dal momento della cattura, dell'arresto o del fermo”»⁵⁵.

Più di recente, infine, la Corte costituzionale, ulteriormente sviluppando gli

⁵⁵ Corte cost. (sent) 2 aprile 1999, n. 109, adesivamente annotata da B. GIORS, *Misure cautelari e riparazione per detenzione ingiusta o illegittima: una sentenza “additiva” riparatrice di una grave lacuna legislativa*, in *Leg. Pen.*, 1999, p. 677; C. SANTORIELLO, *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 961.

argomenti sin qui esposti, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14 comma 5-*quinquies* del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 86 (t.u. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d'ora in avanti t.u. immigrazione).

L'importanza, nell'economia del presente lavoro, dei concetti sviluppati dalla Corte nell'ambito di tale noto arresto⁵⁶, ne richiede un approfondimento.

La norma oggetto di scrutinio di costituzionalità imponeva l'arresto dello straniero che fosse colto nella flagrante commissione della contravvenzione prevista all'art 14 comma 5-*ter* t.u. immigrazione, che a sua volta sanzionava la condotta dello straniero che si fosse trattenuto senza giustificato motivo sul suolo dello Stato, per di più inosservante (lo screanzato) dell'ordine di espatrio del questore entro 5 giorni dall'emanazione dello stesso.

La contravvenzione in questione era punita con l'arresto da sei mesi a un anno.

Osservavano dunque – condivisibilmente – i remittenti, tutti giudici impegnati nella convalida di arresti di stranieri “inottemperanti al foglio di via” – che la predetta *species* di arresto contrastava, *in primis*, con il principio di eguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sia perché l'arresto obbligatorio è previsto, nella sua formulazione codicistica, solo per fattispecie «delittuose particolarmente gravi, che “denotano spiccatissima pericolosità sociale”, mentre il reato in oggetto ha natura solo contravvenzionale ed appare di modesta gravità»; sia perché lo stesso t.u. immigrazione consentiva l'arresto solo facoltativo nei confronti di chi fosse colto nella flagranza della fattispecie contravvenzionale, punita con la stessa sanzione edittale, che sanzionava la condotta dello straniero che, pure effettivamente espulso, faceva rientro in Italia senza autorizzazione speciale, in Italia.

Un'ulteriore censura era mossa in relazione alla ritenuta violazione dell'art. 13 comma 3 Cost., «non integrando [la disciplina rimessa al giudizio della Corte] gli estremi dei “casi eccezionali di necessità e urgenza” che possono legittimare l'adozione, da parte dell'autorità amministrativa” di provvedimenti provvisori incidenti sullo *status libertatis*; in particolare perché l'arresto in flagranza è previsto

⁵⁶ Il riferimento è a Corte cost. (sent.) 15 luglio 2004, n. 203, edita con nota pienamente adesiva di S. ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4707.

solo in relazione a fattispecie per le quali il giudice può, all'esito del giudizio di convalida, applicare una misura cautelare, il provvedimento restrittivo della libertà personale risulta "privo di senso laddove sia esclusa *ab origine* la possibilità di applicare una misura cautelare in sede di convalida».

Proseguiva poi condivisibilmente il giudice *a quo*: «dal momento che nessuna disposizione consente al giudice di adottare una misura cautelare in relazione alla fattispecie in esame, l'arresto operato dalla polizia giudiziaria "è destinato per sua stessa natura a sfociare immediatamente nella liberazione dell'arrestato. In realtà tale provvedimento dovrebbe essere adottato ancor prima dallo stesso pubblico ministero, che ai sensi dell'art. 121 disp. att. c.p.p. ha l'obbligo, non appena informato dell'arresto, di porre immediatamente in libertà l'arrestato, quando ritiene di non dover chiedere l'applicazione di misure coercitive, posto che tale disposizione è operante "*a fortiori* nelle ipotesi in cui l'applicazione delle misure cautelari sia vietata *ex lege*, a prescindere da ogni valutazione discrezionale del pubblico ministero».

Il remittente individuava ulteriori due profili d'incostituzionalità della disciplina in esame, sempre riferiti alla ritenuta violazione dell'art. 13 comma 3 c.p.p.: non poteva rilevare la circostanza che l'avvenuto arresto rappresentasse il viatico per l'instaurazione del rito direttissimo, posto che tale rito contratto «non richiede necessariamente lo stato di detenzione dell'imputato, ma "presuppone semmai una situazione di particolare evidenza della prova"; inoltre rilevava come la forma di arresto in esame non costituisse nemmeno una *facility* per l'espulsione, spesso impossibile in ragione di difficoltà operative quali la mancata identificazione o la mancanza di un vettore disponibile, e come tale risultasse «privo di qualsiasi utilità, [né] giustificato da alcuna ragione di necessità e di urgenza».

Veniva infine segnalato, per quanto qui di interesse, un possibile contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost. «in quanto l'arresto, non avendo funzione "precautelare", né essendo comunque utile per le indagini o per l'esecuzione della pena, assumerebbe i connotati di "un provvedimento restrittivo dal contenuto sostanzialmente sanzionatorio».

Dopo una veloce ricognizione della normativa codicistica in tema di condizioni

legittimanti l'adozione, *ab initio*, delle misure cautelari custodiali⁵⁷, e dopo aver avuto cura di ricordare che l'art. 391, comma 5, c.p.p. consente l'applicazione di una misura coercitiva al di fuori dei predetti limiti di pena, ma limitatamente ai soli delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, o per i quali è consentito l'arresto anche fuori dai casi di flagranza (premesse sistematiche essenziali alla ricostruzione poi adottata), la Corte accoglieva le proposte doglianze strutturando un percorso argomentativo denso di innovazioni concettuali di ampio respiro.

Poiché, si legge, «la norma censurata prevede l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, per di più sanzionato con una pena detentiva, l'arresto da sei mesi a un anno, di gran lunga inferiore a quella per cui il codice ammette la possibilità di disporre misure coercitive», e visto che «per tale reato la legge preclude di disporre la custodia cautelare in carcere e, più in generale, qualsiasi misura coercitiva», allora «l'arresto obbligatorio previsto dall'art. 14, comma 5-quinquies, è [da considerare, secondo la Corte] privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a se stessa, che non potrà mai trasformarsi nella custodia cautelare in carcere, né in qualsiasi altra misura coercitiva, e non trova alcuna copertura costituzionale»

Si afferma dunque a chiare lettere «da natura servente [delle misure provvisorie di cui all'art. 13, comma 3, Cost.] rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione»; e di tali esigenze viene pure abbozzata una classificazione, indicando «in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria.»

Quando, insomma, «non sia dato riscontrare alcun rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale e il procedimento penale avente ad oggetto il reato per cui è stato disposto l'arresto obbligatorio in

⁵⁷ Prevede l'art. 280 c.p.p. che le misure cautelari coercitive possono essere applicati per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo, o della reclusione superiore nel massimo a tre anni; per la sola misura della custodia cautelare, non inferiore nel massimo a cinque anni. Giova precisare che tale ultimo limite è stato recente innalzato (da quattro a cinque anni) dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78 convertito con l. 9 agosto 2013, n. 94, restringendo dunque il campo d'applicazione della più gravosa forma di coercizione cautelare.

flagranza, viene meno la giustificazione costituzionale della restrizione della libertà disposta dall'autorità di polizia».

E conclude: «pertanto la misura “precautelare” prevista dall'art. 14, comma 5-quinquies, del decreto legislativo n. 286 del 1998, non essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, si risolve in una limitazione ‘provvisoria’ della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole».

Con oltre quarant'anni di ritardo, la citata decisione ha il merito di allineare la disciplina delle misure di polizia provvisoria limitative della libertà personale alle posizioni assunte dalla miglior dottrina che, come visto⁵⁸, aveva preconizzato la necessità di intendere tali misure in senso esclusivamente funzionale al perseguimento di finalità processuali, tutelate e regolate – come pure accade per la libertà personale – a livello costituzionale.

3. Precautele: possiamo (finalmente) definirle tali?

Pur all'esito di un ampio percorso, la Corte Costituzionale è quindi giunta a colmare, almeno a livello teorico e di principio, il “vuoto dei fini” lamentato in relazione alle misure che trovano una copertura nell'art. 13 comma 3 Cost.

Resta ora da definire, facendo tesoro proprio degli approdi raggiunti dalla Corte, quale sia la più consona collocazione sistematica degli istituti in esame.

La questione, non meramente definitoria o tassonomica, pone a un bivio l'interprete che sia chiamato a stabilire se l'arresto in flagranza e il fermo di indiziato di delitto siano da considerare istituti di natura servente rispetto alla successiva applicazione di una misura cautelare, in tal senso valorizzando la natura “precautelare” (o “subcautelare”) degli stessi, o se – al contrario – vadano intesi come atti propri degli organi investigativi, quindi slegati, o quantomeno slegabili, da ogni possibile futuro sbocco cautelare.

La “teoria precautelare” risulta sostenuta dall'esame della giurisprudenza costituzionale sin qui citata, o quantomeno degli arresti più recenti.

Non mancano però in dottrina autorevoli voci dissenzienti, che valorizzano – fra l'altro – la collocazione codicistica degli istituti in esame.

⁵⁸ Cfr., *supra*, §2.

È noto, e comunque il punto sarà approfondito nel prosieguo⁵⁹, che l'arresto in flagranza e il fermo di indiziato di delitto sono regolamentati – nel vigente codice di rito – dagli artt. 380 – 384 c.p.p., posti nel titolo VI del libro V, relativo alle indagini e all'udienza preliminare.

V'è insomma una divisione con il mondo cautelare, cui è dedicato l'intero libro III: una «netta separazione concettuale [così è definita da chi la apprezza] realizzata con il nuovo codice tra i provvedimenti cautelari e quelli di arresto e fermo, nell'intento di svincolare i primi da ogni riferimento all'attività probatoria o di indagine.»⁶⁰

A sostegno di tale impostazione, fatta peraltro propria – almeno dal punto di vista “grafico” – dal codice del 1988, v'è l'idea per cui «la normativa che regola le precautele [...] non sembra riferirsi a presupposti assimilabili a quelli delle misure cautelari, non avendo finalità probatoria, né preventiva»⁶¹.

Gli assertori della teoria “separatista”, in buona sostanza, evidenziano sia il rischio che un'eccessiva anticipazione del modello cautelare, e con esso la necessaria applicazione dei suoi presupposti, cioè i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari, vanificherebbe in modo radicale il senso delle misure in esame, al contrario connotate da una «essenziale immediatezza», intesa come «percezione istantanea dei fatti»; sia, rispetto ai soggetti abilitati a porli in essere, «che arresto e fermo sono atti propri degli organi investigativi»⁶².

Una lettura costituzionalmente orientata della disciplina degli istituti in esame, non può tuttavia consentire siffatta impostazione; gli argomenti a sostegno di ciò, e principalmente la necessità di coordinare il disposto dell'art. 13 comma 3 Cost. con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost., sono stati oggetto di ampia trattazione *supra*.

Di seguito alcune ulteriori considerazioni a sostegno di siffatta impostazione.

L'attuale collocazione codicistica degli stessi, infatti, è per lo più considerata

⁵⁹ *Infra*, Parte II, Capp. 1 e 3.

⁶⁰ G. SPANGHER, *Sui rapporti tra l'audizione dell'arrestato ai sensi dell'art. 391 comma 3 c.p.p. e l'interrogatorio della persona in custodia ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 242.

⁶¹ Di tale impostazione dà conto R. BONSIGNORI, *Arresto e Fermo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2006, p. 1.

⁶² Ancora R. BONSIGNORI, *Arresto e Fermo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2006, p. 1.

un'infelice scelta del legislatore delegato: «nuoce al sistema aver separato istituti omogenei. Nessun dubbio che lo siano: nello spazio processuale occupano segmenti contigui, spesso precedendo l'imputazione, sebbene niente escluda un fermo del già imputato o addirittura *vocatus in iudicium*; e quel che più conta, hanno l'identica funzione»⁶³.

La natura strumentale degli istituti in esame rispetto alle misure cautelari è affermata in modo netto dalla miglior dottrina, secondo la quale «il codice di procedura penale prevede delle misure restrittive della libertà personale che costituiscono sostanzialmente un'anticipazione delle misure cautelari disposte dal giudice e che, per questa ragione, possono definirsi misure precautelari»⁶⁴.

Arresto in flagranza e fermo sono anche definite come forme di «coercizione provvisoria»; con tale «att[i] coercitiv[i]», nascenti da «poteri extragiurisdizionali, pubblico ministero o polizia operano una *manus iniectio* soggetta a convalida, in tempi esigui, scanditi da tre termini perentori [...] così le due subcautele entrano nel sistema»⁶⁵.

«Le misure di assicurazione a carattere personale»⁶⁶, secondo tale impostazione, rappresentano quindi il preludio alle restrizioni coattive sulla persona che siano eventualmente poi richieste dal pubblico ministero e disposte dal giudice.

L'*adprehensio rei* da parte delle forze di polizia dev'essere quindi finalizzata, in maniera preponderante, a rendere possibile l'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi "eccezionali" e "urgenti" in cui attendere quest'ultima pregiudicherebbe i fini avuti di mira dalla Costituzione nel consentire, fisiologicamente, la limitazione della libertà personale.

E ciò è ricavabile, ancora una volta, proprio da una corretta interpretazione dei

⁶³ Così, testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 488. Sulla stessa scia si pone, pur in modo meno esplicito, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, (cit.), p. 293, che tratta unitariamente "misure precautelari e misure cautelari".

⁶⁴ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale* (cit.), p. 294.

⁶⁵ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 1990, p. 426. Lo stesso Autore, ID., *Procedura penale* (cit.), p. 488, afferma: «Chiamiamole [arresto in flagranza e fermo] dunque subcautele: preludono all'eventuale misura disposta dal giudice; e ne garantiscono l'esecuzione»

⁶⁶ Così le misure in esame sono definite da S. ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio* (cit.), p. 4701 in una felice sintesi del miglior pensiero dottrinale sul punto.

concetti di eccezionalità e provvisorietà di cui all'art. 13 comma 3 Cost⁶⁷.

Ultimo ma non per ultimo, la (necessaria) affinità fra il sistema cautelare e gli istituti in esame emerge anche dai lavori preparatori del vigente codice di rito, in cui l'arresto in flagranza ed il fermo sono definiti come «misure coercitive tipiche delle indagini preliminari»⁶⁸.

⁶⁷ Questo anche il pensiero di V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 89. Per D. MANZIONE, *Arresto* (cit.), p. 422: «La natura "precautelare" o "subcautelare" della misura dovrebbe stare ad indicare una prodromicità eventuale dell'arresto rispetto all'adozione della misura cautelare, nel senso che ferma restando la non coincidenza dei presupposti dei due istituti, la prima prelude pur sempre alla seconda e ne garantisce l'esecuzione». Così anche G. TRANCHINA, *Custodia cautelare* (voce), in G. VASSALLI, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, *passim*, che significativamente annovera l'arresto in flagranza ed il fermo fra «gli istituti che danno origine allo stato di custodia cautelare», in uno con "l'arresto e la cattura per atto dell'autorità giudiziaria". A p. 156, l'Autore afferma: «la restrizione di libertà operata da organi non appartenenti all'autorità giudiziaria si configura come indubbia attività di natura cautelare, caratterizzata, tutt'al più, da una limitata autonomia funzionale, in quanto destinata ad essere surrogata da un provvedimento cautelare giudiziale».

⁶⁸ Rel. prog. prel., G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 95.

Capitolo 3.
Fonti e giurisprudenza sovranazionali
in tema di limitazioni provvisorie della libertà personale.

1. La tutela della libertà personale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La libertà personale trova una copertura anche a livello convenzionale.

L'art. 5 CEDU, significativamente rubricato "diritto alla libertà e alla sicurezza", apre affermando che ogni persona ha, appunto, diritto alla libertà e alla sicurezza e che nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi indicati dallo stesso articolo e secondo modalità regolate dalla legge degli Stati contraenti.

Costituisce affermazione di principio assai frequente nella giurisprudenza della Corte che il diritto alla libertà personale debba godere di una rilevanza primaria nella società democratica⁶⁹ e al quale va riconosciuto, insieme con quelli affermati dagli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 (divieto di schiavitù), il rango di diritto fondamentale che tutela la sicurezza fisica dell'individuo⁷⁰.

I casi in cui quindi tale fondamentale diritto può trovare legittima limitazione ai sensi della Convenzione sono indicati in maniera (doverosamente) analitica.

Sono quindi consentite:

- (a) la detenzione a seguito di condanna da parte di un tribunale competente;
- (b) il regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge;
- (c) l'arresto o la detenzione finalizzati alla successiva traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria competente, ma ciò sol quando vi siano ragioni plausibili per sospettare che l'arrestato abbia commesso un reato, o vi siano motivi fondati per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;
- (d) la detenzione regolare di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o

⁶⁹ Cfr., fra le altre, C.edu, 29 marzo 2010, Medveyev e altri c. Francia, par. 76; C.edu, 27 luglio 2006, Bazorkina c. Russia, par. 146; C. edu, 8 aprile 2004, Assanidze c. Georgia, par. 169; C.edu, 24 ottobre 1979, Winerwerp c. Paesi Bassi.

⁷⁰ In tal senso, ancora, C.edu, Medveyev e altri c. Francia (cit.). Analogamente, sul punto, C.edu, Castravet c. Moldavia, 13 marzo 2007, par. 29; C.edu, 3 ottobre 2006, McKay c. Regno Unito.

finalizzata alla traduzione dinanzi all'autorità competente;

(e) la detenzione regolare di una persona per prevenire la propagazione di una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcoolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

(f) l'arresto o la detenzione regolari di una persona per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio, o contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

Ai fini del presente lavoro, il caso che rileva maggiormente – e che di fatto offre una copertura convenzionale alle misure coercitive di polizia provvisoriamente limitative della libertà personale – è il quello indicato alla lettera c) dell'art. 5 CEDU, in uno con il disposto del comma 3 dello stesso, a mente del quale: «ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1 c), deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza.»

Si ritiene dunque opportuna una veloce analisi, come già è stato fatto rispetto alla disciplina costituzionale interna, del concetto di “libertà” che trova tutela nel sistema della Convenzione EDU e, di conseguenza, del percorso argomentativo generalmente utilizzato dalla Corte per individuare una violazione del diritto alla libertà personale.

L'analisi svolta sulla giurisprudenza convenzionale edita, peraltro, non ha consentito di individuare decisioni concernenti la disciplina interna delle misure di polizia provvisoriamente limitative della libertà personale; ciò non di meno è copiosa quella relativa alla portata del diritto alla libertà personale e, più in generale, alle sue violazioni.

Recentemente⁷¹, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire che l'art. 5 CEDU consacra un diritto fondamentale, consistente nella protezione dell'individuo contro l'interferenza arbitraria dello stato nei confronti del suo diritto alla libertà, intesa in

⁷¹ C.edu, 18 dicembre 2012, Baisuev e Anzorov c. Georgia, par. 50; C.edu, 11 dicembre 2012, Ven-skutė c. Lituania, par. 78.

senso strettamente fisico⁷².

Con l'affermazione di tale diritto, il primo comma dell'art. 5 contempla la libertà della persona e il suo scopo è di assicurare che nessuno possa essere privato della libertà in modo arbitrario.

È d'uopo rilevare come il concetto di libertà personale garantito dall'art. 5 non riguardi mere restrizioni alla libertà di movimento, poiché tale aspetto trova autonoma e gradata tutela nell'art. 2 del prot. 4 Convenzione EDU⁷³.

Va quindi rimarcato che, come segnalato da attenta dottrina, «la nozione di libertà recepita dalla norma in commento si avvicina alla libertà dagli arresti riconosciuta dalle Costituzioni degli Stati membri»⁷⁴.

Per individuare quindi i casi di privazione della libertà personale rilevanti per la Convenzione, il punto iniziale è fissato dalla Corte nella specifica situazione dell'individuo attintone, cui vanno aggiunti – nell'ottica eminentemente pratica accolta dalla Corte stessa – altri fattori presenti nel caso sottoposto al suo scrutinio, quali il tipo di limitazione imposta, la durata e gli effetti dell'applicazione della misura.

Ciò premesso, quello che rileva – secondo la Corte – ai fini dell'individuazione di una possibile compromissione del proclamato diritto alla libertà personale – è, non solo e non tanto «la natura», quando piuttosto il «il grado e l'intensità» della stessa.

⁷² In tal senso anche il *leading case* C.edu, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, par. 58.

⁷³ Tale articolo sancisce la libertà di circolazione ed afferma: «chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica». Nel senso che l'art. 5 Cedu non arriva a sovrapporsi a tale disposizione, cfr. C.edu, Engels e altri c. Paesi Bassi (cit.), par. 58; C.edu, 6 novembre 1980, Guizzardi c. Italia, par. 92; C.edu, 2 agosto 2001, Mancino c. Italia, par. 16; C.edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, par. 39).

⁷⁴ Così, M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. I*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011, p. 108.

Rifuggendo, come da suo consolidato *modus procedendi*, da classificazioni formalistiche⁷⁵, la Corte EDU ha quindi ritenuto rilevanti, e quindi sanzionato, anche privazioni della libertà personale «*of even a very short lengths*»⁷⁶, in cui la libertà personale dei ricorrenti era stata compressa, pur in modo assai invasivo, per un periodo di tempo non eccedente i trenta minuti.

Ciò premesso in ordine alla qualità della limitazione alla libertà personale rilevante per la Corte EDU, un approfondimento particolare merita il caso che, fra quelli previsti dall'art. 5 Convenzione EDU, più si avvicina alla tematica oggetto del presente lavoro, ovvero quello previsto dalla lettera c) dello stesso articolo, riguardante appunto “la detenzione preventiva”, ammessa solo nei confronti di soggetto «arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria, quando vi sono plausibili motivi di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono fondati motivi di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso».

Pur trattandosi della previsione «che presenta probabilmente la formulazione più sfortunata dell'intera Convenzione [...] nella prassi non ha causato particolari difficoltà [...] in quanto la giurisprudenza do Strasburgo ha fatto molto per chiarire

⁷⁵ Sul punto, nuovamente, C.edu, Engels e altri c. Paesi Bassi, (cit.), cap. II. Pur se in relazione alla ritenuta violazione dell'art. 6., par. I., CEDU, rileva un passaggio significativo delle modalità operative della Corte che, chiamata a verificare se un procedimento interno avesse ad oggetto “accuse in materia penale”, ciò al fine di ivi necessariamente i principi convenzionali propri di tale ambito, procedeva indicandone i criteri. Principalmente, afferma la Corte, la qualificazione data all'illecito per il quale si procede dal sistema giuridico dello Stato convenuto (aspetto formalistico). «Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere “penale” dell'accusa. Secondariamente, infatti, va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso, vale a dire se si è di fronte a una violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale, o se è invece preposta alla tutela *erga omnes* di beni giuridici della collettività; infine, va considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata, poiché in una società di diritto appartengono alla sfera “penale” le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezion fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno».

⁷⁶ C.edu, 12 gennaio 2010, Gillian e Quinton c. Regno Unito, par. 57; C.edu, 22 maggio 2008, Stefanov c. Bulgaria, par. 71; C.edu, 24 giugno 2008, Foka c. Turchia, par. 75.

il senso di queste garanzie, talvolta prestando un rispetto limitato al testo della convenzione»⁷⁷.

Sciogliendo, ad esempio, un dubbio interpretativo nascente proprio dall'esame testuale della disposizione in commento, la Corte ha affermato che l'espressione «per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria» si riferisce a tutti i casi di arresto e detenzione presi in esame dalla lettera c), e quindi anche alle tre ipotesi – pur concettualmente e fattualmente distinte – di cui alla seconda parte della stessa.

Ciò in ragione del fatto che tale disposizione va letta in relazione a quanto affermato dal par. 3 dello stesso articolo 5, in cui appunto viene sancito il diritto per l'arrestato ad essere immediatamente condotto innanzi a un giudice, chiamato a sancire la validità della limitazione della libertà personale nella quale questi sia incorso⁷⁸.

Le decisioni di maggior interesse per i fini propri del presente lavoro, tuttavia, proprio perché concretamente afferenti alle dinamiche processuali successive all'intervenuto arresto⁷⁹, saranno oggetto di trattazione nella parte relativa all'analisi della convalida dell'arresto in flagranza e del fermo di indiziato di delitto, con particolare riferimento alla loro concreta portata rispetto alla disciplina interna in tema di diritti difensivi spettanti all'arrestato, o al fermato, e al suo difensore⁸⁰.

⁷⁷ Così, M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. I* (cit.), p. 124.

⁷⁸ In tal senso C.edu, 1 luglio 1961, *Lawless c. Italia*, par. 14; C. edu, 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*, par. 38.

⁷⁹ Il riferimento è, in particolare, a C.edu, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, *passim*.

⁸⁰ Cfr., *infra*, Parte II, cap. 3

PARTE II

ARRESTO IN FLAGRANZA E FERMO DI INDIZIATO DI DELITTO NEL DIRITTO VIVENTE

Capitolo 1.

L'arresto in flagranza ex artt. 381 e ss. c.p.p.

1. Il concetto di flagranza. Teoria e pratica a confronto.

Comune alle forme di arresto previste dal codice vigente (quindi sia all'arresto obbligatorio, sia all'arresto facoltativo) è il concetto di "flagranza", che ne costituisce ontologicamente il primo presupposto⁸¹.

Prevedono, infatti, gli artt. 381 e 382 c.p.p., rispettivamente l'obbligo e la facoltà, per gli ufficiali e gli agenti di polizia, di arrestare chi versi, appunto, nello stato di flagranza rispetto alla commissione di un reato per il quale sia consentita l'apprensione fisica.

La definizione normativa di flagranza è offerta dalla prima parte dell'art. 382 c.p.p., a mente della quale può dirsi «in stato di flagranza [sia] chi viene colto nell'atto di commettere il reato», sia «chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone» ovvero chi «sia sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che abbia commesso il reato immediatamente prima».

Lo stesso articolo si premura di affermare, al secondo comma, che in relazione ai reati permanenti «lo stato di flagranza dura fino a quando non [sia] cessata la permanenza».

Lo *status* di flagranza⁸² è dunque scomponibile in, almeno, due momenti definitivi, il primo dei quali rappresenta la definizione dei casi in cui può dirsi realizzata la flagranza in senso stretto; le altre due ipotesi previste, invece, sono ascrivibili alla

⁸¹ Cfr., fra gli altri, F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO – V. GREVI E M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012.

⁸² Di gran pregio la ricostruzione storico-semantiche operata, in relazione al concetto di "flagranza" da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2011, p. 489; ID., *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 432: «l'argomento invita a qualche rilievo anamnestic: "flagrare" e "flagrantia" significano combustione e, metaforicamente, accensioni emotive: gli equivalenti italiani qualificano un reato che stia avvenendo o sia appena avvenuto». Proseguendo, l'illustre Autore riconduce "flagranza" a «"être en feu", "estar hech en fuego", "brennen", "to burn": "translate ponitur pro "splendere", "fulgere"».

c.d. quasi flagranza.

Flagranza e quasi flagranza, comunque, possono dirsi «unificate dal rapporto di contestualità tra la condotta del reo e la percezione della stessa da parte del terzo, ovvero dalla percezione diretta del fatto illecito che altri ne abbia avuto»⁸³.

Un'esatta definizione di tali formule normative, risulta tuttavia necessitata dall'esigenza di «porre all'esercizio del potere di arresto limiti tali per cui la discrezionalità [...] non degradi in arbitrio»⁸⁴: trattandosi infatti, come detto, di uno dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere/dovere di arresto da parte della polizia, lo spazio interpretativo del fenomeno fisico non può che essere assai ridotto, e la lettura del dettato normativo particolarmente rigorosa.

Per quanto riguarda dunque il concetto di flagranza *strictu sensu* inteso, comunemente detta propria⁸⁵, il testo normativo vigente – distaccandosi dall'infelice formulazione adottata dall'art. 237 del codice Rocco, secondo cui era «flagrante il reato che si commette attualmente»⁸⁶, ricomprende esattamente la situazione del reo colto sul fatto.

Deve esistere, dunque, perché configurarsi tale ipotesi, un rapporto di immediatezza tra l'autore e il fatto, di talché l'intervento degli agenti, che in potenza potrebbe tradursi nell'arresto, deve avvenire nell'attualità della consumazione della condotta illecita.

In una non più recente decisione, il cui contenuto di principio è tuttavia rimasto immutato negli anni, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare il “paradigma” della flagranza propria, individuandolo nel caso in cui «il soggetto sia stato colto dalla polizia giudiziaria nell'atto di commettere il reato e, subito identificato “in

⁸³ Così, testualmente, C. FANUELE, *Commento all'art. 382 c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 4668. Analogamente L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale.*, Torino, 1990, p. 388.

⁸⁴ F. PESCIOTTO, *Sulla nozione di “quasi flagranza” nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 345.

⁸⁵ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, (cit.), p. 532.

⁸⁶ Ancora, in senso critico, F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato* (cit.), p. 433: «tutti i reati lo sono quando avvengono, anche se ignoti, essendo consumati fuori da ogni occhio; che ogni fatto, *dum fit*, sia flagrante, possiamo dirlo solo rispetto all'enorme occhio di cui la pittura medievale raffigurava l'attenzione divina per le cose del mondo».

loco”, immediatamente condotto in caserma e ivi trattenuto in arresto, a distanza di poche ore dalla sorpresa, dopo l’espletamento di accertamenti compiuti, senza soluzione di continuità, al fine di qualificare la gravità del fatto»⁸⁷.

1.1. I casi di “quasi flagranza”: l’inseguimento del reo

Più complesso, invece, ricostruire – dal punto di vista della loro realizzazione pratica – le due ipotesi di c.d. quasi flagranza, per le quali, come attentamente rilevato in dottrina, «lo sforzo legislativo, palesato dall’uso di avverbi volti a restringere l’ambito applicativo dell’istituto, appare tradito dalla prassi applicativa»⁸⁸.

Sforzo legislativo, peraltro, che appare evidente sin dai lavori preparatori del vigente codice, ove chiaramente emerge che la sostituzione delle locuzioni utilizzate nel testo del 1930, «immediatamente dopo il reato» e di «reato commesso poco prima», con quelle «subito dopo il reato» e di «reato commesso immediatamente prima», non costituisca una mera variazione lessicale, «bensì un tentativo di ridurre la possibilità di interpretazioni iperestensive dei relativi concetti, che già avevano dominato in passato»⁸⁹.

Alla luce di consolidati approdi della giurisprudenza, la *volutas legis* emergente dai lavori preparatori sembra però rispettata in minima parte.

Per quanto riguarda, infatti, il caso dell’ “inseguimento del reo”, è stato di recente ribadita un’affermazione piuttosto frequente nella giurisprudenza sul punto, ossia che tale locuzione «deve essere intes[a] in senso più ampio del di quello strettamente etimologico, di attività di chi corre dietro, tallona e incalza, a vista, la persona inseguita. Esprime [al contrario] un concetto comprensivo anche dell’azione di ricerca, immediatamente eseguita, anche se non immediatamente conclusa, purché protratta senza soluzione di continuità, sulla base delle ricerche immediatamente predisposte sulla scorta delle indicazioni delle vittime, dei correi,

⁸⁷ Così, Cass., sez. V., 5 marzo 1993, n. 798, CED 194136, in *Foro it.*, 1994, p. 160.

⁸⁸ Ancora, C. FANUELE, *Commento all’art. 382 c.p.p.* (cit.), p. 4668.

⁸⁹ L. SCOMPARINI, *Arresto e fermo*, in M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996, p. 244. Cfr, inoltre, *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 214.

o di altre persone a conoscenza dei fatti»⁹⁰.

Accedendo a tale impostazione, si può supporre che nella locuzione “inseguimento” possa no essere ricomprese anche attività all’apparenza (e semanticamente) estranee allo stesso, riferibili a situazioni successive, dal punto di vista cronologico, alla consumazione del delitto; ciò a patto che tale iato temporale sia occupato da attività funzionali all’inseguimento stesso, e che quindi tale periodo di tempo, che dunque può intercorrere il reato e l’inizio dell’inseguimento, si utilizzato dalla polizia operante per giungere sul luogo del delitto, acquisire notizie utili e iniziare le ricerche.

È stato inoltre osservato che «il concetto di “inseguimento” ad opera della forza pubblica comprende ogni attività di indagini e ricerche finalizzata alla cattura dell’indiziato di reità, purché detta attività non subisca interruzioni dopo la commissione del reato, e si protragga per più tempo»⁹¹.

E proprio rispetto a tale porzione cronologica, non sono mancate decisione tese a dilatare il lasso rilevante ai fini della riconduzione al caso della quasi flagranza, consentendone la protrazione addirittura «per alcuni giorni»⁹².

Appare dunque preferibile, per evitare che i presupposti dell’arresto motivato dal *versari* in quasi flagranza (quantomeno in relazione alla situazione dell’ “inseguimento”, in esame) vadano pericolosamente a confondersi con quelli del fermo di indiziato di delitto, o addirittura con quelli – tassativamente regolamentati – della “flagranza differita”⁹³, un orientamento più restrittivo, che pure esiste ed è stato affermato nella giurisprudenza di legittimità più recente.

Secondo tale impostazione, la quasi flagranza che legittima l’arresto presupporrebbe una diretta correlazione tra l’azione illecita e l’attività di

⁹⁰ In tal senso, Cass., I sez., 24 novembre 2011, n. 6916, CED 252915; Cass., II sez., 10 novembre 2010, n. 249169, CED 249169.

⁹¹ Cass., I sez., 15 marzo 2006, n. 23560, CED 235259.

⁹² Cass., IV sez., 12 novembre 2002, n. 4348, CED 226984, in cui è stato considerato legittimo l’arresto, riconducendolo all’ipotesi della quasi flagranza, di un soggetto che, datosi con successo alla fuga dopo essersi liberato al cospetto di alcuni carabinieri dello stupefacente detenuto, è stato rintracciato ed arrestato da altri militari, sette ore dopo il fatto, all’interno di un esercizio pubblico, a seguito di ricerche definite «attive ed ininterrotte» dalla polizia giudiziaria

⁹³ Sul punto vd. *infra* §1.2.

limitazione della libertà, che pur superando l'idea – invero quasi utopistica, e raramente verificabile nella realtà fattuale – che l'arrestando debba essere immediatamente individuato sul luogo del reato, e quindi inseguito, «permetta comunque la riconduzione della persona all'illecito sulla base della continuità del controllo, anche indiretto, eseguito da coloro i quali si pongano al suo inseguimento, siano le parti lese o gli agenti della sicurezza»⁹⁴.

Sulla falsariga di tale impostazione si pone quell'orientamento, ancor più restrittivo, per cui «non sussiste la condizione di c.d. quasi flagranza qualora l'inseguimento dell'indagato da parte della polizia giudiziaria sia stato iniziato per effetto e solo dopo l'acquisizione di informazioni da parte di terzi»⁹⁵.

Ancora, è stata esclusa la quasi flagranza in un caso in cui era «trascorso un certo lasso di tempo (nella specie, oltre tre ore) tra la condotta illecita ed il fattivo intervento della polizia giudiziaria»; tempo peraltro utilizzato «della polizia giudiziaria [...] non per inseguire e raggiungere l'autore del reato», ma per porre in essere cautele reali e raccogliere dichiarazioni utili dai, al fine di risalire alla persona del reo⁹⁶.

1.1.1. (segue) ... il ritrovamento di "cose o tracce" del reato.

Altrettanto problematica l'individuazione dei momenti fattuali integranti la seconda ipotesi ascrivibile alla categoria della "quasi flagranza", cioè a dire il rinvenimento, nella disponibilità o sulla persona dell'arrestando, «di cose o tracce

⁹⁴ Cass., VI sez., 3 aprile 2012, n. 19002, CED 252872. Nel caso di specie la Corte ha escluso che ricorresse la quasi flagranza con riferimento all'autore di una rapina, effettuato poco dopo la commissione del reato dalla polizia giudiziaria nella sua abitazione, tuttavia individuata a seguito dell'indicazione degli estremi identificativi forniti dalla persona offesa.

⁹⁵ Cass., III sez., 13 luglio 2011, n. 34918, CED 250861, cui è stata confermata la mancata convalida di un arresto, svolto alle ore 20.45 dopo che l'indagato si era dato alla fuga senza essere inseguito, e conseguente o a una denuncia per violenza sessuale, sporta dalla madre della vittima alle ore 19.30, per un fatto di reato presumibilmente avvenuto alle 19.15.

⁹⁶ Cass., VI sez., 21 ottobre 2008, n. 42041, CED 241918. Tale decisione si è dunque posta nel solco, tracciato in dottrina, che ritiene preferibile adottare un criterio temporale restrittivo, perché possa dirsi realizzato lo stato di quasi flagranza. Così, già F. PESCIOTTO, *Sulla nozione di "quasi flagranza"* (cit.), p. 346; N. TRIGGIANI, *Sulla nozione di inseguimento «subito dopo il reato» ex art. 382 comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p.2233.

dalle quali appaia che [questi] abbia commesso il reato immediatamente prima».

Gli elementi centrali di tale situazione sono, quindi, sia il reperimento di elementi concretamente idonei a istituire un rapporto fra il fatto criminale e l'arrestando; sia lo iato temporale – necessariamente ristretto – intercorrente fra il fatto di reato e l'intervento limitativo della libertà personale ad opera della polizia.

Rispetto a tale secondo aspetto possono facilmente essere richiamate le considerazioni svolte in relazione all'inseguimento.

Sul punto, infatti, non sono mancate decisioni tese a sminuire la portata innovatrice (in senso riduttivo) della mutata disciplina codicistica, di talché «la locuzione “immediatamente prima”, contenuta nell'art. 382 c.p.p. [...] non costitui[rebbe] immutazione sostanziale rispetto a quella “poco prima” usata nell'art. 237 c.p.p.1930, trattandosi di una puntualizzazione sulla connessione temporale tra il fatto reato e la sorpresa con tracce del pregresso reato»⁹⁷.

D'altra parte, però, la giurisprudenza ha avuto anche modo di porre in risalto tale indicazione cronologica, richiedendo – per la configurazione della situazione in esame – una stretta contiguità e contestualità fra la commissione del fatto e la successiva sorpresa del suo presunto autore⁹⁸.

Per ciò riguarda, invece, il primo dei fatti integranti tale ipotesi, ossia il ritrovamento delle “cose o tracce”, si è detto che le *res* in questione debbano

⁹⁷ Cass., II sez., 7 maggio 1992, n. 2013, CED 193888.

⁹⁸ Così, Cass., II sez. 28 settembre 1998, n. 5508, CED 211654, che ha affermato la seguente massima: «n tema di arresto operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, la disposizione di cui all'art. 382, comma 2, cod. proc. pen. - secondo la quale si considera in stato di flagranza colui che è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato “immediatamente prima” - va intesa nel senso che debba esistere una stretta connessione temporale fra il fatto-reato e la sorpresa con tracce dello stesso, sì che possa rilevarsi un'azione svolta senza soluzione di continuità per raggiungere ed arrestare l'autore dell'episodio criminoso. Fermo restando pertanto che l'intervallo temporale tra fatto e sorpresa in flagranza, pur non potendo essere aprioristicamente determinato in base ad un criterio di carattere generale, deve comunque essere di breve entità, è obbligo del giudice della convalida verificare di volta in volta in concreto se gli eventi - commissione del fatto, avvio delle indagini, sorpresa con tracce - si siano susseguiti senza intervalli ed in stretta continuità.» In senso sostanzialmente adesivo si è espresso, in dottrina, N. TRIGGIANI, *Sul concetto di «sorpresa» con cose o tracce indizianti ex art. 382 comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3344 e ss.

essere connotate da una consistenza materiale integrata da segni tangibili e obiettivi: non sono pertanto ricomprese le c.d. tracce psichiche: locuzione quest'ultima che comprende essenzialmente stati e manifestazioni emotive, quali ad esempio «lo stato d'ira» e «l'ostentato compiacimento del colpevole»⁹⁹.

Secondo la giurisprudenza, tali elementi non devono però necessariamente essere rivenuti sulla persona del presunto reo.

In un panorama decisionale non particolarmente vasto, né – per vero – recente, la “quasi flagranza” è stata, ad esempio, ritenuta «nella situazione caratterizzata dal ritrovamento, ad opera della polizia giudiziaria, subito dopo il fatto e su segnalazione di un terzo, dell'arma da fuoco da cui era partito il colpo che aveva provocato lesioni alla vittima, in un campo nel quale lo stesso indagato aveva fatto ritrovare le munizioni dell'arma medesima; situazione ritenuta correttamente indicativa della disponibilità dell'arma che rientra tra le cose o tracce dalle quali appare che l'arrestato abbia commesso il fatto immediatamente prima.»¹⁰⁰

Per altro, verso, però, lo stato in esame è stato escluso quando manchi negli operanti che procedono all'arresto «la immediata ed autonoma percezione delle tracce del reato e del loro collegamento con l'indagato: infatti, nel caso in cui la individuazione del soggetto attivo del reato si fondi, non sulla diretta percezione dei fatti da parte di chi opera l'arresto, ma sulle indicazioni di terze persone, pur presenti ai fatti, o su dichiarazioni confessorie dello stesso accusato, si richiede un apprezzamento di elementi probatori estranei alla “ratio” dell'istituto»¹⁰¹

Per concludere, quindi, l'impressione, sulla scorta dell'analisi della giurisprudenza – invero altalenante – sin qui citata, e che rappresenta il fedele *screening* dello “stato dell'arte” sul concetto di “quasi flagranza”, è che, frustrate le finalità dell'operazione terminologica posta in essere dal legislatore del 1988, gli interpreti

⁹⁹ Così, nel vigore del codice abrogato, sosteneva G.F. BONETTO, *Flagranza* (voce), in *Eng. Dir.*, Milano, 1968, p. 766. A ulteriore esplicazione, l'Autore afferma che «le cose o tracce devono rendere “apparente” l'avvenuta perpetrazione del crimine, e tale apparenza deve manifestarsi con i caratteri propri dell'evidenza»

¹⁰⁰ Cass., I sez., 25 maggio 1994, n. 2493, CED 198927.

¹⁰¹ Cass., V sez., 21 giugno 1999, n. 3032, in CED 214473. Nel caso di specie «l'agente, resosi responsabile di furto in un supermercato, era stato tratto in arresto perché riconosciuto da un commesso, cui era stato mostrato, mentre era per strada, dalla polizia giudiziaria».

tendano ad allargare, o restringere, le maglie della loro valutazione al fine di perseguire ragioni di “giustizia sostanziale”, e validare o meno l’operato della polizia a seconda del caso specificamente sottoposto al loro vaglio.

Chiaro il rischio insisto in siffatto *modus procedendi*, e cioè che – in mancanza di una netta presa di posizione sulla reale portata del concetto di “quasi flagranza” l’estensione dei casi integranti la stessa possa determinare una pari «dilatazione interpretativa di quei casi eccezionali di necessità ed urgenza tassativamente indicati dalla Carta Costituzionale, ricorrendo i quali la p.g. può adottare provvedimenti limitativi della libertà personale»¹⁰².

Onde evitare tali distorsioni, si ritiene dunque dovuta – come è stato felicemente osservato in dottrina – una «lettura rigorosa del dettato normativo: l’espressione cose o tracce dalle quali appaia che [l’arrestato] abbia commesso il reato» va intesa nel senso che non devono sussistere ragionevoli spiegazioni alternative dei dati di fatto riscontrati dalla polizia giudiziaria»; del pari «la locuzione “subito dopo il reato”, riferita all’ipotesi dell’inseguimento, va intesa come necessità di un susseguirsi ininterrotto e concitato degli eventi: nell’intervallo di tempo tra la condotta illecita e l’arresto, occorre, dunque, sul versante privato, che il destinatario della misura restrittiva non abbia fatto altro che tentare di sottrarsi alle ricerche della polizia, e sul versante pubblico, che l’attività di ricerca sia stata anch’essa continuativa oltre che di breve durata, ed elementare nei suoi contenuti»¹⁰³.

1.2. Ulteriori ipotesi riconducibili – negli effetti – alla flagranza.

L’arresto è consentito *ex lege* anche in diverse ipotesi non strettamente riconducibili alla flagranza, così come sin qui ricostruita.

Siffatta ulteriore opzione, che pure consente la limitazione della libertà personale, risulta applicabile in relazione a determinate ipotesi delittuose, in casi espressamente regolamentati in contesti *extra codicem*.

Così, il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. con l. 12 luglio 1991, n. 203, all’art. 3, consente l’arresto, anche fuori dei casi di flagranza, della persona che ha posto in

¹⁰² E. MARZADURI, *Flagranza del reato*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1982, p. 795.

¹⁰³ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 532.

essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 c.p., e cioè di chi si sia reso responsabile del reato di evasione.

Prevede la stessa norma che nella relativa udienza di convalida il giudice, ricorrendone i presupposti, dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge anche al di fuori dei limiti edittali previsti dall'art. 280 del codice di procedura penale.

In giurisprudenza è stato tuttavia affermato che, affinché si possa validamente procedere all'arresto dell'evaso, devono ancora essere in corso almeno gli effetti permanenti dell'evasione: il soggetto, quindi, non deve essere rientrato in carcere o nell'abitazione¹⁰⁴.

Ancora, è possibile – ex artt. 71 comma 2, 75 commi 2 e 3, 76 comma 1, 26 *quater*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. t.u. anti-mafie), l'arresto fuori dai casi di flagranza nei confronti delle persone sottoposte a misure di prevenzione personale che commettano determinati reati¹⁰⁵, o che si sottraggano agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, o al soggiorno obbligato, o alla misura del soggiorno cautelare disposta dal procuratore nazionale antimafia.

Infine, ai sensi del combinato disposto degli artt. 235 comma 3 e 312 comma 2 c.p.p., è obbligatorio l'arresto del cittadino di altro Stato dell'Unione europea trasgressore dell'ordine di espulsione o allontanamento pronunciato dal giudice, che peraltro commette un delitto punito con la reclusione da uno a quattro anni e che sarà sottoposto, in forza della medesima disposizione normativa, a rito direttissimo. Alla stessa stregua, è passibile – ai sensi dell'art. 13 comma 13 *ter* del d.lgs. 5 luglio 1998, n. 286 (t.u. immigrazione) di arresto obbligatorio lo straniero colto nella flagranza dei delitti di cui ai commi 13 e 13 *bis* dello stesso articolo (che sanzionano con la reclusione da uno a quattro anni la condotta dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, amministrativo o giudiziale, che

¹⁰⁴ Cass., III sez., 5 novembre 1996, n. 3712, CED 206727

¹⁰⁵ In particolare i delitti di cui agli artt. 336, 338, 353, 377, comma 3, 378, 379, 416, 416-bis, 424, 435, 513 *bis*, 575, 600, 601, 602, 605, 610, 611, 612, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 640 *bis*, 648 *bis*, 648 *ter*, e le contravvenzioni di cui agli artt. 695, 696, 697, 698, 699 c.p. Evidente, a maggior ragione in relazione alla ritenuta commissione di un reato contravvenzionale, l'utilizzo – nell'ambito della legislazione anti-mafia, dell'arresto con finalità extraprocedimentali e spiccatamente repressive.

rientri nel territorio dello Stato senza la speciale autorizzazione del Ministro dell'interno.

V'è poi da analizzare l'ipotesi c.d. di "flagranza differita".

I casi sin qui esaminati, in cui è consentito – o imposto – l'arresto anche fuori dai casi di flagranza, sono tendenzialmente riferibili a situazioni in cui l'arrestando abbia disatteso un ordine dell'Autorità, sia essa amministrativa sia giudiziaria.

Da ciò, il legislatore – con un'operazione invero costituzionalmente "spericolata"¹⁰⁶ – ha esteso l'applicabilità dello strumento dell'arresto a situazioni inconferenti rispetto alla "flagranza", ma pur astrattamente assumibili ai casi di necessità ed urgenza previsti dall'art. 13 Cost. per procedere alla limitazione temporanea della libertà personale: che pertanto è consentita in quanto il soggetto inadempiente all'ordine dell'Autorità, oltre a commettere un reato, versa in una situazione di esplicita illiceità.

Diversa è l'ipotesi regolamentata dall'art. 8, comma 1 *quinquies*, della l. 13 dicembre 1989, n. 401, significativamente rubricato: «effetti dell'arresto in flagranza durante o in occasione di manifestazioni sportive» e che appunto si riferisce a quella peculiare connotazione di flagranza, creata *ex lege*, per consentire un arresto (veloce, ma non *strictu sensu* "in flagranza") di coloro che abbiano commesso un crimine violento proprio nel contesto di eventi sportivi.

Tale disposizione, che introduce una vera e propria *fiction iuris*, «considera

¹⁰⁶ In senso apertamente critico rispetto alle previsioni di arresto fuori dai casi flagranza, con particolare riferimento a quello previsto dall'art. 13 *ter* t.u. immigrazione è G. FRIGO, *Arresto fuori flagranza: difesa in pericolo*, in *Guida dir.*, 2004, p. 35: «prima che stravagante e sorprendente – e già di per questo, grave – appare tecnicamente infelice la previsione di un arresto obbligatorio "anche fuori dai casi di flagranza" introdotta [...] come modifica al comma 13-*ter* dell'art. 13 del Dlgs 286/1998, per i reati previsti dall'art. 13 e 13 *bis*. L'introduzione è avvenuta ... clandestinamente (come si addice a una disciplina di contrasto all'immigrazione...clandestina) e finisce per arricchire il numero, finora per fortuna esiguo, delle eccezioni a quella a ragione si può ben dire una regola aurea di tema di privazione provvisoria della libertà personale a iniziativa della polizia giudiziaria: una regola che vuole la flagranza (cui è assimilata quasi-flagranza) come un presupposto naturale e ordinario di tale iniziativa, espressivo della necessità e dell'urgenza che l'articolo 13 della Costituzione esige sempre per qualificare l'eccezionalità dei casi, da definire per legge, in cui si può temporaneamente prescindere dal provvedimento originario del giudice, per mettere le manette a una persona».

comunque in stato di flagranza ai sensi dell'art. 382 codice di procedura penale colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerge chiaramente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro quarantotto dal fatto».

In buona sostanza, quando non sia possibile – per ragioni di ordine pubblico, o per impossibilità materiale – agli operanti procedere *in situ* all'arresto dei facinorosi che stiano commettendo reati contro le persone e le cose, per i quali sia ovviamente consentito l'arresto, nella sua forma obbligatoria o facoltativa, in prossimità (cronologica e spaziale) con manifestazioni sportive, potranno “posticiparne” la cattura entro le quarantotto dal fatto.

Unicum nel pur variegato panorama normativo interno, l'istituto in esame si connota pure per una travagliata storia legislativa: l'originaria disposizione del 1989, per un certo periodo “dimenticata”, fu reintrodotta con il d.l. 24 febbraio 2003, n. 28 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2003 n. 88; in tale versione, tuttavia, il termine per procedere all'arresto differito era di trentasei ore, e – forse in ragione della sua estrema eccentricità – ne era stata fissata la “scadenza” al giugno 2005.

Da tale data seguono una serie di proroghe triennali, ad opera rispettivamente del d.l. 30 giugno 2005 convertito con modificazioni dalla l. 17 agosto 2005, n. 168; del d.l. 8 febbraio 2007, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2007, n. 4; poi del d.l. 12 novembre 2010, n. 187.

Infine, il d.l. 14 agosto 2013 n. 93, convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 19, ha esteso l'operatività del redivivo art. 8, comma 1 *quinquies*, l. 401/1989 fino all'agosto 2016.

2. *L'arresto come obbligo.*

Seguendo l'impostazione adottata dal codice vigente, si analizzerà nel prosieguo la disciplina delle due forme di arresto presenti nell'ordinamento interno, cominciando dall'arresto obbligatorio in flagranza regolato dall'art. 381 c.p.p.

Tale articolo, in particolare, indica i casi nei quali, dato per presupposto lo *status* di flagranza in cui deve versare il reso, sorge in capo agli operanti di polizia

giudiziaria l'obbligo di procedere all'arresto.

Adoperandosi nel solco tracciato dalla direttiva n. 32, il legislatore ha individuato tali casi attraverso una prima indicazione di carattere generale, legata alla pena prevista per la commissione di del reato stesso, e – secondariamente – attraverso l'esplicita e tassativa elencazione dei reati per i quali sorge l'obbligo di arresto¹⁰⁷.

Così, a norma dell'art. 381 comma 1 c.p.p. «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque [sia] colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni».

I criteri per la determinazione della pena, che valgono per l'individuazione di tutti i reati per i quali sono adottabili misure precautelari (non solo quindi per l'arresto obbligatorio, ma anche per il suo omologo facoltativo e per il fermo), sono quelli previsti dall'art. 379 c.p.p., che a sua volta richiama l'art. 278 c.p.p.: non deve quindi tenersi conto, come per l'applicazione delle misure cautelari, della continuazione, della recidiva, o delle circostanza del reato, fatta eccezione per la circostanza aggravante di cui all'art. 61 comma 5 c.p. (che aumenta la pena per chi abbia approfittato, per la commissione del reato, dello stato di minorata difesa, oggettiva o soggettiva, in cui versava la vittima) e per la circostanza attenuante di cui all'art. 62 comma 4 c.p. (quando il reo abbia determinato un danno patrimoniale di tenue entità) e per le circostanze aggravanti speciali (che determinano una pena di specie diversa da quella prevista per il reato contestato in forma semplice) o ad effetto speciale, che importano un aumento di pena superiore ad un terzo.

Applicati dunque tali criteri, ogni qualvolta gli operanti affrontino la flagrante commissione di un delitto ricompreso in tale forbice edittale, dovranno necessariamente procedere all'arresto del reo.

Il secondo comma dell'art. 381 c.p.p., invece, elenca tutta una serie di reati – non necessariamente rientranti nei limiti di cui al primo comma dello stesso articolo,

¹⁰⁷ M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare – L'arresto in flagranza e il fermo*, Milano, 2012, riferisce tale bipartizione normativa a un «parametro quantitativo», previsto dall'art. 381 comma 1 c.p.p. e a un «parametro qualitativo», previsto dall'art. 381 comma 2 c.p.p.

che pure fanno sorgere il medesimo obbligo.

Tale elencazione risponde esattamente, nell'ottica del Legislatore delegato del 1988, alla previsione della delega n. 32, che imponeva l'individuazione dei casi di arresto «per esigenze di tutela della collettività».

L'elenco dell'art. 381 comma 2 c.p.p. può quindi essere inteso come una traduzione, e al contempo un limite, di una formulazione pericolosamente ampia.

I reati ivi contenuti, dunque, sono l'espressione dei “beni giuridici” – tutti peraltro aventi una copertura costituzionale – che ad avviso del Legislatore meritano una tutela immediata e repentina.

In particolare, aderendo a una nota classificazione sistematica¹⁰⁸, le esigenze di tutela della collettività indicate dalla delega n. 32 sono state così trasfuse, nell'elenco dell'art. 381 comma 2 c.p.p.:

(i) salvaguardia dell'ordine costituzionale, cui è conseguita l'indicazione dei casi a) i) e l), riguardanti rispettivamente i delitti contro la personalità dello Stato previsti nel titolo I del c.p., i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, i delitti di promozione, costituzione, direzione e organizzazione di associazioni segrete, paramilitari e fasciste;

(ii) salvaguardia da forme di criminalità organizzata, cui è conseguita l'indicazione dei casi – ancora – l), l *bis*), che comprende i delitti di partecipazione, promozione, direzione e organizzazione delle associazioni di tipo mafioso di cui all'art. 416 c.p. ed m), in cui sono ricomprese le stesse condotte, ma relative all'associazione a delinquere “semplice” di cui all'art. 416 comma 1 e 3 c.p., e che siano tese alla commissione di altri reati di cui al medesimo elenco;

(iii) salvaguardia della sicurezza e dell'incolumità pubblica, cui è conseguita l'introduzione dei casi b), delitti di devastazione e saccheggio di cui all'art. 419 c.p., c), delitti – appunto – contro l'incolumità pubblica regolati dal titolo VI del libro II del c.p. (artt. 422 e ss. c.p.), g), delitti concernenti le armi e gli esplosivi, h), delitti concernenti le sostanze stupefacenti e psicotrope;

(iv) salvaguardia della libertà, incolumità e sicurezza individuale da comportamenti posti in essere con mezzi di violenza personale, cui è conseguita l'introduzione dei

¹⁰⁸ Ci si riferisce a quella articolata da L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit.), p. 372 e ripresa – tra gli altri – da L. SCOMPARIN, *Arresto e fermo* (cit.), p. 235.

casi d), delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione e pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile; d *bis*), delitti di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo; d *ter*) delitto di atti sessuali con minorenni; l *ter*), delitto di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori; f), delitti di rapina ed estorsione

V'è poi, ad avviso di chi scrive, un'ultima "categoria", non originariamente ricompresa dalla sistematica sin qui adottata, che è la "salvaguardia della proprietà privata", in ragione della quale trovano ospitalità nell'elenco di cui all'art. 381 comma 2 c.p.p. i delitti di furto aggravato (salvo non ricorra l'attenuante del danno patrimoniale di lieve entità) e di ricettazione aggravata, poiché relativa ai proventi dei delitti di furto, rapina ed estorsione aggravata, rispettivamente previsti dai casi e), e *bis*) e f *bis*).

L'elencazione predetta, lungi dal rappresentare una struttura granitica ed immutabile, è frutto di numerose interpolazioni normative, succedutesi nell'ultimo trentennio, che hanno generalmente comportato un'estensione dei casi di arresto obbligatorio.

Ciò, generalmente, nell'ottica – invero distorta – di fornire alla polizia uno strumento di pronta e immediata risposta a reati ritenuti forieri, di volta in volta, di particolare "allarme sociale": il rischio insito in tali interventi normativi è quello di una vera e propria eterogenesi dei fini, per cui lo strumento dell'arresto viene inteso unicamente nella sua dimensione repressiva (e, ahinoi, pubblicitaria) e non già in quella – sua propria, come visto – precautelare.

Per limitarci alle novità dell'ultimo lustro, ad esempio, le più rilevanti aggiunte all'originario impianto dell'art. 381 comma 2 c.p.p. è stato operato dalla decretazione emergenziale dei c.d. "pacchetti sicurezza": così, ad esempio, l'inserimento nel novero dei reati per i quali è doveroso l'arresto dei delitti contro la libertà sessuale è dovuto all'art. 2 comma 1, lett. b), del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38).

Recentemente, il già citato d.l. 93/2013, l'ultimo – in ordine di tempo – dei "pacchetti sicurezza", ha introdotto l'obbligo di arresto per la ricettazione aggravata e, soprattutto, per i delitti di maltrattamenti in famiglia.

E proprio tale intervento è sintomatico dei pericoli più sopra denunciati, rispetto

al rischio che lo strumento dell'arresto obbligatorio venga utilizzato per fini diversi rispetto a quelli originariamente attribuitigli dal Legislatore delegato.

I delitti previsti, rispettivamente dall'art. 572 c.p. e dall'art. 612 *bis* c.p., infatti, rientravano già – come si vedrà – in ragione delle pene, elevate, con i quali sono sanzionati, nel novero dei reati per i quali era possibile l'arresto facoltativo in flagranza.

Non erano, pertanto, sprovvisti di uno strumento di “tutela” spendibile in caso di effettiva necessità, se tale necessità fosse ravvisata dall'agente o dall'ufficiale di polizia giudiziaria operante.

Con il d.l. 93/2013, il c.d. decreto “anti-femminicidio”, si è voluto trasformare la facoltà in un obbligo.

Non si è tuttavia tenuto conto del fatto, prontamente denunciato all'unanimità dai primi commenti “a caldo” della normativa in esame¹⁰⁹, che i delitti di cui trattasi sono strutturati come reati abituali, che si perfezionano – come noto – con la consumazione di più condotte, che possono anche essere, se considerate singolarmente, penalmente irrilevanti: la compatibilità fra lo *status* di flagranza e

¹⁰⁹ Cfr. S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it, p.16: «la previsione dell'arresto in flagranza obbligatorio per i reati previsti dagli artt. 572 e 612 *bis* c.p. ripropone il problema della compatibilità dell'accertamento dello stato di flagranza con i reati c.d. “abituali”. Va rimarcato [infatti] che quello che gli operanti accertano altro non può essere che un “frammento” del percorso delittuoso. Sul punto la Corte di Cassazione ha chiarito che è legittimo l'arresto in flagranza del delitto di maltrattamenti in famiglia, tutte le volte in cui il fatto risulti alla polizia giudiziaria non isolato, ma quale ultimo anello di una catena di comportamenti violenti». Dello stesso avviso è G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 12, per cui: «una delle più rilevanti (e più discutibili) novità contenute nel decreto riguarda invece la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza di reato sia per il delitto di maltrattamenti sia per quello di atti persecutori. Sebbene, anche in questo caso, l'intento sia quello di apprestare una difesa più incisiva delle vittime di questi reati, intervenendo in via precautelare con una maggiore estensione e senza alcuna discrezionalità valutativa *ex art.* 381 c.p.p circa la gravità del reato e la personalità del soggetto, non può non osservarsi che si tratta, in ambedue i casi, di reati necessariamente abituali; ed è noto, per aver costituito tema ampiamente dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la condizione di flagranza (o quasi flagranza) nei reati abituali è di accertamento assai problematico e tecnicamente di difficile configurabilità».

L'abitudine non è così incontrovertibile.

Come felicemente osservato, infatti, in relazione all'art. 572 c.p. (ma tale considerazione è facilmente estendibile pure al c.d. *stalking*, essendo tali fattispecie strutturalmente identiche), poiché «la prova per [tali reati] non può essere tratta da un singolo episodio, ma richiede un accertamento a ritroso complesso del tenore generale della convivenza fra il reo e la vittima» e «che l'arresto in flagranza si deve fondare sulla diretta percezione dei fatti di chi opera l'arresto, [non potendo conseguire a] una valutazione della p.g. su elementi probatorio ulteriori rispetto a ciò che è stato direttamente percepito dagli agenti», a ciò «consegue la strutturale incompatibilità fra l'arresto in flagranza [obbligatorio] e maltrattamenti»; di talché «sembra effettivamente quasi impossibile pervenire ad opera l'arresto in flagranza per maltrattamenti o per atti persecutori, e sembra quindi che la decisione del legislatore di spostare [tali] reati tra quelli per cui sia [obbligatorio] l'arresto in flagranza sia un mero pronunciamento di principio, utile da spendere politicamente ma del tutto inutile per la tutela delle vittime dei reati di violenza di genere»¹¹⁰.

Il rischio insito in tale operazione, dunque, è quello di introdurre nel vigente "arsenale" normativo strumenti ineffettivi, come – per rimanere al caso che ci occupa – una forma di arresto obbligatorio che difficilmente reggerebbe il vaglio della convalida.

Per concludere nella nostra analisi dell'istituto, occorre rilevare che l'ultimo comma dell'art. 381 c.p.p. prevede che, nell'ipotesi in cui il reato per il quale sta per avvenire l'arresto sia procedibile a querela, l'arresto può avvenire solo qualora la querela venga proposta; tale impulso può essere offerto, però, anche in forma orale agli operanti *in loco*. Qualora, nelle stesse forme, la querela sia rimessa, l'arrestato deve essere posto in libertà.

3. L'arresto come facoltà.

L'art. 382 c.p.p. regola invece l'arresto facoltativo in flagranza.

Come per l'omologo obbligatorio, anche tale modello di arresto è stato

¹¹⁰ Così, nell'ambito di un più ampio commento del d.l. 93/2013, C. RUSSO, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n.93)*, Milano, 2013, pp. 43 e ss.

regolamentato individuando tassativamente i casi in cui può essere adottato.

Se il primo comma dell'art. 382 c.p.p. contempla una categoria generale, legata ai limiti di pena previsti per i reati in cui è possibile applicare tale misura, il secondo comma adotta un'impostazione casistica.

Così, «gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno facoltà di arrestare chiunque [sia] colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni, ovvero un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni».

Esattamente conforme alle previsioni dell'art. 2 n. 32 della legge delega per l'emanazione del codice vigente, che appunto prevedeva la «facoltà della polizia giudiziaria di procedere all'arresto in flagranza [...] relativamente a delitti punibili con la reclusione superiore nel massimo a tre anni di reclusione», tale primo criterio “quantitativo” non pone particolari problemi interpretativi.

Più problematica, invece, la trasposizione codicistica della seconda parte della stessa direttiva, che ammetteva un'ulteriore facoltà di arresto «per alcuni [altri] reati di particolare gravità, tassativamente indicati, puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni».

È dunque sulla scorta di tale previsione che si è addivenuti all'elencazione prevista dal secondo comma dello stesso art. 381 c.p.p., che quindi comprende tutta una serie di delitti, puniti con pena almeno pari a tre anni di reclusione, che sono stati ritenuti dal Legislatore – che anche in questo caso ha quindi operato in modo stratiforme, aggiungendo – di anno in anno – nuovi reati al catalogo – «di particolare gravità».

Mantenendo l'impostazione già adottata, nel presente lavoro, per l'elenco dei reati per i quali l'arresto è obbligatorio, si procederà cercando di individuare il “bene giuridico” oggetto di tutela ad opera della disposizione stessa.

La *ratio* dell'inserimento dei delitti di cui alle lettere c), violenza e minaccia a pubblico ufficiale; f), lesione personale; m), alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi non riconosciuti; m *bis*), fabbricazione, detenzione e uso di documento di identificazione falso; m *ter*) falsa attestazione al pubblico ufficiale sulla identità o qualità personale proprie o di altri; m *quater*), fraudolente alterazioni per impedire

l'identificazione o l'accertamento di qualità personali, è stata individuata nell'«esigenza di tutela della collettività»; quella dei casi di cui alle lettere e), corruzione di minorenni; g) furto semplice; h) danneggiamento aggravato; i) truffa; l) appropriazione indebita; l *bis*) offerta, cessione, detenzione di materiale pedopornografico è individuata nella necessità di rispondere «allo scandalo o all'emozione suscitati dell'episodio criminoso»; infine, i reati di cui alle lettere a), peculato mediante profitto dell'errore altrui; b) corruzione per un atto contrario ai doveri del proprio ufficio; d) commercio e somministrazione di medicinali guasti e di sostanze alimentari nocive, furono introdotti in applicazione di coeve «scelte normative in tema di amnistia e di depenalizzazione»¹¹¹: insomma, ritenuti “gravi” già in altri contesti legislativi, alla stessa stregua furono considerati anche ai fini dell'applicabilità dell'arresto in flagranza.

Occorre rilevare, esaurita la sommaria enunciazione dei reati per i quali è possibile procedere all'arresto facoltativo in flagranza, che il limite di pena previsto per gli stessi delitti è tendenzialmente inferiore a quello fissato dall'art. 280 c.p.p. come confine minimo per l'applicazione delle misure coercitive.

V'è dunque una “clausola di salvezza”, contenuta sia nell'art. 391 c.p.p. (che sarà oggetto di esame *infra* Cap. 3, par. 3) sia nello stesso art. 280 c.p.p., che esclude l'applicazione del regime generale ivi regolato e consente al giudice della convalida da applicare ugualmente la misura¹¹²: preme sin d'ora significare che siffatta previsione, se da una parte “salva” la funzione *strictu sensu* precautelare dell'istituto in esame, derogando alla disciplina generale delle misure cautelari, d'altra parte disvela la *forma mentis* del Legislatore delegato, che – consentendo l'applicazione di una misura sulla sola scorta dell'avvenuto arresto – ammanta inevitabilmente tale istituto di significati repressivi e anticipatori che non dovrebbero essergli propri.

Affrontati i presupposti fattuali alla base dell'arresto in flagranza (*id est*, i reati per i quali è possibile applicarlo) resta ora da comprendere in cosa consista esattamente la “facoltà” che questi fanno sorgere in capo agli agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria.

¹¹¹ Ancora, L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit.), p. 387.

¹¹² Cfr., sul punto, A. FERRARO, *Arresto e fermo – Le misure precautelari e la loro convalida*, Milano, 1994, p. 31

In dottrina, sul punto, si è detto che in capo agli operanti, ricorrendone le condizioni, sorga un «potere-dovere di procedere», perché il «potere di arresto della polizia giudiziaria non può essere mai assimilato ad una facoltà [...che] può sussistere solo per il privato»¹¹³, a norma dell'art. 383 c.p.p.

Ancora, autorevolmente, si è parlato di «arresto discrezionale», per indicare che la restrizione di cui all'art. 382 c.p.p. deve essere posta in essere ogni qualvolta l'operante ravvisi la sussistenza dei presupposti indicati dalla legge¹¹⁴.

Tale impostazione trova peraltro pieno sostegno nei lavori preparatori del vigente codice di rito, in cui già si rilevava come «la direttiva 32 della legge-delega disegna la disciplina dell'arresto in flagranza in termini di “obbligo rigido ed assoluto” e di “obbligo condizionato”, prevedendo inoltre all'intero della due figure, spazi per “eccezioni limitate” e già parzialmente definite»¹¹⁵

Soccorre nella definizione dei contorni di tale “obbligo condizionato”, l'art. 381 comma 4 c.p.p., in cui è sancito che «nelle ipotesi previste nel presente articolo si procede all'arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero della pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto».

In buona sostanza, dando come presupposta la commissione di un delitto rientrante nel novero, quantitativo o qualitativo, di quelli per i quali è possibile l'arresto, «l'iniziativa precautelare potrà, dunque, essere giustificata dalla gravità del fatto e dalla pericolosità del soggetto»¹¹⁶.

Non si richiede, secondo consolidata giurisprudenza, la presenza congiunta di

¹¹³ Ancora, L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit.), p. 380;

¹¹⁴ Così, F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 494, il quale pure osserva che tale forma di arresto, chiamata in modo inesatto «facoltativo, è [in realtà] obbligatorio in ognuno dei contesti configurati dai commi 1 e 2, se lo richiedono “gravità del fatto” o “pericolosità del soggetto”, indotta dalla fisionomia morale o dalla circostanza (comma 4) [...] sebbene non se ne parli, dev'essere arrestato anche il fuggitivo o chi sia visibilmente risoluto alla fuga».

¹¹⁵ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 95. Nello stesso senso, evidenziando proprio la «discrezionalità vincolata» che informa l'operato della polizia giudiziaria in relazione all'istituto in esame, si pone A. FERRARO, *Arresto e fermo*, cit., p. 26.

¹¹⁶ K. LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo – Dal genus alla species*, Padova, 2011, p. 168.

entrambi i parametri «essendo sufficiente, come si desume dalla formulazione disgiuntiva della norma, la presenza di uno solo di essi»¹¹⁷.

L'utilizzo della locuzione “fatto”, in rapporto alla richiesta gravità, è da intendersi quale conseguenza della già prevista elencazione di cui ai commi precedenti: è, in altre parole, ad aver selezionato i reati per i quali è possibile procedere all'arresto; l'operante deve, all'interno del *numerus clausus* già delimitato, valutare solo se, nel caso concreto, sia ravvisabile il requisito della “gravità”.

Maggiori perplessità desta, al contrario, lo “scorporo” fra il fatto e le sue “circostanze”, che dalla lettura del dato testuale sembrano riferite non già allo stesso fatto, quanto piuttosto alla “pericolosità del soggetto”, di cui rappresenterebbero un indicatore¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass., I sez., 30 marzo 2006, 17332, in CED 234259. Analogamente, Cass., I sez., 16 giugno 2004, in CED 228852 «in cui la Corte ha ritenuto legittima la motivazione sulla gravità del fatto, per il reato di cui all'art. 166 cod. pen. mil. pace, nel comportamento di un militare al quale era stato ingiunto di consegnare l'arma in dotazione, in costanza di aspettativa per motivi elettorali, e non vi aveva ottemperato, mentre aveva ritenuto privo di motivazione il giudizio di pericolosità basato su informative non documentate». Ancora, in epoca prossima all'emanazione del “nuovo” codice di rito, Cass., VI sez., 29 ottobre 1993, n. 3089, CED. 197359.

¹¹⁸ In tal senso, ad esempio, L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit), p. 382: «inteso il fatto nella sua concreta globalità, e non nell'astrattezza della sua illiceità, è, invero, estremamente difficile distinguere fra circostanze in senso atecnico e modalità di attuazione. Da ciò una di queste conseguenze: interpretare il riferimento al fatto come riferimento al reato; ricorrere a clausole di stile; interpretare il riferimento alla pericolosità con esclusivo riguardo alla personalità dell'autore e recepire, nel concreto, la più lineare scelta del legislatore delegante». Analogamente, K. LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo* (cit.), p. 168: «si può osservare come le circostanze del fatto, ovvero elementi che possono senza dubbio considerarsi sintomatici della sua gravità, sono invece considerati uno dei fattori, unitamente alla personalità, che consente di operare la valutazione relativa al secondo presupposto richiesto dalla norma, ovvero alla pericolosità del presunto autore del reato. Ciononostante è assolutamente chiaro il significato autentico della norma: deve essere arrestato chi ha commesso un fatto “grave” o risulti “pericoloso”». Si vedano anche, sul punto, A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992, pp. 231 e ss. Osservano gli Autori che «a ben guardare, il distinto richiamo alla “gravità” del fatto e alla “pericolosità” del soggetto [...] non ha ragion d'essere, in quanto la “pericolosità” può essere desunta proprio dall'esame di quelle “circostanze del fatto” dalle quali, in aderenza ai criteri indicati nell'art. 133 c.p., può emergere “la gravità del

In senso parzialmente correttivo di tale non felice scelta legislativa, è stata offerta (e ciò si pone nettamente nel solco del presente lavoro, teso a dimostrare – sulla scorta, *in primis*, di una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo – la natura precautelare dell’arresto in flagranza) una lettura «che consent[er] di rendere i parametri individuati dal legislatore più qualificanti rispetto a quelli dell’art. 241 c.p.p. abr., ai quali intendono sostituirsi»¹¹⁹.

Tale impostazione, appunto, si basa sulla natura provvisoria dell’arresto facoltativo in flagranza, che esiste in tanto in quanto possa – o debba – essere convertita in una misura coercitiva più stabile, i cui presupposti – come noto – sono la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza e di, almeno, uno dei *pericula libertatis* individuati dall’art. 274 c.p.p.

Può dunque essere individuata, in dipendenza da ciò, una «corrispondenza fra parametri valutativi, apparendo assurdo che, in sede di conversione, assumano rilevanza indici di riferimento dei quali l’agente o l’ufficiale di polizia giudiziaria non ha potuto tener conto, o dei quali, viceversa, ha dovuto tener conto pur nella consapevolezza della loro ininfluenza a fini coercitivi più stabili»¹²⁰.

Alla stregua di tale lettura, dunque, è possibile ritenere che il riferimento alla “pericolosità del soggetto” possa essere sovrapposta all’esigenza cautelare di cui all’art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., tesa – fra l’altro – ad evitare la commissione di reati della stessa indole di quelli per i quali si procede, o alla protrazione delle conseguenze dannose del delitto stesso; il riferimento alla “gravità del fatto”, per contro, può essere invece circostanziato alla stregua delle esigenze cautelari rispettivamente previste dallo stesso art. 274 c.p.p., alle lettere a) e b), relative rispettivamente al rischio di inquinamento probatorio e al pericolo di fuga del gravemente indiziato.

Insomma, tanto più “grave” sarà il fatto se il reo flagrante, o quasi flagrante, dà

fatto” [...] Ma anche il parametro, individuato come “pericolosità desunta dalla pericolosità”, appare superfluo non appena si consideri che il momento in cui la flagranza di reato rileva è anteriore al compimento di qualsivoglia accertamento e non può, per questo, evidenziare un “personalità” o “pericolosità” del soggetto scisse dal collegamento con le circostanze del fatto».

¹¹⁹ Ancora L. D’AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit), p. 382.

¹²⁰ L. D’AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit), p. 383.

concretamente mostra di integrare uno dei rischi elevati a condizione per l'applicazione di una misura cautelare coercitiva.

Né può infine dimenticarsi, e ciò non può non influire sulla potenzialità coercitiva d'emergenza della polizia giudiziaria, e soprattutto rispetto alle forme facoltative, che fra i compiti che il codice di rito le attribuisce v'è pure quello di «impedire che [i reati] vengano portati a conseguenze ulteriori»¹²¹.

Siffatta impostazione – pur se datata e mai realmente considerata in giurisprudenza – ha il pregio, ad avviso di chi scrive, di non sovrapporre o confondere i presupposti indicati dall'art. 384 c.p.p. a fondamento dell'arresto facoltativo in flagranza, dotandoli al contrario di una propria definita pregnanza, e delimitando, in senso più consono alla *volutas legis* espressa dai lavori preparatori del vigente codice di rito, i casi e i modi di intervento coercitivo discrezionale ad opera della polizia giudiziaria.

Per concludere sul punto, non può non darsi conto del contenuto degli ulteriori due commi dell'art. 381 c.p.p., che rispettivamente prevedono:

- il terzo comma, in modo identico a quanto già previsto per l'arresto obbligatorio, che quando il reato per il quale si sta per realizzare l'arresto sia procedibile a querela, tale *input* possa essere offerto agli operanti, in modo orale e *in loco*, dal legittimato; e qualora, *melius re perpensa*, questi receda dall'intento – nelle stesse forme – l'arrestato deve essere subitamente liberato;

- il comma 4 *bis*, aggiunto dall'art 26 della l. 8 agosto 1995, n. 322, vieta «l'arresto della persona richiesta di fornire informazioni dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero per i reati concernenti il contenuto delle informazioni [stesse] o per il rifiuto di fornirle».

4. «Mano privata»¹²²

Alla luce di quanto sin qui esposto, è dunque possibile affermare che l'art. 383

¹²¹ Ciò è previsto dall'art. 55 comma 1 c.p.p., rubricato «funzioni della polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale».

¹²² L'espressione è di F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 434.

c.p.p., sancendo che «nei casi previsti dall'art. 380, ogni persona è autorizzata a procedere all'arresto in flagranza, quando si tratta di reati perseguibili d'ufficio», introduce l'unica ipotesi di arresto realmente facoltativo presente nel vigente codice di rito.

Chiunque venga colto nella commissione di un reato procedibile d'ufficio, fra quelli inseriti nel catalogo dei delitti per cui è obbligatorio l'arresto, potrà essere arrestato da un *quisque de populo*, sempre che questi – nei cui confronti non insiste alcun vicolo normativo – voglia supplire alla momentanea mancanza della forza pubblica.

Tale disposizione, che ricalca in modo identico quella dell'art. 242 c.p.p. 1930, non era in alcun modo prevista dalla legge di delega per l'emanazione del codice vigente.

Si può tuttavia leggere nella Relazione preliminare che: «si è ritenuto, dopo approfondita discussione, di mantenere l'istituto, considerato, del resto, costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 89 del 1970»¹²³.

Tale arresto del Giudice delle leggi, rimasto sostanzialmente un *unicum* in argomento e il cui contenuto è facilmente estensibile, proprio in ragione della sostanziale identità dell'istituto vigente rispetto a quello previsto dal codice abrogato, era stato sollecitato sulla base di una ritenuta incompatibilità con il dettato dell'art. 13 comma 3 Cost., nella parte in cui attribuisce il poteri coercitivi, in casi di straordinaria necessità ed urgenza, alla sola «autorità di pubblica sicurezza».

Nel dichiarare la non fondatezza della questione propositagli, la Corte ebbe modo di affrontare – e su tale assunto trova dunque fondamento la vigente disciplina dell'arresto ad opera del privato – che, per quanto la disposizione oggetto di censura costituisse una ulteriore «deroga al principio consacrato nel citato articolo, che incentra nella sola autorità giudiziaria ogni potere di disporre misure incidenti sulla libertà delle persone, devono ritenersi di stretta interpretazione, e quindi non suscettibili di applicazione estensiva. Tuttavia è da ritenere che la facoltà conferita al privato dalla norma in contestazione non opera una vera estensione della

¹²³ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 95.

portata propria della disposizione costituzionale, in quanto il privato, allorché agisce in presenza delle condizioni e rimane nei limiti stabiliti dalla norma stessa, assume la veste di organo di polizia, sia pure straordinario e temporaneo, ed in conseguenza viene a godere, nell'esercizio delle funzioni pubbliche assunte, della stessa speciale posizione giuridica conferita agli ufficiali di polizia giudiziaria»

La Corte, inoltre «fa applicazione del principio generale della “collaborazione civica” in base al quale ogni cittadino é, secondo i casi, obbligato o facultato a svolgere attività richieste, con carattere di assoluta e urgente necessità, nel comune interesse, per far fronte ad eventi rispetto ai quali, data la loro eccezionalità o imprevedibilità, le autorità costituite non siano in grado di intervenire con la necessaria tempestività, oppure in misura sufficiente al bisogno»¹²⁴.

Come peraltro già segnalato in dottrina, dunque, la Corte ha inteso limitare la potestà d'intervento del privato al solo caso di momentanea carenza dell'autorità preposta, in via principale, ma quindi non esclusiva, a procedere all'arresto¹²⁵.

Il secondo comma dello stesso art. 383 c.p.p. enuclea poi le conseguenze dell'avvenuto arresto da parte del privato, il quale dovrà «senza ritardo consegnare l'arrestato e le cose costituenti corpo del reato alla polizia giudiziaria, la quale redige il verbale della consegna e ne rilascia copia».

In un panorama giurisprudenziale non particolarmente vasto (come peraltro immaginabile), si segnalano due decisioni, espressioni di orientamenti consolidati, fanno luce su punti non particolarmente chiari della disciplina in commento.

La Suprema Corte ha, in particolare, avuto modo di affermare che « l'arresto in flagranza di reato da parte del privato, nei casi consentiti dalla legge ex art. 383 c.p.p., si risolve nell'esercizio di fatto dei poteri anche coattivi e nell'esplicazione delle attività procedimentali propri degli organi di polizia giudiziaria normalmente destinati a esercitare tale potere [quindi] quando il privato si limita ad invitare il

¹²⁴ C. Cost. (sent.), 3 giugno 1970, n. 80 annotata da E. D'ANGELO, *Sull'illegittimità costituzionale dell'arresto in flagranza ad opera di privati*, in *Giur. Cost.*, 1970, pp. 1120 e ss.

¹²⁵ Sul punto, tra gli altri, cfr. A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Corso di diritto processuale penale*, p. 232, che evidenziano come il potere riconosciuto al privato possa essere esercitato «solo qualora l'assenza dell'autorità e l'impossibilità di un suo immediato intervento impediscano l'adozione diretta della pre-cautelata».

presunto reo ad attendere l'arrivo dell'organo di polizia giudiziaria, nel frattempo avvertito, non si versa nella fattispecie di cui all'art. 383 cit., ma è semplice denuncia, consentita a ciascun cittadino in qualsiasi situazione di violazione della legge penale»¹²⁶.

Sulla reale portata, invece, della locuzione “senza ritardo”, indicata dal secondo comma dell'art. 383 quale termine per la consegna dell'arrestato da parte del privato alla polizia giudiziaria, è stato affermato che, la *ratio* di tale disposizione è quella di imporre tale affidamento «nel più breve tempo possibile, in modo da evitare che una misura eccezionale si trasformi in un sequestro di persona dell'arrestato. Determinante ai fini della legittimità dell'arresto è [dunque] la circostanza che la persona arrestata non sia trattenuta dai privati, intervenuti nell'operazione, oltre il tempo strettamente necessario per l'esecuzione della consegna agli organi di Polizia»¹²⁷.

5. I soggetti legittimati all'arresto.

Per concludere nella disamina dell'istituto dell'arresto in flagranza, occorre dar conto della questione relativa all'individuazione dei soggetti istituzionalmente legittimati a porlo validamente in essere.

S'è già infatti notato¹²⁸ che nel vigore dei codici abrogati¹²⁹ il potere d'arresto era espressamente conferito alla polizia, nella persona dei suoi ufficiali e dei suoi agenti, e al pubblico ministero.

¹²⁶ Cass., V sez., 17 febbraio 2005, n. 10958, in CED 231223. Tale decisione si pone nel solco di Cass., IV sez., 15 dicembre 1999, n. 4751, in CED 215450. Nel caso di specie, in cui la Corte si esprime in modo ancor più netto: «dal testo del provvedimento impugnato risultava [infatti] che il proprietario di un negozio si era limitato ad invitare il presunto ladro a fermarsi e attendere l'arrivo della polizia, senza esplicitare alcuna forma di coazione; la Corte ha osservato che l'arresto in flagranza da parte del privato richiede un comportamento concludente che esprima l'intento di eseguire l'arresto, quale l'accompagnamento coattivo del soggetto presso un ufficio di polizia, ovvero l'apprensione mediante esercizio della coazione previa dichiarazione dell'intento di eseguire l'arresto».

¹²⁷ Cass., V sez., 4 maggio 1993, n. 1603, in CED 195385, edita con nota di L. FAVINO, *Ordinanza di convalida e arresto in flagranza a opera dei privati*, in *Riv. Pen.*, 1994, p. 306.

¹²⁸ *Supra*, Parte II, Cap. 1.

¹²⁹ In particolare art. 303 comma 3 cod. 1913; art. 243 cod. 1930.

Tace, invece, il codice vigente, su tale ultimo aspetto, ovvero sull'ordine di arresto del pubblico ministero: ciò in ragione di un ortodosso recepimento della direttiva n. 32, che espressamente attribuisce al pubblico ministero il solo potere di fermo, mentre lo esclude – concedendolo alla polizia giudiziaria – per l'arresto.

V'è dunque chi ritiene che tale soggetto non possa legittimamente ordinare l'arresto in flagranza¹³⁰, potendolo al contrario nell'unico caso in cui la legge glielo consenta (*ubi voluit...*)

E ciò accade, a norma dell'art. 476 c.p.p.: «quando avviene un reato in udienza, il pubblico ministero procede a norma di legge, disponendo l'arresto dell'autore nei casi consentiti»¹³¹.

Tale impostazione non è tuttavia accolta in modo unanime in dottrina.

È stato, al contrario, autorevolmente affermato, sulla scorta di una rivisitazione sistematica della questione in esame, che questa vada affrontata alla luce della dipendenza della polizia giudiziaria nei confronti del pubblico ministero.

In altre parole, questi potrebbe – pur nel silenzio della legge – comandare «l'atto coercitivo non spontaneamente eseguito; sarebbe stravagante [infatti] accordargli poteri minori rispetto ai subordinati»¹³².

¹³⁰ Cfr., *ex multis*, A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1991, p. 162: «è escluso, invece, che il pubblico ministero abbia il potere di disporre l'arresto in flagranza».

¹³¹ V'è tuttavia chi ritiene, in dottrina, che proprio da tale disposizione «nonché dal disposto degli artt. 55 comma 2° e 56 comma 1°» debba essere fatta discendere «l'esistenza di un generico potere del pubblico ministero di ordinare l'arresto nelle ipotesi in cui la polizia giudiziaria potrebbe effettuarlo di propria iniziativa». Così, testualmente, F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 531.

¹³² F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 492.

Capitolo 2.

Il fermo di indiziato di delitto.

1. Presupposti applicativi del principale veicolo pre-cautelare.

Esaurita l'analisi dei presupposti applicativi dell'arresto in flagranza, si esamineranno ora quelli della seconda misura pre-cautelare regolamentata nel vigente codice di rito, ovvero il fermo di indiziato di delitto.

Prevede l'art. 384 comma 1 c.p.p., la possibilità (come vedremo, per il pubblico ministero e, in difetto di questi, pure per la polizia giudiziaria) di disporre tale misura «quando sussistano specifici elementi che, anche in relazione all'impossibilità di identificare l'indiziato, [ne] fanno ritenere fondato il pericolo di fuga [; ciò, nei confronti] della persona gravemente indiziata di un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni, ovvero di un delitto concernente le armi da guerra e gli esplosivi, o di un delitto commesso con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico».

Principiando proprio da quest'ultime disposizioni, è agevole notare come il Legislatore, usando la stessa tecnica normativa già utilizzata per l'arresto (sia obbligatorio, sia facoltativo), abbia ristretto il novero dei delitti per i quali è possibile adottare il provvedimento di fermo attraverso il solito, duplice, criterio quantitativo e qualitativo.

In ossequio al primo di tali criteri, dunque, sarà possibile procedere al fermo del “gravemente indiziato” solo dei delitti che siano sanzionati con la pena dell'ergastolo o della reclusione, in tal'ultimo caso estesa oltre un minimo di due anni e un massimo di sei anni.

Rispetto al c.d. criterio quantitativo, invece, sono stati inseriti nella norma in commento una serie di delitti, indicati però in modo meno analitico rispetto alle omologhe elencazioni di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p.: il riferimento, infatti, è a macro-aree di delitti, tutti riferibili alla salvaguardia dell'ordine pubblico e dell'ordinamento costituzionale.

Trattasi peraltro, probabilmente, di una superfetazione normativa, poiché tutti i delitti indicati dall'articolo in esame “godono”, in ragione della loro intrinseca

gravità, di un trattamento sanzionatorio tale da consentirgli l'agevole collocazione nel primo gruppo di reati per i quali è possibile procedere al fermo, cioè a dire quelli compresi nei limiti edittali fissati dalla stessa norma.

Ad ogni modo, tale disposizione è certamente in linea con la previsione dell'art. 2 n. 32 della legge delega per l'emanazione del vigente codice di rito, per cui «anche fuori dai casi di flagranza [...] la polizia giudiziaria ha il potere-dovere di fermare [...] e il pubblico ministero quello di disporre il fermo di colui che è fortemente indiziato di gravi delitti quando vi è fondato pericolo di fuga».

È ben possibile affermare, dunque, che l'indicazione di quella ristretta forbice edittale, che include delitti puniti con pene piuttosto alte, nonché – in via residuale – dei reati espressamente elencati, rappresentino la trasposizione codicistica della locuzione “gravi reati”, utilizzata dal Legislatore delegante.

Tale ultima scelta normativa, come è stato felicemente – per i fini che si propone il presente lavoro – detto, risponde a una logica di parificazione fra i presupposti applicativi del fermo e quelli delle misure cautelari, essendo stato previsto un «doppio parametro (pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e pena non inferiore nel massimo a sei anni) rispetto all'unico del vecchio codice (solo il riferimento alla pena non inferiore nel massimo a sei anni di reclusione) al fine di evidenziare l'attenzione posta ai principi di adeguatezza e proporzionalità che caratterizzano il nuovo sistema delle misure cautelari»¹³³.

Oltre al presupposto rappresentato dal *minimum* edittale, gli ulteriori requisiti dell'istituto precautelare in esame risultano afferenti al profilo soggettivo, riguardando, rispettivamente, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in capo al fermato e il concreto pericolo che questi fugga.

Evidenti, anche in relazione a tali presupposti, le affinità con il mondo cautelare, di cui il fermo finisce per rappresentare – in modo manifesto – una antecedente logico, dal punto di vista teorico, e cronologico, dal punto di vista della sua applicazione pratica, evidentemente tesa (o almeno così dovrebbe essere), alla

¹³³ L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit.), p. 401, n. 5, in cui a sua volta l'Autore si riferisce alla *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 97.

successiva applicazione di una misura coercitiva stabile.

D'altra parte, è stato osservato che «salvo a non voler fare del provvedimento provvisorio uno strumento di inquisizione poliziesca (collegato a un quadro probatorio evanescente e che, al momento dell'adozione della misura, è probabilmente destinato ad evolvere verso la situazione “gravemente indiziante” da sottoporre al giudice), il sistema della successiva “conversione” della misura cautelare impone [...] di individuare l'unicità del parametro valutativo e di connetterlo alla formulazione di un giudizio di notevole probabilità circa la commissione del reato da parte del soggetto ovvero alla logica ed immediata ricostruzione dell'illecito nei suoi elementi oggettivi e nella sua riferibilità ad un autore determinato»¹³⁴.

Le stesse Sezioni unite della cassazione, nella pronuncia che – malgrado non recentissima – può essere a tutt'oggi considerata un *leading case* in tema di fermo di indiziato di delitto, ne chiariscono la *ratio*, e con essa la sua natura composita, ma certamente temporanea e servente rispetto all'applicazione di una più stabile misura coercitiva: «il fermo va [infatti] inteso come una misura predisposta dalla legge allo scopo di non compromettere irrimediabilmente lo sviluppo delle indagini preliminari e l'esercizio della funzione della p.g. e del p.m. [...] Tale eccezionalità del fermo, considerata, quindi, in relazione all'organo da cui il decreto viene emesso sia il presupposto di fatto al quale lo stesso è subordinato, consistente in una situazione di probabilità, da accertarsi in concreto, rappresentata dal pericolo di fuga dell'indiziato, implica l'ulteriore connotazione della sua temporaneità, non potendo, infatti, detto provvedimento protrarre i suoi effetti un volta che abbia avuto esecuzione e di cui, attraverso il provvedimento di convalida da parte del giudice, ne sia stata verificata la legittimità.»¹³⁵

Venendo all'esame degli ulteriori presupposti del fermo, è indubbia la sovrapponibilità fra il contenuto precettivo della locuzione «gravemente indiziato della commissione di un reato [...]» utilizzata dall'art. 384 c.p.p., rispetto a quella di

¹³⁴ Così, testualmente, L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.* (cit.), p. 403; Cfr., inoltre, L. SCOMPARIN, *Arresto e fermo* (cit.), p. 249.

¹³⁵ Cass., sez. un., 11 maggio 1993, n. 9, CED 193748, annotata da S. PALLA, *Sulla possibilità di convalidare od impugnare il fermo non eseguito*, in *Cass. pen.*, 1993, 2813.

«gravi indizi di colpevolezza» prevista dall'art. 274 c.p.p. quale presupposto per l'emaneazione *ab initio* di un'ordinanza cautelare.

In tal senso si è espressa, infatti, la giurisprudenza di legittimità.

È stato affermato che l'esercizio del potere di fermo deve trovare fondamento «sulla base di indizi che devono rivestire quella stessa connotazione di gravità richiesta dall'art. 273 c.p.p. l'applicazione di misure di coercizione personale»¹³⁶.

Non v'è quindi, «sul piano della dimensione qualitativa»¹³⁷, distinzione tra indizi che legittimano il fermo ad opera della polizia giudiziaria o del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari e quelli che autorizzano l'adozione di un provvedimento limitativo della libertà da parte dell'autorità giudiziaria, essendo evidentemente stato stabilito dal Legislatore un parametro di qualificazione uniforme¹³⁸.

Non essendo questa la sede per un approfondimento sull'ampio tema dell'esatta portata definizione della locuzione “gravi indizi di colpevolezza” di cui all'art. 273 c.p.p., la cui definizione come visto può e deve essere adottata anche per l'omologo presupposto di cui all'art. 384 c.p.p., ci si limiterà – parafrasando un recente arresto giurisprudenziale – ad affermare che in tal senso vadano intesi «quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa che – contenendo in

¹³⁶ Cass., I sez., 9 marzo 1992, n. 1090, CED 191163.

¹³⁷ Tale locuzione è tratta dalla decisione citata nella nota precedente. In dottrina, si è espresso, nei medesimi termini, F. VERGINE, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto*, in G. GARUTI (a cura di), *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2009, p. 432.

¹³⁸ In tal senso, *incidenter tantum*, si è pure espressa Cass., I sez., 22 dicembre 1993, n. 5651, CED 196551, il cui fulcro è però rappresentato dall'affermazione per la quale: « Una volta che si siano realizzati i presupposti stabiliti dall'art. 384 comma primo c.p.p. il fermo non può essere precluso dall'istanza di audizione o dalla presentazione dell'indagato». Tale decisione è annotata da M. COLAMUSSI, *Osservazioni a Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 1993, Puglisi*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 3374 e ss., in cui l'Autore, individua la *ratio* della comunanza dei presupposti necessari al fermo di indiziato e alle misure cautelari coercitive personali nella necessità di «approntare una uniforme garanzia a tutela della libertà individuale e confermare l'eccezionalità dei provvedimenti restrittivi, sia pure con carattere di provvisorietà come nel caso del fermo». Cfr., inoltre, L. SCOMPARIN, *Arresto e fermo* (cit.), pp. 248 e ss., per cui è evidente «il parallelo [dei “gravi indizi” di cui all'art. 384 c.p.p.] con l'art. 273.1 in tema di successiva misura cautelare».

“nuce” tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell’indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza»¹³⁹.

In modo strutturalmente analogo, l’ulteriore requisito della “concretezza”, relativo al richiesto “pericolo di fuga”, «sembra disegnato sulla falsariga dell’esperienza cautelare disciplinare dell’art. 274, comma 1, lett. b) c.p.p.»¹⁴⁰.

Infatti, gli elementi che possono far ritenere fondato il pericolo di fuga, ai fini della legittimità del fermo, devono essere, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, «anzitutto specifici ossia dotati di una capacità di personalizzazione, indirizzata proprio nei confronti di quel singolo soggetto che si sospetta stia per darsi alla fuga. Tuttavia il requisito della concretezza del pericolo di fuga, non implica una particolare intensità cioè un grado particolarmente elevato di

¹³⁹ Così, fra le altre, la recente Cass., II sez., 14 giugno 2013, n. 28865, in CED 256657. Tale sentenza si pone, sul punto, nel solco definitorio tracciato, in epoche più remote, da Cass., I sez., 6 luglio 1995, n. 4117, CED 202435, per la quale «la condizione generale per l'emissione di qualsiasi provvedimento cautelare è la sussistenza di gravi indizi che, quantitativamente e qualitativamente valutati nella loro essenza e nella loro coordinazione logica, resistano a interpretazioni alternative e conducano a ritenere in modo altamente probabile, pur senza raggiungere la certezza propria del giudizio di cognizione, che il reato per cui si indaga sia attribuibile all'imputato»: in tal caso, la Corte aveva ritenuto illegittima, in mancanza di altri elementi indiziari, a far ritenere quell'alta probabilità di colpevolezza dell'indagato richiesta dall'art. 273 c.p.p. un' ordinanza di custodia cautelare per il reato di omicidio, fondata esclusivamente sulla causale dell'odio e della vendetta. Ancora, sul diverso aspetto della necessitata valutazione integrale degli indizi disponibili, cfr. Cass., II sez., 5 dicembre 2012, n. 9269, CED 254871, per cui «il requisito della gravità degli indizi di colpevolezza non può essere ritenuto insussistente sulla base di una valutazione separata dei vari dati probatori, dovendosi invece verificare se gli stessi, coordinati ed apprezzati globalmente secondo logica comune, assumano la valenza richiesta dall'art. 273 c.p.p., atteso che essi, in considerazione della loro natura, sono idonei a dimostrare il fatto se coordinati organicamente». Sul tema, in dottrina, vd. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, *passim*.

¹⁴⁰ K. LA REGINA, *L'udienza di convalida* (cit.), p. 181.

probabilità, ma solo l'esistenza di un pericolo reale, effettivo e non immaginario, secondo quanto appare pure dalla modifica legislativa da "sospetto di fuga" a "pericolo di fuga", sicché dal mero sospetto si è passati ad un rischio possibile se non probabile»¹⁴¹.

È stato pure affermato, sul punto, che il pericolo di fuga non può essere presunto sulla base del titolo di reato in ordine al quale si indaga, ma deve essere fondato su elementi specifici, ossia dotati di capacità di personalizzazione, e desumibili da circostanze concrete; pertanto «l'atto di colui che si allontana dal luogo in cui è stato commesso il reato e si rende momentaneamente irreperibile, non va confuso con il pericolo di fuga, altrimenti il provvedimento di fermo sarebbe legittimo in tutti i casi in cui l'indagato non sia stato arrestato nella flagranza ovvero il reato venga accertato successivamente»¹⁴².

Adottando un'impostazione casistica, è dunque possibile affermare che il requisito in esame è stato ritenuto "concreto", e come tale bastante per il fermo:

- nei confronti dell'indagato straniero, non essendo possibile escluderla dal mero dato del radicamento esistenziale dello stesso in un determinato contesto territoriale¹⁴³;
- nel caso in cui, intercettato, il fermato lasci intendere di essere preoccupato per un fatto, relativo al medesimo procedimento, appena accaduto (e cioè l'arresto di

¹⁴¹ Cass., III sez., 11 luglio 2013, n. 39542, CED 256975.

¹⁴² Cass., III sez., 18 dicembre 2003, n. 4089, CED 228486.

¹⁴³ Cass., IV sez., 21 aprile 2011, n. 31316, CED 251345. La Corte ha infatti rilevato, nel caso di specie, che «il radicamento esistenziale in un territorio non è ragione da sola sufficiente ad escludere un concreto pericolo di fuga posto che proprio il parametro legale della concretezza e attualità di quel pericolo impone una analisi e una verifica specifica in fatto che non può essere surrogata da una affermazione generica, suscettibile di essere in ogni momento superata dalla concretezza delle intenzioni, dei preparativi e dei fatti sui quali il giudice del precautelare, deve fornire adeguata valutazione. L'affermazione con la quale il Gip sottolinea che "il tenore delle telefonate su cui è fondata la richiesta di convalida, non appare tale da giustificare in termini di attualità il pericolo paventato, si risolve in una petizione di principio che da per dimostrato (o motivato) proprio ciò che doveva essere dimostrato (o motivato). L'ordinanza impugnata deve essere annullata affinché il giudice di rinvio provveda a fornire motivazione specifica circa la concreta esistenza di un pericolo di fuga valutato, con esplicita dimostrazione logico-giuridica, a fronte delle specifiche emergenze ritualmente acquisite al processo.

- un coindagato, che già si era allontanato da casa)¹⁴⁴;
- nel caso in cui l'indagato si era allontanato dal luogo ove viveva con la compagna, venendo ritrovato soltanto a seguito di indagini non semplici¹⁴⁵;
 - nel caso in cui il fermato, persona gravemente indiziata di violenza sessuale – avesse rivelato, nell'interrogatorio, la sua intenzione di trasferirsi all'estero per trovare lavoro; ciò “il più presto possibile”¹⁴⁶;
 - nel caso in cui sia avvenuto l'arresto dei presunti complici¹⁴⁷;
 - malgrado la presentazione, da parte dello stesso indagato, di un'istanza di audizione¹⁴⁸;
 - sulla base della valutazione congiunta della gravità del reato e della vicinanza e scarsa vigilanza del confine con la Slovenia¹⁴⁹.

Il pericolo di fuga, al contrario, non è stato ravvisato nei confronti «di un soggetto solo perché altro, ancorché coindagato, si [fosse] già dato alla fuga»¹⁵⁰, o nel caso in cui l'indagato, pur non rientrato presso la sua abitazione al sera successiva al reato, non appena «avvertito da un familiare delle ricerche disposte

¹⁴⁴ Cass., I sez., 12 maggio 2004, n. 23681, CED 228998.

¹⁴⁵ Cass., II sez., 20 ottobre 2011, n. 48367, CED 252048.

¹⁴⁶ Cass., III sez., 11 luglio 2013, n. 39542, (cit.)

¹⁴⁷ Cass., I sez., 27 marzo 1991 n. 1520, CED 187048. Tale decisione risulta particolarmente significativa nella parte motiva in cui afferma che «in tema di fermo di indiziato di delitto, non deve confondersi l'atto di chi si allontana dal luogo in cui è stato consumato il reato, con il “pericolo di fuga” che costituisce il presupposto della misura precautelare; se così non fosse, infatti, il fermo sarebbe eseguibile in tutti i casi in cui l'indiziato non è stato arrestato per il semplice fatto di essere riuscito ad allontanarsi, mentre la legge pretende che il pericolo in questione debba trarsi da elementi “specifici”, ossia dotati di capacità di personalizzazione, indirizzata proprio nei confronti di quel singolo individuo che si sospetta stia per darsi alla fuga (sicché deve escludersene la configurabilità solo perché un coindagato si sia già sottratto alle investigazioni); e “concreti”, sicché non può essere meramente ipotizzato ne' ritenuto sulla sola base del titolo di reato in ordine al quale si indaga, perché quest'ultimo elemento costituisce limite della esperibilità del fermo (in relazione alle pene edittali previste ed all'oggetto del reato), non elemento che di per sé configuri la probabilità di fuga».

¹⁴⁸ Cass., I sez., 22 dicembre 1993, n. 5651, CED 196551.

¹⁴⁹ Cass., I sez., 23 marzo 1994, n. 1936, CED 197214, imp. Spangher.

¹⁵⁰ Cass., VI sez., 31 maggio 1993, n. 1630, CED 195259.

nei suoi confronti, era immediatamente rientrato a casa per mettersi a disposizione delle forze dell'ordine»¹⁵¹.

In relazione a tale tematica, preme infine rilevare come l'art. 11 della l. 26 marzo 2001, n. 128 abbia inserito, nell'art. 384 c.p.p., fra gli elementi concreti che devono essere valutati al fine di integrare il requisito del pericolo di fuga anche «l'impossibilità di identificare l'indiziato».

Tale norma, introdotta per agevolare il fermo degli stranieri clandestini di ardua, per non dire impossibile, identificazione, e di coloro adusi a fornire generalità multiple o *alias*¹⁵², pur imponendo di considerare tale elemento, così significativamente ampliando le maglie applicative del fermo, non ha tuttavia modificato la natura dell'istituto, limitandosi ad introdurre una presunzione *iuris et de iure* della sussistenza del pericolo di fuga in tutti i casi in cui sia difficile – se non impossibile – accertare le esatte generalità dell'indagato.

Ciò premesso, afferma la Cassazione che è tuttavia compito del giudice di merito, in sede di convalida, verificare «se le difficoltà nell'identificare le esatte generalità dell'indiziato, possano far ritenere sussistente - in concreto - il pericolo di fuga»¹⁵³: può e deve, quindi, quest'ultimo valutarlo, malgrado tale presunzione che è vincibile da elementi di segno opposto.

2. I soggetti legittimati al fermo di indiziato di delitto.

Secondo il dettato dell'art. 384 c.p.p., il soggetto legittimato in via principale all'emanazione del decreto di fermo (tale è, infatti, ai sensi dell'art. 122 disp. att. c.p.p., il relativo provvedimento) è il pubblico ministro, *dominus* della fase delle indagini preliminari.

L'art. 3, comma 1, del d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 (provvedimento riguardante l'organizzazione interna dell'ufficio del pubblico ministero) afferma che «il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio deve essere assentito per iscritto dal Procuratore della Repubblica, ovvero dal procuratore aggiunto, ovvero dal magistrato appositamente delegato»

¹⁵¹ Cass., I sez., 10 gennaio 2006, n. 5244, CED 234066.

¹⁵² Così, M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare* (cit.), p. 74.

¹⁵³ Cass., II sez., 7 aprile 2010, n. 15315, CED 246917.

a ciò ai sensi dell'art. 1, comma 4, dello stesso provvedimento.

Le Sezioni unite della cassazione, chiamate a sindacare l'esatta portata della predetta norma, e in particolare se la domanda cautelare non "ratificata" dal procuratore capo fosse affetta da nullità ex art. 178 lett. b) c.p.p., hanno deciso nel senso che «tale forma di assenso scritto [...] non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, né di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice»¹⁵⁴.

Ciò, par di comprendere dalla motivazione del supremo Collegio, in ragione del fatto che la disposizione in esame rilevarebbe, in modo esclusivo, rispetto all'organizzazione interna delle singole procure, ed avrebbe valenza meramente «ordinamentale e disciplinare»¹⁵⁵.

Data la sostanziale comunanza, in punto i presupposti, fra la disciplina delle misure precautelari con quella delle misure cautelari, occorre dunque affermare la validità del decreto di fermo emesso dal procuratore della Repubblica, pur nel caso in cui non venga assentito dal procuratore capo.

Se il potere di fermo, dunque, compete in primo luogo al pubblico ministero, l'art. 384 c.p.p. disciplina l'ipotesi d'intervento della polizia giudiziaria in modo suppletivo e integrativo, in situazione di inerzia "qualificata" del titolare.

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, cui spetta comunque l'esecuzione del provvedimento, possono – ai sensi dell'art. 384 comma 2 c.p.p. – procedere d'iniziativa solo nella fase precedente al momento in cui il pubblico ministero

¹⁵⁴ Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 8388, CED 242293, con nota di M. CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4157 e ss.

¹⁵⁵ Così, M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare* (cit.), p. 75, per cui «le eventuali condotte elusive della prerogativa riservata al procuratore della Repubblica da parte del sostituto, da un lato, o le eventuali determinazioni strumentali del primo, lesive dei pur legittimi spazi di autonomia spettanti al secondo, dall'altro, non rivestono alcun rilievo "esterno" sul terreno del regime propriamente processuale, né integrano alcuna nullità degli atti del procedimento». Per un'approfondita disamina dell'argomento, cfr. E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, pp. 100 e ss.; ID., *Domanda cautelare* (voce), in *Enc. dir.*, 2014, pp. 260 e ss.

«abbia assunto la direzione delle indagini»¹⁵⁶ o nel caso in cui, pur essendo già questi intervenuto esplicando i propri poteri di direzione, «sia successivamente individuato l'indiziato» ovvero «sopravvengono specifici elementi, quali il possesso di documenti falsi, che rendano fondato il pericolo che l'indiziato stia per darsi alla fuga, e non sia possibile, per la situazione d'urgenza, attendere il provvedimento del pubblico ministero»¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr., sul punto, Cass., I sez., 24 giugno 1992, n. 2998, CED 192216, per la quale «non basta, al fine di escludere la legittimità del fermo operato dalla P.G. che il P.M. sia stato semplicemente informato del reato, ciò servendo ad altri fini, come a quello della iscrizione della "*notitia criminis*" nel registro di cui all'art. 405, secondo comma, cod. proc. pen., ma è necessario che il P.M. si sia attivato nell'esercizio concreto dei suoi poteri sulla polizia giudiziaria».

¹⁵⁷ L'esatta portata applicativa della presente disposizione è offerta da Cass. V sez. 17 aprile 2001, n. 25322, CED 219474: «la polizia giudiziaria può procedere di propria iniziativa al fermo di persona indiziata di reato, anche nel caso in cui il Pubblico ministero abbia già assunto la direzione delle indagini, solo quando, non essendo possibile attendere il provvedimento di quest'ultimo, sopravvengano specifici elementi che rendono fondato il pericolo che il soggetto sia per darsi alla fuga, vale a dire si stia già, in concreto, sottraendo alle ricerche della competente autorità». Ciò in ragione del diverso portato della locuzione «fondato pericolo di fuga», richiesta dai primi due commi dell'art. 384 c.p.p. e d il concetto espresso con i termini «stia per darsi alla fuga», che stanno ad indicare chi stia in concreto scappando.

Capitolo 3.

Dinamiche procedurali conseguenti all'arresto e al fermo

1. *L'attività della polizia giudiziaria in conseguenza dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato di delitto.*

Analizzati, nei capitoli precedenti, i presupposti applicativi delle misure precautelari oggetto di trattazione, si procederà ora nell'esame della loro parte dinamica, ovvero della disciplina codicistica tesa a regolamentare i momenti immediatamente successivi all'arresto in flagranza e al fermo di indiziato di delitto.

È tuttavia necessaria una notazione di metodo.

La disciplina in esame, che risente – e diversamente non potrebbe essere – di una forte derivazione costituzionale, posto che lo stesso art. 13 Cost. regola le modalità di intervento coercitivo urgente ad opera della polizia giudiziaria, presenta degli aspetti piuttosto pacifici (si pensi, appunto, alle ipotesi di decadenza delle misure precautelari per inutile decorso dei termini previsti, *in primis* dalla Costituzione, per la presentazione dell'arrestato/fermato al pubblico ministero, e da questi al giudice della convalida) ed altri tutt'ora assai controversi: a titolo esemplificativo, il riferimento va alle garanzie difensive offerte nel corso dell'udienza *ex art.* 391 c.p.p. e alla c.d. *disclosure*, ovvero l'ampia tematica afferente all'accessibilità agli atti fondanti la richiesta cautelare ad opera del difensore del pre-cautelato.

È in particolare su tali aspetti dunque che, pur non trascurando l'intera dinamica, ci si concentrerà nel proseguo; gli altri, di contro, saranno accennati.

Volta eseguito l'arresto o il fermo, incombono in capo a «gli ufficiali e agli agenti» che hanno applicato la misura, o che «hanno avuto in consegna l'arrestato» (giacchè a norma dell'art. 120 disp. att. c.p.p. non dev'esserci necessariamente identità fra i “catturanti” e coloro che provvedono agli adempimenti conseguenti¹⁵⁸) «una serie di obblighi»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Dispone infatti tale articolo che «agli adempimenti previsti dall'articolo 386 del codice possono provvedere anche ufficiali e agenti di polizia giudiziaria diversi da quelli che hanno eseguito

Devono infatti, a norma dell'art. 386 c.p.p., darne «immediata notizia al pubblico ministero del luogo ove l'arresto o il fermo è stato eseguito».

Per quanto attiene, invece, le garanzie difensive spettanti al catturato, ricorre in capo agli operanti, a norma dello stesso art. 386 c.p.p., l'obbligo di «avvertire l'arrestato o il fermato della facoltà di nominare un difensore di fiducia. Dell'avvenuto arresto o fermo gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria informano immediatamente il difensore di fiducia eventualmente nominato ovvero quello d'ufficio designato dal pubblico ministero a norma dell'art. 97 c.p.p.».

Rispetto alle conseguenze dell'omesso adempimento di tali ultimi obblighi informativi, è stato recentemente ribadito quell'orientamento, invero consolidato, per cui, in relazione al primo dei due oneri, «l'inosservanza, da parte della polizia giudiziaria, del dovere di avvertire l'arrestato o il fermato della facoltà di nominare un difensore di cui all'art. 386 cod. proc. pen., non essendo sanzionata sul piano processuale, non determina alcuna forma di invalidità o inefficacia dell'atto»¹⁶⁰.

Tale impostazione, che risponde a una logica prettamente formalistica, si basa sulla mancanza di un'espressa sanzione sul piano processuale¹⁶¹.

l'arresto o il fermo. Se l'arresto o il fermo è stato eseguito da agenti di polizia giudiziaria, questi provvedono a darne immediata notizia all'ufficiale di polizia giudiziaria competente ad adottare il provvedimento di liberazione previsto dall'articolo 389 comma 2 del codice.»

¹⁵⁹ Così li definisce, F. CAPRIOLI, *Indagini preliminare e udienza preliminare* (cit.), p. 537.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., VI sez., 25 giugno 2013, n. 34083, CED 25655;

¹⁶¹ In tal senso, peraltro, s'era espressa Cass., II sez., 16 ottobre 2003, n. 43063, CED 226920, per cui: «l'inosservanza, da parte della polizia giudiziaria, del dovere avvertire l'arrestato o il fermato della facoltà di nominare un difensore di cui all'art. 386 cod. proc. pen., non essendo sanzionata sul piano processuale, non determina alcuna forma di invalidità o di inefficacia dell'atto»; vd. anche Cass., V sez., 10 settembre 1991, n. 10646, CED 188309, con nota parzialmente critica di D. CARCANO, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato: garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1992, n. 2142. Tale orientamento origina, peraltro, da Cass., I sez., 20 febbraio 1990, n. 417, in CED 18367, per cui la previsione in commento costituirebbe una mera «norma di comportamento per la polizia giudiziaria la cui inosservanza non comporta alcuna sanzione sul piano processuale». Tesi, quest'ultima, avversata – tra gli altri, da G. SPANGHER, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 282, per cui l'unico obbligo informativo

Per quanto riguarda, invece, «la mancata comunicazione dell'arresto in flagranza [o del fermo] al difensore d'ufficio nominato nella circostanza», essa, secondo il medesimo arresto, «non dà luogo a nullità alcuna perché nessuna norma la prevede, non potendo tale omissione essere ricondotta alla previsione dell'art. 178 lett. c) c.p.p., poiché l'obbligo di informazione dell'arresto non attiene, in modo diretto, all'assistenza dell'imputato, e non incide, quindi, sul diritto di difesa, al cui esercizio è finalizzato il successivo interrogatorio da parte del giudice competente per la convalida»¹⁶².

Siffatte considerazioni, tuttavia, non convincono pienamente perché, ferma restando la possibilità, per il pubblico ministero, *ex art. 104 comma 4 c.p.p.*, di “impedire” un contatto fra l'arrestato e il difensore sino a quando il primo non è posto a disposizione del giudice, gli adempimenti informativi di cui all'art. 386 comma 1 e 2 c.p.p. risultano «indispensabili per consentire al soggetto arrestato o fermato di esercitare il [proprio] diritto di conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo»¹⁶³.

Ulteriore onere informativo incombente in capo agli operanti è quello di avvisare «senza ritardo» dell'avvenuto arresto o fermo, previo consenso del *captivus*, i famigliari dello stesso, i quali – a norma dell'art. 96 comma 3 c.p.p. potranno – finché il diretto interessato non vi abbia provveduto – procedere alla nomina di un difensore di fiducia in favore del congiunto arrestato o fermato.

Dal punto di vista più strettamente dinamico, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedenti – in ossequio a quanto disposto dall'art. 386 comma 3 c.p.p., in relazione al quale è evidente il tributo all'art. 13 comma 3 Cost. – «pongono l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore dall'arresto o dal fermo».

L'unica circostanza per cui tale obbligo, previsto a pena di inefficacia della misura

sprovvisto di sanzioni processuali dovrebbe essere quello relativo alle comunicazioni della cattura ai famigliari del catturato, mentre quello in favore del difensore non sarebbe «riconducibile alla mera – anticipata – conoscenza di un fatto storico».

¹⁶² Ancora Cass., VI sez., 25 giugno 2013, n. 34083. Analogamente: Cass., VI sez., 6 maggio 2009, n. 31281, CED 244679; Cass. VI sez., 14 gennaio 2000, n. 246, CED 216513.

¹⁶³ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminare e udienza preliminare* (cit.), p. 537.

precautelare in essere dallo stesso art.386 comma 7 c.p.p., può essere inadempito, è la ricorrenza di uno dei casi di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato previsti dall'art. 389 c.p.p., a mente del quale « se risulta evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dei casi previsti dalla legge o se la misura dell'arresto o del fermo è divenuta inefficace [per decorrenza dei termini a tal fine individuati], il pubblico ministero dispone con decreto motivato che l'arrestato o il fermato sia posto [per decorrenza dei termini a tal fine individuati]immediatamente in libertà»: ma, in tali casi, prosegue la citata norma, «la liberazione è altresì disposta prima dell'intervento del pubblico ministero dallo stesso ufficiale di polizia giudiziaria, che ne informa subito il pubblico ministero del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito». Evidente, in tale disposizione, il *favor libertatis* per l'arrestato (o fermato) nei confronti del quale appaia *prima facie* l'illegittimità della coercizione fisica: ricorrendo le ipotesi tassativamente previste dalle predetti disposizioni, questi dovrà essere liberato su impulso della stessa polizia giudiziaria, che quindi potrà astenersi dagli adempimenti successivi, tranne informare dell'avvenuta caducazione della misura il pubblico ministero territorialmente competente.

In caso contrario, invece, l'arrestato o fermato dovrà essere posto a disposizione del pubblico ministero.

Soccorre, nell'individuazione dell'esatto contenuto precettivo della locuzione – invero piuttosto vaga – «porre a disposizione», la lettera dello stesso art. 386 comma 4 c.p.p., che prevede che tale obbligo, ancora pendente in capo agli agenti e agli ufficiali operanti l'arresto e il fermo (o comunque intervenuti in conseguenza dello stesso), debba essere adempiuto «mediante la conduzione nella casa circondariale o mandamentale del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito».

Nell'ipotesi base, prevista dalla norma in commento, quindi, il catturato viene portato *manu militari* in carcere¹⁶⁴; le subordinate sono previste dallo stesso art. 386 c.p.p., rispettivamente come “clausola di salvezza” rispetto al disposto dello stesso quarto comma e come ulteriore possibilità (di favore), secondo il disposto

¹⁶⁴ Cfr. F. CORDERO, *Procedure penale* (cit.), p. 500, per cui «"casa" è nome eufemistico, equivale a carcere».

del comma 5.

Così, *in primis*, l'arrestato in flagranza potrà, ai sensi dell'art. 558 c.p.p., essere condotto istantaneamente, dagli stessi operanti, in udienza per la convalida contestuale all'instaurando rito direttissimo¹⁶⁵; inoltre, «spetta al pubblico ministero destinarlo altrove [rispetto al carcere più prossimo], quando lo richiedano gravi esigenze istruttorie; o disporre un equivalente degli arresti domiciliari»¹⁶⁶.

Dal punto di vista fisico, dunque, così si estrinseca la messa a disposizione dell'arrestato al pubblico ministero.

Ma vi è di più: nel medesimo termine, «al più presto e comunque entro ventiquattrore dall'arresto e dal fermo» deve pure essere trasmesso dagli operanti al pubblico ministero, «anche per via telematica»¹⁶⁷ il verbale di arresto o di fermo, da questi redatto, contenente l'eventuale nomina del difensore di fiducia, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito e l'enunciazione delle ragioni che lo hanno determinato¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Tale previsione è stata introdotta dall'art. 1, comma 01, del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni nella l. 17 febbraio 2012, n. 9.

¹⁶⁶ Ancora F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 500.

¹⁶⁷ L'aggiunta modernista, giustificata dalla ristrettezza dei termini, è dovuta al recente art. 1, comma 1, lett. a) *bis* del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modifiche nella l. 9 agosto 2013, n. 94.

¹⁶⁸ Sulle modalità operative-pratiche, in relazione alla redazione del verbale d'arresto, è stato affermato – in giurisprudenza – che: (i) deve considerarsi «valido il verbale di arresto in cui siano indicati i nominativi di tutti gli operanti che l'hanno eseguito, ma che sia stato redatto e sottoscritto mediante sigle autografe solo da alcuni di essi» (Cass., VI sez., 16 aprile 2010, n. 28133, CED 247771); (ii) che altrettanto valido debba essere considerato «anche se l'indagato non lo ha sottoscritto, atteso che alcun dubbio può sussistere in ordine alla sua partecipazione all'atto, nel mentre la qualità di arrestato consegue all'effettiva privazione della libertà personale e non alla redazione del menzionato verbale» (Cass, IV sez., 26 febbraio 2009, n. 15857, CED 243962; (iii) che nemmeno è sussistente «L'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di tradurre il contenuto del verbale d'arresto di uno straniero alloglotta, in una lingua a lui nota, non può essere desunto dalle disposizioni della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 (sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali), non rientrando il predetto verbale tra i "documenti fondamentali" per garantire l'esercizio del diritto di difesa, individuati dall'art. 3 della direttiva. (Principio affermato prima dell'emanazione del

Il pubblico ministero può inoltre accordare, anche oralmente¹⁶⁹, una dilazione del termine; deve però esistere, alla base di tale assentito “ritardo”, una ragione fondata su «specifiche circostanze di fatto, di tempo e di luogo» che rendano «impossibile ovvero oggettivamente difficoltosa la trasmissione degli atti entro le prescritte 24 ore»¹⁷⁰.

Prevede infine l'art. 386 comma 5 c.p.p. che nel caso in cui il fermo fosse stato disposto da un pubblico ministero non competente rispetto al luogo ove lo stesso è stato eseguito, il relativo verbale deve essere trasmesso, ad opera della polizia giudiziaria operante, sia al pubblico ministero territorialmente competente in relazione al luogo della cattura, sia a quello che lo aveva disposto¹⁷¹.

D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, attuativo della richiamata direttiva)» (Cass., VI sez., 24 ottobre 2013m n. 50104, CED 258322

¹⁶⁹ In tal senso, *ex multis*, Cass., IV sez., 9 febbraio 2012, n. 18843, CED 253554, per cui «l'autorizzazione del pubblico ministero a dilazionare la trasmissione del verbale di fermo ai sensi dell'art. 386 c.p.p., comma 2 può assumere la forma orale non prevedendo la detta norma una forma particolare e dovendosi ritenere che il principio fissato nell'art. 125 c.p.p., comma 6 (secondo il quale i provvedimenti, quando non è stabilito altrimenti, sono adottati oralmente), se vale per il giudice, vale a fortiori per il pubblico ministero»

¹⁷⁰ Così, da ultima, Cass., I sez., 14 ottobre 2011, n. 45424, in CED 251551. In tale arresto, la Corte ha precisato, inoltre, che «la relativa autorizzazione va succintamente motivata, non potendo ritenersi rimessa alla mera discrezionalità del P.M., ovvero ritenersi implitamente giustificata da esigenze organizzative e da orari di funzionamento degli uffici giudiziari, da ritenere subordinate alla preminenza delle funzioni e competenze istituzionali svolte». In senso parzialmente contrario, però, si era espressa Cass., VI sez., 8 maggio 2003, n. 20509, CED 225720: «La facoltà che l'art. 386 comma terzo cod.proc.pen. concede al pubblico ministero di autorizzare una “dilazione maggiore” per la trasmissione del verbale di fermo o di arresto va esercitata caso per caso, con riferimento alle specifiche circostanze di fatto, di tempo e di luogo, nelle quali la trasmissione degli atti entro le prescritte 24 ore può risultare impossibile ovvero oggettivamente difficoltosa. In tali oggettive difficoltà non possono essere ricomprese le modalità organizzative o gli orari degli uffici giudiziari, che invece devono essere articolati secondo le priorità delle funzioni e delle competenze istituzionali, tra cui anche la pronta attivazione del pubblico ministero per l'immediata liberazione dell'arrestato o del fermato ai sensi dell'art. 389 cod.proc. pen.»

¹⁷¹ Per F. CORDERO, *Procedura penale* (cit.), p. 500, pur nel silenzio normativo, tale disposizione varrebbe anche in caso di arresto eseguito altrove su disposizione di un pubblico ministero territorialmente incompetente: «l'art. 386⁶ parla solo del fermo, ma sappiamo quanto poco significhi

2. Il ruolo del pubblico ministero nella procedura d'arresto o di fermo: gli obblighi di immediata liberazione dell'arrestato ...

Sino, dunque, alla trasmissione del verbale presso il suo ufficio, il pubblico ministero svolge, nella dinamica conseguente all'arresto (o al fermo di indiziato di delitto, di cui però plausibilmente potrebbe avere offerto anche l'*input*, attraverso l'emissione del relativo decreto), il ruolo di mero ricettore di notizie.

Gli artt. 388, 389 e 390 c.p.p., invece, si occupano di regolare le attività che questi può (o deve, a pena di inefficacia dell'intervenuta cattura) porre in essere in seguito alla messa a disposizione dell'arrestato.

Già si è visto¹⁷², che la ricorrenza di una delle cause di immediata liberazione dell'arresto o del fermato impone – già all'ufficiale di polizia giudiziaria precedente – di “svincolare” il catturato. A maggior ragione ciò vale per il pubblico ministero, che si determina in tal senso, a norma dell'art. 389 comma 1 c.p.p.:

- (i) «se risulta evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dei casi previsti dalla legge»;
- (ii) «se la misura dell'arresto o del fermo è divenuta inefficace» per decorrenza del termine massimo di ventiquattrore ore dall'arresto, utile per la messa a disposizione dell'arrestato al pubblico ministero e per la trasmissione del relativo verbale ad opera della polizia giudiziaria, o di quello, successivo, di quarantottore dall'arresto, utile per l'emanazione – da parte dello stesso pubblico ministero – della richiesta di convalida;

Ai sensi dell'art. 121 comma 1 disp. att. c.p.p., inoltre, «il pubblico ministero dispone con decreto motivato che l'arrestato o il fermato sia posto

il silenzio sull'arresto disposto dal pubblico ministero». Pur condividendo l'autorevole presa di posizione, ci si permette di rilevare la scarsa rilevanza pratica dell'argomento – ben diversa quella teorica, come visto *supra* Cap. I, par. 5 – data l'oggettiva difficoltà che un Ufficio requirente diverso da quello competente per territorio possa attivarsi per imporre l'esecuzione di un arresto in flagranza (diverso, come logico, il caso della quasi flagranza, qualora ad esempio l'inseguimento si protragga in luogo diverso da quello ove è consumato il reato o della flagranza differita).

¹⁷² *Supra*, § 1.

immediatamente in libertà quando ritiene di non dover richiedere l'applicazione di una misura coercitiva».

Tale disposizione, come evidente, acclara la logica precautelare degli istituti in esame: eseguiti, l'arresto in flagranza o il fermo di indiziato di delitto, senza che tuttavia possano giustificare l'emaneazione di una domanda cautelare ad opera del detentore del relativo potere (appunto il pubblico ministero), perdono efficacia proprio in ragione dell'impossibilità di procedere con la richiesta di applicazione della misura cautelare¹⁷³.

Sul piano teleologico, tale disposizione rappresenta “la pietra tombale” sulla *vexata quaestio* del “vuoto dei fini”. La prova di ciò, a modesto avviso di chi scrive, è data dal fatto che, qualora non raggiungano lo scopo prefissato, ovvero l'applicazione futura di una misura coercitiva stabile, le misure in esame perdono *ex lege* di efficacia.

2.1. (segue) ... l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato

In ossequio al disposto dell'art. 388 c.p.p., poi, il pubblico ministero può procedere – nel periodo in cui l'arrestato o il fermato è a sua disposizione –

¹⁷³ Sulla questione, certamente più problematica del caso di arresto in flagranza, rappresentata dallo “sbocco” cautelare del fermo di indiziato di delitto, che può essere – giova ricordarlo – eseguito d'iniziativa da parte della polizia giudiziaria, si veda B. PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2455 e ss. Sostiene il citato Autore, per quanto qui di interesse, che il «pubblico ministero, se autore del fermo, non mancherà di adeguarsi ai parametri previsti per l'adozione della misura; quanto alla disponibilità del fermo da parte della polizia giudiziaria - se il pubblico ministero non avrà già dato direttive generali alla polizia giudiziaria su un più avvertito esercizio del potere, alla stregua dei criteri valutativi di cui al citato comma 1-bis, scongiurando a monte applicazioni restrittive del testo normativo - l'inquirente non potrà sottrarsi ad un'integrazione d'indagine di tipo «correttivo» nel pur ridottissimo intervallo temporale che separa la ricezione del verbale di fermo eseguito dalla polizia giudiziaria dal momento della richiesta di (convalida e contestuale) misura cautelare. Nell'infruttuosità di un tale «stento investigativo» non gli resterà che determinarsi in conformità al dettato dell'art. 121 disp. att. c.p.p. che fa carico al pubblico ministero di disporre l'immediata liberazione del fermato «... quando ritiene di non dovere richiedere l'applicazione di misure coercitive», soluzione ragionevolmente applicabile anche nel caso di giuridica impraticabilità della misura».

all'interrogatorio di quest'ultimo, avendone previamente dato «tempestivo avviso al difensore di fiducia ovvero, in mancanza, al difensore d'ufficio»: la presenza del difensore, tuttavia, «non è obbligatoria»¹⁷⁴

Prima dell'interrogatorio, il pubblico ministero «informa l'arrestato o il fermato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento» e, qualora ciò non comporti un pregiudizio per lo svolgimento delle indagini, «gli comunica gli elementi a suo carico».

La ratio di tale incombente procedimentale non è da confondere con l'interrogatorio di cui all'art. 391 comma 3 c.p.p., che è posto in essere dal giudice in seno all'udienza di convalida, dal quale si discosta per finalità, effetti e – non da ultimo – per le garanzie offerte all'interrogato.

L'interrogatorio di cui all'art. 388 c.p.p., infatti, ha una natura quantomeno composita, essendo utile al pubblico ministero sia per l'eventuale esercizio dell'azione penale nei confronti dell'arrestato, o eventualmente per l'espletamento di ulteriori indagini nei confronti suoi o di altri coinvolti, sia per l'individuazione di eventuali cause di immediata liberazione dello stesso.

Inoltre, dall'interrogatorio potrebbero emergere elementi utili a far recedere il pubblico ministero dalla possibilità di chiedere l'applicazione, nei confronti dell'arrestato o del fermato, di una misura cautelare.

La sua molteplice funzionalità è stata affermata, negli stessi termini, anche in giurisprudenza, ove si è detto, pur se per escludere l'operatività dell'art. 369 *bis* c.p.p. in relazione a tale forma di interrogatorio, che questo sarebbe «finalizzato, da un lato, all'assunzione delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale e al promovimento delle necessarie iniziative investigative e, dall'altro, a garantire l'immediata liberazione della persona privata della libertà personale ex art. 389 cod. proc. pen., nel caso in cui l'arresto o il fermo sia stato eseguito per errore di persona o fuori dei casi previsti dalla legge»¹⁷⁵.

¹⁷⁴ L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. 379-391 c.p.p.* (cit.), p. 429; F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 541.

¹⁷⁵ Così, testualmente, Cass. , I sez., 28 febbraio 2003, n. 9492, CED 224385. In dottrina ne sostengono, fra gli altri, la natura composita L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. 379-391 c.p.p.* (cit.), pp. 424 e ss. e O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004,

Come è stato efficacemente affermato in dottrina, dunque, se da una parte «la logica dell'istituto vorrebbe che il pubblico ministero finalizzasse la presa di contatto con l'arrestato o fermato alla sola verifica dei presupposti per l'immediata emanazione di un provvedimento liberatorio: nella prassi, tuttavia, l'interrogatorio *ex art.* 388 c.p.p. risulta prevalentemente orientato a soddisfare esigenze di carattere investigativo, tanto più dopo che alla parte pubblica è stato fatto divieto di interrogare l'indagato destinatario di una misura cautelare prima del giudice per le indagini preliminari»¹⁷⁶.

D'altra parte, una lettura organica e sistemica della disciplina dell'interrogatorio *ex art.* 388 c.p.p., in uno con quella dell'omologo previsto dall'art. 294 comma 6 c.p.p. (nella parte in cui prevede che l'interrogatorio investigativo ad opera del pubblico ministero nei confronti della persona nei cui confronti sia stata applicata una misura cautelare coercitiva non possa precedere l'interrogatorio di garanzia di

pp. 176-177: «se è vero che la funzione investigativa dell'atto condotto dall'organo dell'accusa emerge dalla circostanza che esso si compie nel momento scelto dal pubblico ministero, che incide sui "tempi difensivi", costringendo l'indagato a rispondere o a palesare che non può rispondere, e se è altrettanto vero che il suo svolgimento risulta normalmente finalizzato a raccogliere le eventuali conoscenze dell'interrogato in merito ai fatti per i quali si procede, non si può nemmeno escludere che il medesimo atto risponda anche a precise finalità di garanzia, come quando l'art. 388 c.p.p. impone all'organo inquirente di informare l'arrestato o il fermato delle ragioni che hanno determinato il provvedimento restrittivo in funzione dell'accertamento riguardante la sussistenza o meno dei presupposti per un'immediata liberazione *ex art.* 389 c.p.p. o *ex art.* 121 norme att. c.p.p. ». Per R.E.KOSTORIS, *Commento all'art. 11 l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del procedimento*, in ID. (a cura di), *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, 155, invece, tale atto non dovrebbe essere connotato da finalità investigative. Segnala, sulla falsariga di ciò, G. PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in V.GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 32, che tale conclusione trova fondamento nel mancato richiamo, da parte dell'art. 388 c.p.p., all'art. 65 c.p.p.: poiché l'interrogatorio del pubblico ministero, in conseguenza di ciò, non si avventura «nel merito» dovrà riguardare esclusivamente la ricorrenza di una causa di immediata liberazione dell'arrestato. Anche per G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, «siffatto interrogatorio rende possibile un'attuazione del diritto di difesa sugli elementi posti a fondamento della misura precautelare e in conseguenza dei chiarimenti forniti dall'arrestato o del fermato potrebbe esserne disposta l'immediata liberazione *ex art.* 389 c.p.p.»

¹⁷⁶ Ancora, F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 541

cui al medesimo art. 294 c.p.p.), fa sorgere nette perplessità in ordine al fatto che il fermo di indiziato di delitto – cui consegue il più “veloce” interrogatorio investigativo previsto dall’ordinamento su un catturato – possa prestarsi ad abusi da parte dell’autorità inquirente¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Corte cost (sent.), 14 ottobre 1996, n. 384, peraltro, ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 294, comma 6, del codice di procedura penale (come novellato dalla legge 8 agosto 1995, n.332), nella parte in cui disposizione che l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del pubblico ministero non può precedere l'interrogatorio del giudice - nella parte in cui non trova applicazione anche all'interrogatorio dell'arrestato, per sospetta violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione. Per quanto qui di interesse si sottolinea che la Corte motiva la declaratoria d'infondatezza sulla base della ritenuta diversità degli istituti in comparazione, perché «l'interrogatorio (dell'arrestato) al quale può procedere ex art. 388 del codice di procedura penale il pubblico ministero - anche in vista delle sue determinazioni in ordine alle richieste da promuovere e alle iniziative investigative da adottare - ha una sua peculiarità rispetto a quello ordinario (dell'indagato) ex art. 364 del codice di procedura penale, al quale si riconduce l'interrogatorio ex art. 294 del soggetto sottoposto a misura cautelare sempre da parte del pubblico ministero, perché persegue una finalità (oltre che investigativa) anche di garanzia, atteso che il pubblico ministero, se verifica che l'arresto è stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge, dispone l'immediata liberazione dell'arrestato (art. 389 del codice di procedura penale). Analoga finalità di garanzia è sottesa al provvedimento, che parimenti può adottare il pubblico ministero, di liberazione dell'arrestato ex art. 121 disp. att. del codice di procedura penale nell'ipotesi in cui egli ritenga di non dover chiedere l'applicazione delle misure coercitive. Questa concorrente finalità di garanzia connota l'atto di interrogatorio dell'arrestato da parte del pubblico ministero sì da differenziarlo rispetto alla figura generale dell'interrogatorio dell'indagato da parte ancora del pubblico ministero, al quale fa riferimento la disposizione censurata, tant'è che è espressamente previsto dalla direttiva n. 34 della legge delega, la quale risulterebbe viceversa inattuata in parte qua ove la questione fosse accolta nei termini richiesti dal giudice rimettente. D'altra parte deve parimenti rilevarsi che anche l'interrogatorio dell'indagato in stato di custodia cautelare ad opera del giudice per le indagini preliminari, ex art. 294 del codice di procedura penale, non è pienamente equiparabile a quello dell'arrestato al quale procede il giudice per le indagini preliminari medesimo in sede di udienza di convalida ex art. 391 dello stesso codice quando il pubblico ministero non chieda l'adozione di misure cautelari. Infatti, mentre il primo persegue lo scopo - come enuncia espressamente il terzo comma dell'art. 294 del codice di procedura penale - di valutare se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dai precedenti artt. 273, 274 e 275, invece l'interrogatorio dell'arrestato, come tale, persegue la diversa finalità di verificare se sussistano, o meno, le (del tutto diverse) condizioni che legittimano l'arresto. Come questa Corte (ord. n.267

In altre parole, mettendosi nei panni di un pubblico ministero particolarmente interessato a interrogare, in tempi brevi, l'indagato, risponde maggiormente a tale esigenze l'applicazione, nei confronti di questi e ricorrendone i presupposti, del fermo di indiziato di delitto piuttosto che seguire la trafila "richiesta cautelare – ordinanza cautelare – interrogatorio di garanzia"¹⁷⁸.

2.2. (segue) ... la richiesta di convalida.

L'ultimo atto, obbligatorio e propulsivo, che compete al pubblico ministero nell'ambito della dinamica susseguente all'arresto in flagranza e al fermo di indiziato di delitto è, se non ritiene di dover disporre la liberazione del catturato, la formulazione delle richieste di convalida e di applicazione di una misura cautelare coercitiva "stabile".

Tali impulso deve necessariamente intervenire entro quarantotto ore dall'arresto.

Con la richiesta di convalida, che deve essere rivolta al giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo ove l'arresto in flagranza o il fermo sono stati eseguiti, il pubblico ministero deve trasmettere, a norma dell'art. 122 disp. att. c.p.p., «il verbale di arresto o di fermo; la copia della documentazione attestante che l'arrestato o il fermato è stato tempestivamente condotto nel luogo di custodia [...] il decreto di fermo».

del 1996) ha già affermato, infatti, la convalida dell'arresto, pur implicando una valutazione sulla riferibilità del reato all'indagato, non comporta la formulazione di un giudizio di merito, neppure prognostico, sulla sua colpevolezza, essendo volta a verificare la legittimità o meno dell'arresto; sicché tale ipotesi non è assimilabile - come nella citata decisione è stato ritenuto, seppure al diverso fine del rispetto del principio dell'imparzialità del giudice - a quella della misura restrittiva della libertà personale adottata dal giudice per le indagini preliminari.»

¹⁷⁸ La questione dell'abuso del fermo di indiziato di delitto per finalità estranee alle sue proprie, è trattata - autorevolmente - da V. GREVI - M. CERESA GASTALDO, *Le misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI E M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 439: «non è azzardato immaginare, quindi, che in eventualità del genere i magistrati del pubblico ministero preferiranno ricorrere, appena se ne verificheranno i presupposti, allo strumento del fermo di indiziati ex art. 384 c.p.p., a seguito del quale il pubblico ministero continua a essere legittimato ad interrogare l'indiziato sottoposto a fermo (come pure la persona arrestata in flagranza, in virtù dell'art. 388 c.p.p.), prima che il medesimo possa essere interrogato dal giudice nell'ambito del successivo procedimento di convalida».

Inoltre, prevede l'art. 390 comma 3 *bis* c.p.p.¹⁷⁹, che «se ritiene di non comparire [all'udienza di convalida], il pubblico ministero trasmette al giudice, per l'udienza di convalida, le richieste in ordine alla libertà personale con gli elementi su cui le stesse si fondano»; qualora invece ritenga di comparire, illustrerà in udienza «le richieste in ordine alla libertà personale» dell'arrestato e del fermato, a norma dell'art. 391 comma 3 c.p.p.

Per quanto riguarda le modalità di trasmissione, la giurisprudenza ha mostrato una certa elasticità (in favore del pubblico ministero).

Così, ad esempio, è stata ammessa la trasmissione «a mezzo telefax, [che] sia pervenuta nella cancelleria del giudice competente oltre il termine di chiusura dell'ufficio e non sia stata ricevuta da alcuno»¹⁸⁰

3. L'udienza di convalida.

Tale udienza, dunque, si svolge – nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p. – nel luogo in cui l'arrestato o il fermato si trova custodito, salvo che il pubblico ministero non avesse ritenuto di disporre – nei suoi confronti – una delle forme di custodia “mitigate” di cui all'art. 386 comma 5 c.p.p.

L'art. 123 disp. att. c.p.p., tuttavia, prevede che «quando sussistono eccezionali motivi di necessità o urgenza il giudice con decreto motivato può disporre il trasferimento dell'arrestato, del fermato o del detenuto per la comparizione davanti a sé».

L'ulteriore eccezione rispetto alla disciplina del luogo di svolgimento dell'udienza di convalida è rappresentata, e diversamente non potrebbe essere, dal caso – regolato dagli art. 449 comma 1 e 558 c.p.p. – in cui l'arrestato in flagranza venga offerto immediatamente al giudice del rito direttissimo, che opera la convalida e

¹⁷⁹ Introdotto dall'art. 24 del d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12.

¹⁸⁰ Cass., VI sez., 27 novembre 2008, n. 45692, CED 241612, relativa a un caso in cui la richiesta di convalida era priva dell'attestazione del deposito e della relativa sottoscrizione della segreteria dell'ufficio richiedente; analogamente, cfr. Cass., VI sez., 11 maggio 1998, n. 1712, CED 211134: «tenuto conto della commisurazione in ore del termine per la presentazione della richiesta previsto dall'art. 390, comma primo, cod. proc. pen., deve escludersi la tardività di una richiesta di convalida pervenuta oltre il termine di chiusura dell'ufficio ma entro il termine di legge di quarantotto ore dall'arresto»

procede alla cognizione.

Partecipanti necessari all'udienza *de qua* sono, oltre ovviamente al giudice, l'arrestato e il suo difensore: di fiducia, se comparso; altrimenti provvede il giudice a norma dell'art. 97 comma 4 c.p.p.

Integra, dunque, una nullità assoluta l'omessa comunicazione al difensore in precedenza nominato della fissazione dell'udienza per la convalida dell'arresto¹⁸¹.

Costituite le parti, il giudice – ai sensi dell'art. 391 comma 3 c.p.p. – procede all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato, salvo che questi non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire; sente in ogni caso il suo difensore».

Da tale disposizione, netta nel suo scindere la posizione partecipativa dell'arrestato da quella del suo difensore tecnico, discende che l'eventuale legittimo impedimento del primo non pregiudica il valido svolgimento dell'udienza: ciò è imposto dall'esigenza, volta anche e soprattutto a garanzia del catturato, «di rispettare la rigida tempistica prevista dall'art. 13 Cost.»¹⁸².

3.1. La disclosure cautelare.

È necessario a questo punto approfondire una tematica di assoluta pregnanza nell'ambito della disciplina dell'udienza di convalida.

Si è detto, infatti, della necessaria partecipazione del difensore del catturato, il quale – sempre – è sentito dal giudice procedente: resta ora da capire quanto approfondita può (o deve) essere la conoscenza degli atti di causa da parte di quest'ultimo, essendo piuttosto eccentrico sostenere la necessità che il difensore interloquisca in favore dell'arrestato, senza consentirgli una piena conoscenza, pur nei ristretti termini della procedura in commento, degli atti posti a fondamento della – duplice – decisione che spetta al giudice procedente: questi – come si vedrà nel prossimo paragrafo – è chiamato a valutare *ex post* la correttezza

¹⁸¹ In tal senso, da ultimo, Cass., III sez., 11 ottobre 2012, n. 46714, CED 253873. Recentemente, però, è stato sul punto affermato da Cass., IV sez., 3 ottobre 2013, n. 236, CED 258213 che «deve ritenersi regolare l'avviso inviato al difensore via fax di fissazione dell'udienza per la convalida dell'arresto nella sera antecedente il giorno dell'udienza medesima, stante l'onere a carico dell'avvocato di assicurarsi delle comunicazioni pervenute al proprio fax».

¹⁸² F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 539.

dell'operato della polizia giudiziaria e del pubblico ministero e, successivamente, la sussistenza dei presupposti applicativi della richiesta misura cautelare.

La tematica non è di poco conto, se è vero che – solo recentemente – le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affrontato, risolvendolo in senso garantista, il tema relativo alla sussistenza (o meno) in capo al difensore del diritto di esaminare preventivamente e di estrarre copia degli atti posti alla base del giudizio di convalida e della richiesta cautelare¹⁸³.

Chiamate a risolvere un annoso contrasto giurisprudenziale, il Supremo collegio ha affermato che «il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto, nel procedimento di convalida, di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare; [inoltre] il denegato accesso a tali atti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, da ritenersi sanata se non eccepita nel corso dell'udienza di convalida»¹⁸⁴.

Prima dell'intervento – invero provvidenziale – delle Sezioni unite, si registravano sul punto tre distinti orientamenti, due dei quali in netta opposizioni, e un terzo *in medias res*.

Il primo, rigoroso, escludeva la sussistenza in capo all'arrestato, al fermato e al difensore, non soltanto a prendere visione, ma anche a conoscere le richieste del

¹⁸³ Il riferimento va a Cass., sez. un., 30 settembre 2010, n. 36212, CED 247939, edita con nota adesiva di M. PINNA, *La giurisprudenza su discovery cautelare e informazione difensiva: cronaca di una lenta avanzata dalle retroguardie*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1792 e ss. Hanno approfondito tale decisione, inoltre, P. GAETA, *Il difensore ha diritto di consultare gli atti su cui si basa la richiesta di convalida del fermo. Le Sezioni Unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2010, p. 80; M. ANTINUCCI, *Verso a piena effettività del diritto dell'arrestato alla conoscenza degli atti in tempo reale*, in *Giur. it.*, 2011, p.1164; A. BASSI, *Interrogatorio di convalida e diritto della difesa di accesso agli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 725; D. ZELIA, *Il diritto ad un contraddittorio anticipato nell'udienza di convalida quale garanzia di effettività del diritto di difesa dell'arrestato o fermato*, in *Giust. pen.*, 2011, p. 68; M. LO GIUDICE, *Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: l'overruling delle sezioni unite ripristina il contraddittorio "effettivo"*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 883.

¹⁸⁴ Nel caso di specie, in conseguenza di tale affermazione di principio, la Corte ha dichiarato l'innammissibilità del ricorso, non avendo il ricorrente impugnato l'ordinanza con la quale il giudice, disattendendo l'eccezione di nullità dell'interrogatorio tempestivamente sollevata in sede di udienza di convalida, aveva provveduto a convalidare il fermo.

pubblico ministero in ordine alla libertà personale. Tale impostazione trovava fondamento sul ritenuto parallelismo fra la richiesta cautelare avanzata nell'ambito della udienza di convalida e l'omologa domanda che, agli stessi fini, il pubblico ministero può formulare ai sensi dell'art. 291 comma 1 c.p.p., rispetto alla quale il difensore non deve essere informato e non ha quindi titolo per interloquire. Da ciò, quindi, derivava l'affermazione secondo la quale l'audizione del difensore nella udienza di convalida può avere ad oggetto unicamente questioni attinenti alla convalida dell'arresto o del fermo e non quelle riguardanti le eventuali richieste di applicazione di misure cautelari, salvo che il pubblico ministero, se comparso, e il giudice vi consentano.

Secondo tale orientamento, inoltre, poiché alcun dato positivo vieterebbe al giudice di provvedere sulla richiesta di applicazione della misura al di fuori del procedimento di convalida, pur nei limiti cronologici di cui all'art. 13 comma 3 Cost., occorrerebbe presupporre come indispensabile la richiesta del pubblico ministero, ma non anche l'intervento dell'indagato o del suo difensore¹⁸⁵.

L'orientamento, "intermedio" rispetto a quello sin qui esposto e quello, ancor più garantista, infine accolto dalla corte, pur mantenendo ferma l'esclusione di un diritto all'accesso degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e quella di applicazione della misura cautelare, ammetteva, invece, che il contraddittorio orale si sviluppasse nell'udienza di convalida, non soltanto riguardo alla legittimità dell'avvenuto arresto o fermo, ma anche sull'eventuale domanda cautelare rivolta al giudice dal pubblico ministero, alla stregua e sulla base degli elementi illustrativi offerti oralmente dal pubblico ministero, se presente, o dallo stesso giudice – sempre in forma orale – in via preliminare rispetto all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato ed alle conclusioni del suo difensore. Aderendo a tale impostazione, le esigenze conoscitive della difesa risulterebbero pienamente soddisfatte (cosicché nessuna nullità potrebbe conseguire al mancato riconoscimento del diritto di accesso a quegli stessi atti da parte dell'indagato), anche in caso di mancata comparizione del pubblico ministero, dall'esposizione svolta dal giudice in udienza, con cui lo stesso porta a conoscenza delle parti il

¹⁸⁵ In tal senso si erano espresse, *ex multis*, Cass., I sez., 22 novembre 1991, n. 41010, CED 188669; Cass., VI sez., 21 ottobre 1991, n. 3374, CED 188691.

contenuto degli atti trasmessi dal pubblico ministero a supporto della propria richiesta in ordine alla limitazione della libertà personale del pre-cautelato.

D'altra parte, si argomentava, l'assenza di un obbligo di deposito degli atti e delle richieste del pubblico ministero e, di conseguenza, la ritenuta legittimità del provvedimento con il quale il giudice adito in sede di convalida respinga la richiesta della difesa di prendere visione di tali atti, si giustificerebbe anche (di nuovo un parallelismo con il procedimento applicativo della misura cautelare, non preceduto dall'applicazione di un pre-cautela) alla luce della mancanza di una previsione corrispondente a quella dettata dall'art. 293 comma 3 c.p.p., che tale diritto invece sancisce per l'ordinario procedimento cautelare, e che non può applicarsi analogicamente all'interno del procedimento di convalida: ciò avuto riguardo alla differente natura e finalità dell'interrogatorio di garanzia, rispetto a quello che si svolge nella udienza di convalida¹⁸⁶.

Infine, secondo l'ultimo orientamento, più garantista (quello che nella sostanza è stato accolto dalle Sezioni unite) la mancata possibilità per il difensore dell'arrestato o del fermato di prendere conoscenza del contenuto degli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare, determina una violazione del diritto di difesa che si ripercuote negativamente sull'interrogatorio che si svolge nella udienza di convalida, e che tiene luogo di quello di garanzia previsto dall'art. 294 c.p.p., determinando una nullità di ordine generale a regime intermedio che va tempestivamente dedotta.

A sostegno di ciò, in particolare basandosi sul passaggio argomentativo centrale di una nota decisione della Corte costituzionale¹⁸⁷, in cui era stato richiamato il

¹⁸⁶ Così, fra le altre, Cass., III sez., 7 aprile 2010, n. 16420, CED 246772; Cass., III sez., 9 luglio 2009, n. 34813, CED 244574; Cass., IV sez., 27 novembre 2008, n. 2709, CED 242933; Cass., VI sez., 11 ottobre 2007, n. 43614, CED 238401; Cass., V sez., 9 luglio 2007, n. 36682, CED 237283; Cass., I sez., 14 marzo 2007, n. 32030, CED 237269; Cass. VI sez., 19 aprile 2007, n. 26321, CED 236855; Cass., VI sez., 5 febbraio 2007, n. 17948, CED 236445; Cass., VI sez., 18 gennaio 2007, n. 13171, CED 236380; Cass., VI sez., 27 novembre 2006, n. 42185, CED. 235287; Cass., II sez., 9 luglio 2004, n. 31113, CED 229646.

¹⁸⁷ Il riferimento è a C. Cost (ord.), 21 dicembre 2001, n. 424, in cui la Corte dichiarò la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 390, comma 3bis, e 391 c.p.p., sollevata nella parte in cui, secondo il giudice rimettente, tali norme non consentivano al

concetto di “contraddittorio cartolare” in ipotesi di assenza del pubblico ministero alla udienza di convalida, si riteneva che la scelta del pubblico di non comparire e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente, non può sortire l'effetto negativo ed irragionevole di privare l'indagato e il suo difensore di ottenere il contraddittorio in situazione di parità, così come garantito dalla norma¹⁸⁸.

Come anticipato, le Sezioni unite hanno ritenuto – all'esito di un'approfondita disamina della giurisprudenza, costituzionale e convenzionale, in argomento – di aderire, ribadendolo, a tale ultimo e più garantista orientamento.

Gli argomenti utilizzati dal Supremo collegio a sostegno dell'impostazione adottata sono sostanzialmente due: il primo “sistematico”; il secondo riguardante la necessitata ampiezza del diritto di difesa in quella peculiare sede che l'udienza di convalida.

Si afferma infatti, nella decisione in esame, che proprio l'equipollenza, quantomeno rispetto all'effetto caducatorio dovuto all'omesso svolgimento dell'interrogatorio di garanzia, sancita dall'art. 294 comma 1 c.p.p., fra l'istituto previsto dalla stessa norma e l'omologa attività svolta in sede di convalida impone che, così come è consentito un pieno accesso al fascicolo cautelare per la preparazione del primo, analogo diritto spetti anche all'indagato che debba affrontare il secondo.

giudice di assumere elementi di giudizio diversi dagli atti trasmessi dal pubblico ministero con la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto, così compromettendo le garanzie del giusto processo e del diritto di difendersi provando. La Corte, nel frangente, disattese la correttezza della premessa interpretativa da cui aveva tratto origine la questione, sottolineando, in particolare, come alla difesa fosse consentito di produrre documenti dei quali il giudice ben poteva tenere conto; e ciò, a prescindere dalla partecipazione del pubblico ministero alla udienza di convalida. A quest'ultimo riguardo, anzi, la Corte, rievocando un passaggio della relazione che accompagnava il d. lgs. n. 12 del 1991, sottolineò come, in caso di assenza del pubblico ministero ragionevolmente introdotta dal legislatore per evidenti esigenze di funzionalità, al contraddittorio orale si sostituisse una forma di contraddittorio cartolare caratterizzato da una tempestiva formulazione della richiesta [del pubblico ministero] e dal deposito degli elementi su cui le stesse si fondano.

¹⁸⁸ Cass., III sez., 23 febbraio 2006, n. 10492, CED 233736; Cass., IV sez., 14 giugno 2007, n. 42686, CED 237984; Cass., I sez., 1 aprile 2009, n. 19170, CED 243690

In altre parole, la Corte, dopo aver svolto una prima ricognizione dei profili di difformità, strutturale e funzionale, esistenti fra l'udienza di convalida e quella nel cui ambito si svolge l'interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p.¹⁸⁹, afferma però che le «diversità di regime che caratterizzano i due interrogatori [...] non obliterano le torsioni che le garanzie difensive possono in concreto venire a subire, ove alla segnalata inapplicabilità, per la udienza di convalida, della regola del deposito degli atti con avviso al difensore, prescritta, invece, per l'interrogatorio di garanzia, si dovesse coniugare anche, come mostra di ritenere l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, una totale preclusione per il difensore di accedere agli atti su cui si fonda la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo e di applicazione di una misura cautelare».

Il «nucleo del problema» è stato dunque individuato dalle Sezioni unite proprio nel disposto dall'art. 294 comma 1 c.p.p., a norma del quale il giudice è tenuto a procedere all'interrogatorio di garanzia, pena, altrimenti, la perdita di efficacia della custodia cautelare *ex art.* 302 c.p.p., salvo che all'interrogatorio abbia già provveduto «nel corso della udienza di convalida dell'arresto o del fermo di

¹⁸⁹ Così, testualmente, Cass., sez. un, 30 settembre 2010 (cit), sul punto in questione: «sono le due udienze a divergere profondamente, così come differenti sono le caratteristiche e le finalità delle rispettive audizioni. L'interrogatorio in sede di convalida, infatti, è atto polifunzionale, perché è destinato, da un lato, a riflettersi sulla richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e, dunque, eventualmente a contestarne la fondatezza, e, dall'altro, sulla eventuale richiesta di misura cautelare: tema, quest'ultimo, evidentemente indipendente dal primo, e che postula una gamma del tutto autonoma di presupposti, ciascuno dei quali suscettibile di formare oggetto di contraddittorio, cartolare o meno che sia. Ciò comporta che, su quest'ultimo profilo, l'arrestato o il fermato ed il suo difensore, sono messi in condizione di sviluppare anche attraverso produzione documentale (come ha puntualizzato la Corte costituzionale) o di altri elementi di prova di cui dispongano le proprie domande eventualmente alternative, rispetto alla domanda cautelare formulata dal pubblico ministero. E tutto ciò, come è evidente, a prescindere dalla presenza o meno del pubblico ministero nella udienza di convalida, posto che una scelta in sé insindacabile della parte pubblica non potrebbe certo consentire una diversa articolazione delle garanzie difensive dell'indagato. L'interrogatorio di garanzia, invece, si colloca quale atto conclusivo del procedimento cautelare, ed è destinato a consentire all'indagato di svolgere le proprie difese, tanto sulla legittimità che sul merito di un provvedimento privativo della libertà personale che ha già ricevuto esecuzione.»

indiziato di delitto».

È lo stesso codice, dunque, che stabilendo l'equivalenza fra gli effetti tra i due atti, «induce a ritenere che la posizione dell'indagato, quanto alla conoscenza degli elementi necessari per articolare la propria difesa, debba essere strutturalmente equivalente nelle due sedi, presupponendo i due interrogatori, proprio perché destinati a soddisfare la medesima funzione in sede cautelare, un identico diritto di difendersi *ratione cognita*».

A tal fine, prosegue la Corte, non può essere ritenuta bastevole, come in passato era stato fatto, una lettura “rigida” dell'art. 391 comma 3 c.p.p., nella parte in cui prevede che, nel corso della udienza di convalida, il pubblico ministero, se presente, o il giudice, sulla base delle richieste e degli atti trasmessi dalla parte pubblica, debbano «indica[re, al pre-cautelato e al suo difensore] i motivi dell'arresto o del fermo e illustra[re] le richieste in ordine alla libertà personale»: ciò per due ordini di ragioni.

In primis, perché «tale attività meramente “illustrativa” può essere ritenuta frutto di una selezione degli elementi posti a fondamento della convalida e della domanda cautelare, in sé non esaustiva ai fini della conoscenza degli atti e dell'approntamento di una difesa effettiva»; in secondo luogo, perché, soprattutto in relazione all'avvenuto fermo di indiziato di delitto, «a fondamento di quest'ultimo provvedimento e della correlativa richiesta di misura può in concreto concorrere una indagine, anche approfondita e lunga, difficilmente comprimibile, nei suoi risultati, in un semplice enunciato illustrativo».

A sostegno delle proprie – condivisibili – conclusioni, la Corte svolge anche argomenti “di principio”, primariamente sottolineando come una presa di coscienza diretta, da parte del difensore, degli atti posti alla base della richiesta cautelare rappresenta una piena estrinsecazione del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 Cost.

E a ciò, prosegue la Corte, non può che approdarsi anche «facendo leva sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», che in numerose decisioni ha avuto modo di ribadire che «tutti i processi penali devono rivestire un carattere contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa», individuando in tali aspetti le basi per la costruzione di un *fair trial*.

Secondo la Suprema Corte, che fa proprio l'insegnamento della Corte di Strasburgo, un processo (con ciò necessariamente intendendo anche la fase incidentale cautelare) può essere considerato equo solo quando sia prevista, in quel contesto, «la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte»¹⁹⁰, e «le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico»¹⁹¹.

Sempre secondo l'insegnamento della Corte EDU, citato nella decisione in esame, «il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto», in quanto «in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato»¹⁹², e quindi «in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante».

Tuttavia, è la stessa Corte EDU che, per garantire il perseguimento di tali ultime – legittime – finalità, ritiene applicabili, in ragione del disposto dell'art. 6 par. 1 Convenzione EDU, «solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie»¹⁹³, pur comunque affermando che «se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie»¹⁹⁴.

È dunque alla stregua di tali decisioni che, infine, le Sezioni Unite «assevera[no] l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti

¹⁹⁰ C. edu., 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, parr. 66-67.

¹⁹¹ C. edu., 16 dicembre 1992, Edwards c. Regno Unito, par. 36.

¹⁹² C. edu., 26 marzo 1996, Doorson c. Olanda, par. 70.

¹⁹³ C. edu., 23 aprile 1997, Van Mechelen e altri c. Olanda, par. 58.

¹⁹⁴ C. edu., 8 dicembre 2009, Previti c. Italia, pp. 178-179.

dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.p.»¹⁹⁵.

Pur ritenendo assolutamente condivisibili siffatte conclusioni, il percorso argomentativo, almeno rispetto alle decisioni sovranazionali richiamate, non sembra ineccepibile: tale sentenza della Corte EDU, infatti, si riferiscono – tutte – a dinamiche strettamente processuali e a situazioni tutte culminate con decisioni, definitive, sulla penale responsabilità del ricorrente, che era stato condannato sulla base di prove che non era stato posto in condizioni di conoscere, tempestivamente o nella loro pienezza.

Per quanto del tutto condivisibile il traguardo, non paiono dunque perfettamente conferenti citati casi giurisprudenziali, tutti come detto relativi al contraddittorio in fase di cognizione, rispetto a un'ipotesi di applicazione provvisoria di una misura cautelare.

Meglio, forse, sarebbe stato ricordare anche i principi espressi nella nota decisione *Salduz c. Turchia*¹⁹⁶, in cui la Corte EDU ha affermato, sempre in ragione dell'interpretazione estensiva del disposto dell'art. 6 parr. 1 e 3 c), il diritto incondizionato del fermato ad essere assistito, sin dalle prime fasi immediatamente successive all'intervenuta limitazione alla sua libertà personale, da un avvocato¹⁹⁷, che quindi potrà e dovrà esercitare la propria attività tecnica

¹⁹⁵ Cass., Sez. un., 30 settembre 2010, (cit.)

¹⁹⁶ C.edu, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*.

¹⁹⁷ Ancor più netta la presa di posizione espressa a margine della citata sentenza nell' "Opinione concordante del Giudice Zagrebelsky, alla quale aderiscono i giudici Casadevall e Turmen": «L'equità del procedimento, quando si tratta di un accusato che è detenuto, richiede allo stesso tempo che l'accusato possa ottenere (e il difensore esercitare) tutta la vasta gamma di attività adatte alla difesa: la discussione del caso, l'organizzazione della difesa, la ricerca delle prove favorevoli all'accusato, la preparazione degli interrogatori, il sostegno dell'accusato in difficoltà, il controllo delle condizioni di detenzione, etc. Il principio di diritto che bisogna trarre dalla sentenza è dunque che l'accusato in stato di detenzione ha diritto, normalmente e salvo limitazioni eccezionali, a che, dall'inizio del fermo o della sua detenzione provvisoria, possa essere visitato da un difensore per discutere di ciò che riguarda la sua difesa e le sue legittime necessità. Il man-

essendo posto nelle migliori condizioni, anche conoscitive.

Avrebbe forse, inoltre, giovato un riferimento non solo alla possibile violazione dell'art. 6 Convenzione EDU, ma anche al disposto, già oggetto di esame nel presente lavoro¹⁹⁸, dell'art. 5 stessa Fonte, nella parte in cui impone che «ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1 c), deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole».

Il combinato di tali ultime disposizioni, o quantomeno il riferimento espresso non solo all'equo processo, ma anche al *fair trial* “cautelare”, inteso dall'art. 5 Convenzione EDU quale strumento volto alla verifica della legittimità dell'avvenuta limitazione alla libertà personale¹⁹⁹, avrebbe reso la struttura argomentativa ancor più solida e completa.

3.2. *Epiloghi decisori*

Svolti tali incumbenti, al giudice spettano due distinte valutazioni «una, per così dire, rivolta al passato, l'altra proiettata nel futuro»²⁰⁰.

In primis, provvede infatti alla convalida – con ordinanza – quando, sulla scorta degli atti trasmessigli dal pubblico ministero, risulta «che l'arresto o il fermo è stato legittimamente eseguito» (in altre parole, che sono stati rispettati i presupposti normativi previsti dalle relative discipline) e che «sono stati osservati i

cato riconoscimento di tale possibilità, indipendentemente da ciò che fuoriesce dagli interrogatorio e dal utilizzo da parte del giudice, si analizza, salvo eccezioni, come una violazione dell'art. 6 della Convenzione. Aggiungo che, naturalmente, il fatto che il difensore possa vedere l'accusato per tutto il corso della detenzione nei posti di polizia e in prigione permette, meglio di ogni altra misura, di evitare che sia violata la proibizione dei trattamenti di cui all'articolo 3 della Convenzione».

¹⁹⁸ Cfr. Parte I, cap. III.

¹⁹⁹ In tal senso pare essersi mossa anche la recente direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, riguardante proprio il diritto di accesso al difensore e il diritto di comunicazione con terze persone nel caso di privazione della libertà personale. Cfr, sul punto, R.E. KOSTORIS, *Manuale di Procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 122.

²⁰⁰ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare* (cit.), p. 539.

termini previsti [a pena d'inefficacia della misura precautelare in essere] dagli artt. 386 comma 3 e 390 comma 1 c.p.p.».

Secondariamente, verificata la ricorrenza delle condizioni previste dagli art. 273 e ss. c.p.p., applica una misura coercitiva nei confronti dell'arrestato.

Nulla quaestio rispetto al fatto che le due decisioni assunte all'esito dell'udienza di convalida, pur se graficamente compresenti in un unico provvedimento, siano – dal punto di vista giuridico – due atti distinti, sprovvisti da qualsivoglia nesso di dipendenza funzionale, poiché non può escludersi che dalla mancata convalida della precautela, magari per ragioni formali, non possa discendere l'applicazione di una misura cautelare; né al contrario, che pur in presenza di una precautela perfettamente eseguita il giudice possa non applicare alcuna limitazione stabile alla libertà personale dell'indagato.

Ciò si desume, inoltre, dal diverso regime di impugnabilità: il provvedimento di convalida, infatti, è autonomamente (e unicamente) impugnabile con il mezzo del ricorso per cassazione *ex* art. 391 comma 4 c.p.p.; nei confronti dell'ordinanza applicativa della misura custodiale, invece, sono esperibili i mezzi tipici d'impugnazione di cui agli artt. 309 e ss. c.p.p.

Capitolo 4.

L'arresto "estradizionale":

statica e dinamica di un ulteriore istituto precautelare

1. *Una procedura sui generis.*

Si approfondirà ora un ulteriore modello di coercizione d'urgenza ad opera della polizia giudiziaria che, come l'arresto in flagranza e il fermo, ben può essere annoverato fra gli istituti aventi una finalità eminentemente precautelare.

Ci si riferisce, in particolare, alla forma di arresto prevista dall'art. 716 c.p.p.

Prevede il primo comma di tale articolo che «nei casi di urgenza, la polizia giudiziaria può procedere all'arresto della persona nei confronti della quale sia stata presentata domanda di arresto provvisorio, se ricorrono le condizioni previste dall'art. 715 comma 2 c.p.p.».

Senza addentrarci (perché non necessario ai fini del presente lavoro) nelle pieghe della dinamica processuale successiva all'arresto, pur non scevra – come velocemente si dirà – di criticità, è opportuno evidenziare come, in ossequio ai termini cronologici fissati dalla Costituzione, l'art. 716 prevede che «l'autorità che ha proceduto all'arresto ne informa immediatamente il Ministro di grazia e giustizia e, al più presto, e comunque non oltre quarantottore, pone l'arrestato a disposizione del presidente della corte d'appello nel cui distretto l'arresto è avvenuto, mediante la trasmissione del relativo verbale».

In conseguenza di tali adempimenti, prosegue la norma in commento: «quando non deve disporre la liberazione dell'arrestato, il presidente della corte di appello, entro novantasei ore dall'arresto, lo convalida con ordinanza disponendo l'applicazione di una misura coercitiva».

Il primo passaggio giurisdizionale, quindi, si risolve – in caso di convalida, il relativo provvedimento presidenziale è emesso *de plano*, in assenza di qualsiasi contatto fra l'autorità giurisdizionale e l'arrestato – nella quasi scontata emanazione, di un'ordinanza cautelare: quasi scontata, si diceva, in ragione della mancanza di qualunque tipo di apporto da parte dell'arrestato, che – mancando un'occasione di contatto con il giudice della convalida – non deve essere ascoltato

né può produrre elementi in suo favore.

In tal caso di convalida, comunque, il primo contatto con l'arrestato e con il suo difensore avviene, a norma dell'art. 717 c.p.p., «al più presto e comunque entro cinque giorni dall'esecuzione della misura ovvero dalla convalida prevista dall'art. 716 c.p.p.».

Entro tale termine, veramente abnorme sol considerando che la convalida può avvenire entro 96 ore (4 giorni) dall'arresto (=9 giorni senza contatti con l'autorità giudiziaria, che nel frattempo provvede cartolarmente), il presidente della corte d'appello deve «provvedere all'identificazione della persona [alla buon ora, potrebbe dirsi] e ne raccoglie l'eventuale consenso all'estradizione»²⁰¹.

Solo in tale contesto, «al fine di provvedere [ai predetti] adempimenti, il presidente della corte d'appello invita l'interessato [arrestato e nei cui confronti è stata emessa un'ordinanza cautelare] a nominare un difensore di fiducia designando, in difetto di tale nomina, un difensore d'ufficio a norma dell'art. 97 comma 3 c.p.p. Il difensore deve essere avvisato, almeno ventiquattrore prima, della data fissata per i predetti adempimenti».

È d'uopo precisare che l'istituto così (malamente, almeno nella sua parte dinamica) regolamentato si colloca nel sistema delle misure cautelari previste dall'omonima sezione seconda, posta nel titolo primo del libro decimo del vigente codice di rito, aventi tali ultimi ad oggetto la disciplina dell'estradizione passiva nell'ambito dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera.

Se, dunque, l'arresto in flagranza e il fermo di indiziato di delitto si pongono, in funzione della successiva possibile applicazione di una delle misure coercitive previste agli artt. 280 e ss. c.p.p., in rapporto servente e di stretta dipendenza, così l'arresto urgente ad opera della polizia giudiziaria nei confronti dell'estradando svolge un analogo ruolo, ma in relazione alla futura applicazione di una misura

²⁰¹ Per se non in senso apertamente critico, M. ANTENUCCI, *La libertà dell'estradando nel regime cautelare d'urgenza*, in *Giur. it.*, p. 730, così descrive la procedura *de qua*: «la convalida dell'arresto provvisorio nell'estradizione passiva è soggetta a una modulazione procedimentale semplificata, a contraddittorio ridotto, con l'intervento diretto del Ministero della giustizia. È il Presidente della Corte d'Appello, organo giurisdizionale monosoggettivo, ad esercitare la funzione di giudice della convalida. Il contraddittorio appare più carolare che effettivo, finalizzato al controllo formale della richiesta e alla identificazione anagrafica del ricercato [...]».

coercitiva di cui agli art. 714 e 715 c.p.p. verso lo stesso soggetto.

2. *Questioni irrisolte relative ai controversi presupposti applicativi.*

Quanto sopra, ovviamente, avrà luogo in presenza dei presupposti a tal fine previsti dalla legge.

L'art. 716 c.p.p., infatti, subordina la validità della limitazione coercitiva ad opera della polizia giudiziaria ai soli «casi d'urgenza» e alla compresenza dei presupposti indicati dall'art. 715 c.p.p. per l'applicazione provvisoria di misure cautelari prima dell'inoltro della richiesta estradizionale:

- (i) la dichiarazione dello stato estero circa l'esistenza di un valido titolo custodiale (cautelare o nella forma di una sentenza di condanna a pena detentiva) e che, sulla base di ciò, intende presentare richiesta d'estradizione;
- (ii) la descrizione, od opera dello stato richiedente, dei fatti per i quali si procede, del titolo di reato contestato, e – in modo sufficiente ad identificarla – della persona di cui si chiede la cattura;
- (iii) la sussistenza del pericolo di fuga del soggetto.

Se dunque, ragionando analogicamente, è facile individuare nei requisiti di cui ai punti (i) e (ii) un punto di contatto con elementi qualificabili alla stregua dei “gravi indizi di colpevolezza”, peraltro qualificati dall'esistenza di un titolo custodiale valido nell'ordinamento richiedente, così il requisito di cui al punto (iii) offre un evidente tributo al *periculum libertatis* di cui all'art. 274 lett c) c.p.p.

Ma se ciò è vero per l'emanazione di un'ordinanza cautelare *ex art. 715 c.p.p.* nei confronti del futuro estradando (o meglio, del soggetto nei cui confronti lo stato richiedente ha preconizzato una richiesta estradizionale) ad opera della competente autorità giurisdizionale, e cioè la corte d'appello, affinché possa intervenire validamente la polizia giudiziaria è necessario che si versi in un “caso d'urgenza” di cui allo stesso art. 716 c.p.p.

E tale situazione di particolare urgenza, pretesa dall'art. 716 c.p.p. in relazione all'arresto della polizia giudiziaria, non può che giocoforza implicare un *quid pluris* rispetto al pericolo di fuga “ordinariamente” legittimante l'applicazione provvisoria di misure cautelari consentita dall'art. 715 c.p.p.

Sé già detto che la nozione di pericolo di fuga postula la volontà di sottrarsi al

processo, facendo perdere le proprie tracce onde evitare l'esecuzione di un'eventuale futura sentenza di condanna; si tratta di un pericolo che va desunto da sintomi concreti e specifici, che non possono essere oggetto di presunzioni²⁰².

A un attenta lettura, la giurisprudenza fiorita attorno a tale requisito (ossia del pericolo di fuga, interpretato alla luce dell'urgenza di cui all'art. 716 c.p.p.), si pone esattamente nel solco interpretativo sin qui tracciato.

Se è vero, infatti, che la Cassazione tende a ricondurre «essenzialmente ma non esclusivamente»²⁰³ l'urgenza dell'arresto al pericolo di fuga, non va trascurato che l'esame delle fattispecie in concreto affrontate nella casistica illustra ipotesi in cui il ravvisato pericolo di fuga è fondato su elementi tanto concreti e qualificanti da integrare certamente anche il requisito dell'urgenza; che è dunque stato ravvisato in ragione dello stato di clandestinità dell'estraddando²⁰⁴; dal possesso di documenti o banconote falsi²⁰⁵; dal tentativo, posto in essere dall'arrestando, di allontanarsi dagli uffici di Questura²⁰⁶.

Non v'è dunque spazio, nell'ambito della disciplina in esame, a presunzioni: il pericolo di fuga deve essere fondato su elementi concreti già solo per fondare l'emanazione di un provvedimento cautelare da parte dell'autorità giudiziaria, che è il soggetto (fisiologicamente) a ciò deputato; affinché, al contrario, possa procedere all'arresto la polizia giudiziaria, arresto come ovvio suscettibile di convalida nelle forme previste dallo stesso art. 716 commi 2 e 3 c.p.p., è necessario che si versi in un "caso d'urgenza" (evidente il richiamo, pur meno circostanziato, all'art. 13 comma 3 Cost.) come previsto dalla stessa disposizione.

Diversamente opinando, peraltro, si trascura un dato ulteriore rispetto alla citata giurisprudenza; dato rappresentato, in modo inequivoco, dalle novità introdotte dal vigente codice di rito, che si caratterizza per una disciplina notevolmente diversa – nel segno di una ben maggiore garanzia – rispetto a quella, omologa, contemplata dal codice abrogato.

²⁰² Cfr., *supra*, Cap. 2 par. 1.

²⁰³ cfr. Cass., VI sez., 21 ottobre 2003, n. 1227, CED 228332.

²⁰⁴ cfr. Cass., VI sez., 26 febbraio 2008, n. 25164, CED 239936.

²⁰⁵ cfr. Cass., VI sez., 6 ottobre 2009, n. 41033, CED 245031.

²⁰⁶ cfr. Cass., VI sez., 5 dicembre 2006, n. 4615, CED 235611.

Se infatti il contenuto dell'art. 663 c.p.p. 1930 aveva indotto alcuni autori a ritenere che il pericolo di fuga fosse implicito in ogni vicenda estradizionale²⁰⁷, l'attuale disciplina fa sì che la coercizione dell'estraddando presupponga effettive esigenze cautelari (art. 714 c.p.p.), delineando l'arresto provvisorio come misura eccezionale, solo in presenza di quella situazione di urgenza che, oltre a costituirne presupposto imprescindibile (art. 716 c.p.p.), circoscrive la valutazione della sussistenza del pericolo di fuga entro i limiti di un concreto accertamento.

²⁰⁷ cfr., *ex multis*, G. GIANZI, *Estradizione* (Voce), in *Enc. dir.*, pp. 61 e ss; G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e completari nel processo penale*, Torino, 1956, p. 519, esclude che possa applicarsi, nei confronti dell'estraddando arrestato la libertà provvisoria.

PARTE III

PROSPETTIVE DI RIFORMA

Capitolo 1.

Lo strumento precautelare quale viatico per l'introduzione del contraddittorio anticipato nell'applicazione *ab initio* delle misure cautelari personali.

1. Un dibattito da lungo tempo in corso.

Il presente lavoro, dunque, si pone nel solco di un dibattito che da lungo tempo impegna la miglior dottrina, volto all'individuazione di un modello – se possibile – ancor più garantista rispetto a quello propugnato dal vigente codice di rito in tema di applicazione *ab initio* delle misure cautelari personali; sistema che, come noto, riserva l'intervento difensivo a una fase successiva all'applicazione della misura nei confronti di colui in relazione al quale siano già stati – dal giudice, in sede di redazione dell'ordinanza cautelare, su richiesta del pubblico ministero – ritenuti sussistenti “gravi indizi di colpevolezza” e almeno uno dei *pericula libertatis* di cui all'art. 274 c.p.p., e lo limita alla partecipazione all'interrogatorio di garanzia previsto dall'art. 294 c.p.p. e alle procedura di controllo postumo rappresentata dal giudizio di riesame di cui all'art. 309 c.p.p.

Tutto ciò, nei ristretti limiti cronologici previsti dagli stessi artt. 294 c.p.p. (a mente del quale l'interrogatorio deve avvenire entro cinque giorni dall'adozione della misura, se si tratta della custodia cautelare in carcere, o dieci giorni, in relazione a tutte le altre) e 309 c.p.p. (dieci giorni dall'esecuzione della misura per la proposizione dell'istanza di riesame, da cui decorrono gli ulteriori termini – incombenti sull'autorità procedente e sullo stesso tribunale della libertà – previsti a pena di decadenza della misura in essere).

Il dibattito sulla possibilità di introdurre un modello informato sull'interlocuzione difensiva precedente all'eventuale applicazione di una misura cautelare (soprattutto quelle coercitive, e in particolare alla custodia cautelare in carcere), in luogo dell'attuale partecipazione postuma, sorge – pur non dal nulla²⁰⁸ – nella seconda

²⁰⁸ G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del convegno “Enrico de Nicola” tenutosi a Lecce il 1-3 marzo 1964, Milano, 1965, pp. 99 e ss.

metà degli anni novanta del secolo scorso²⁰⁹, sull'onda dell'uso piuttosto disinvolto dello strumento della carcerazione preventiva²¹⁰.

L'esigenza di introdurre un momento deputato al contraddittorio agli albori della vicenda cautelare può peraltro trovare una “copertura”, a livello costituzionale, nel principio – di ben più vasto portato – previsto dall'art. 111 Cost.

La disposizione, ivi contenuta (art. 111 comma 3 Cost.), per cui infatti, «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa, abbia la facoltà di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e di ogni altro mezzo di prova a suo favore», non può essere riservata – secondo la predetta impostazione – alla sola fase dibattimentale.

Pur apparendo, in ragione del suo *incipit* («nel processo penale»), un'affermazione di principio la cui portata vada estesa alla sola fase successiva all'esercizio dell'azione penale, la disposizione in commento può – e dovrebbe, ad avviso di chi scrivere – trovare applicazione anche nella fase delle indagini, quantomeno in relazione al momento cautelare, in cui è stata posta in essere, o quantomeno ne esiste il rischio, una limitazione alla libertà personale confliggente, in senso lato,

²⁰⁹ In dottrina, mostrano un vivo interesse all'introduzione del contraddittorio anticipato nell'applicazione delle misure cautelari, E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personali e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno dell'A.S.P.P.I., tenutosi a Noto Marina il 30 settembre – 2 ottobre 1993, Milano, 1995, pp. 51 e ss. e G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in Aa.Vv., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno dell'A.S.P.P.I., tenutosi a Mattinata il 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, pp. 45 e ss. Più di recente, C. MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1302 e ss; G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa possibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1165 e ss. Rappresenta tale ultimo Autore, l'esistenza di un vero e proprio «“vuoto dei mezzi”», indicandosi con tale formula l'assenza di contraddittorio nel momento precustodiale».

²¹⁰ Per un autorevole – e assai recente – approfondimento sulla tematica in questione cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, pp. 215 e ss.

con il principio di non colpevolezza sancito dall'art. 27 comma 2 Cost²¹¹.

In tal senso depone un'attenta lettura dell'articolo costituzionale in esame, ove – malgrado la formula d'apertura – è presente un pressoché riferimento alla «persona accusata», e non già al solo “imputato”.

Alla stessa stregua può essere considerato il riferimento alla necessità che questi debba godere «del tempo e delle condizioni necessarie a predisporre la sua difesa»: sarebbe una superfetazione normativa, se applicata al solo momento processuale, in cui generalmente l'imputato ha già goduto di un congruo periodo per l'approntamento della propria linea difensiva; letta, al contrario, in relazione alla fase d'indagine, e in particolare, alla fase cautelare, tale disposizione assume una connotazione ben più pregnante.

C'è da dire, ciò nonostante, che sulla possibilità di applicare il contraddittorio anticipato rispetto all'applicazione delle misure cautelari, pur se in relazione a una più limitata problematica, e con riferimento a diversi parametri costituzionali rispetto a quelli sin qui citati, è intervenuta – sostanzialmente in senso negativo –

²¹¹ In tal senso, nettamente, G. PECORELLA, *Il giusto processo. Quale il ruolo dell'avvocato? Quali riforme?*, in *Dir.pen.proc.*, 2012, p. 84: «Ma l'avvocato resta estraneo ad un'altra fondamentale fase del processo, e cioè all'intero procedimento riguardante la libertà personale dell'imputato. Se si pensa che più o meno la metà dei detenuti è in custodia cautelare, ci si rende conto di quale sia il *vulnus* per l'attività del difensore. Eppure è in gioco la libertà personale alla stessa stregua di quanto accade per la sentenza di condanna. Né si può seriamente sostenere che la difesa può essere esercitata nel corso del cosiddetto interrogatorio di garanzia, o davanti al Tribunale del riesame. Il materiale è cartaceo, le prove sono solo quelle raccolte dal PM, il difensore può soltanto discuterle in chiave critica. Anche per le decisioni sulla libertà personale deve trovare attuazione l'art. 111 della Costituzione, e quindi, tra l'altro, la regola aurea secondo cui il difensore ha diritto di interrogare colui che accusa il suo assistito. Il che può farsi solo introducendo anche in Italia l'istituto del contraddittorio anticipato che ha già dato buoni frutti in Francia. L'indiziato viene fermato, trattenuto per il tempo necessario a predisporre la difesa, in apposite località, e quindi, ha luogo una udienza davanti al tribunale in cui le parti portano le prove. Il tutto, ovviamente, è contenuto nei limiti di una decisione provvisoria sui gravi indizi e sulle esigenze cautelari. L'obiezione che in tal modo si anticiperebbe il giudizio di un tribunale sulla colpevolezza dell'imputato, come un peso decisivo nell'ulteriore sviluppo del procedimento, ha forse un suo fondamento psicologico, ma è del tutto incongrua sul piano giuridico: basterebbe ricordare la elementare differenza fra gravi indizi di colpevolezza e prova al di là di ogni ragionevole dubbio».

anche la Corte Costituzionale²¹².

In tal caso la Corte era stata investita della questione di legittimità relativa all'art. 301 comma 2, per asserita violazione del diritto di difesa, ex art. 24 Cost., nella parte in cui non prevede(va, proprio prima della citata sentenza additiva), la previa audizione del difensore del già cautelato, in relazione alla richiesta rinnovazione, ad opera del pubblico ministero, della misura in essere per finalità di conservazione e preservazione probatoria.

Sosteneva, in particolare, il remittente (per quanto d'interesse nell'economia del presente lavoro), che «la diversificazione delle “chances processuali” tra il pubblico ministero, che può prospettare al giudice le argomentazioni a sostegno della richiesta di rinnovazione, e la difesa, che invece non può controdedurre, è priva di ragionevole giustificazione, all'interno di un sistema processuale imperniato sul principio di parità tra accusa e difesa (art. 2, direttiva 3) della legge-delega n. 81 del 1987); nè il provvedimento in discorso può essere catalogato tra gli atti c.d. “a sorpresa”, come l'adozione di misure coercitive, le perquisizioni, le intercettazioni».

Aderendo, in modo netto, a tale prospettazione, la Corte – nell'accogliere la questione proposta – affermava che «tale diritto [ovvero proprio il diritto all'intervento difensivo preventivo rispetto all'adozione di una statuizione pregiudizievole per la libertà personale dell'accusato] potrebbe essere limitato solo in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nella economia del processo, che per loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato (e salvo sempre il successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti). È questo il caso dei provvedimenti c.d. “a sorpresa”, come l'adozione, per la prima volta, di misure cautelari personali, cui l'indagato potrebbe sottrarsi, qualora ne venisse preavvertito allo scopo di consentire l'esercizio del suo diritto di difesa prima ancora dell'adozione di detti provvedimenti. [Al contrario] quando l'indagato sia già assoggettato ad una misura cautelare, come appunto nel caso disciplinato dall'art. 301 citato che riguarda la rinnovazione del relativo provvedimento, non sussistono ragioni valide per escludere l'esercizio del diritto di

²¹² Corte cost. (sent.), 8 giugno 1994, n. 219.

difesa mediante l'audizione del difensore da parte del giudice che deve adottare il provvedimento».

Par dunque di comprendere, sulla scorta di un ragionamento non recente della Corte costituzionale, rimasto tuttavia un *unicum* per chi si approcci alla tematica in discussione, che da parte del giudice delle leggi vi sia una netto pregiudizio nei confronti di ogni possibilità di introduzioni di meccanismi anticipatorii del contraddittorio, rispetto all'adozione di misure coercitive, e una certa "soddisfazione" per il meccanismo di controllo successivo, in cui peraltro il contraddittorio è pienamente garantito, previsto dal vigente codice di rito.

Autorevoli voci critiche rispetto all'introduzione del contraddittorio anticipato nell'applicazione delle misure cautelari non mancano sia in dottrina²¹³, sia in seno alle numerose commissioni di riforma del codice di procedura penale, che pur avendo considerato la possibilità di implementare tale strumento, hanno poi ritenuto preferibile mantenere la struttura attualmente vigente²¹⁴.

²¹³ cfr. *ex multis* P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Torino, 2012, pp. 100 e ss., per cui: «il rimedio può evitare errori macroscopici (come quello, non scolastico, sull'identità della persona), ma non è privo di contropartite, fra le quali: il ricorso a misure di fermo provvisorio nell'attesa della decisione, la difficoltà di allestire in tempo così ristretti una efficace linea difensiva, la perdita del diritto al riesame surrogata dal contraddittorio anticipato; e ancora, il rischio che il meccanismo si converta in uno strumento di pressione sull'indagato che può essere indotto ad assecondare la tesi dell'accusa, al solo fine di evitare la minacciata custodia cautelare. La prospettiva di un imminente ingresso in carcere può rivelarsi, sul piano psicologico, ancora più intimidatoria del carcere stesso». Altre voci critiche, rispetto all'introduzione del contraddittorio anticipato, sono citate da L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, p.239. In particolare, vengono in rilievo perplessità di tipo logistico organizzativo, soprattutto legate alla ritenuta impossibilità di celebrazione dell'udienza cautelare nei procedimenti plurisoggettivi: per A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 384; «sino a quando non cesseranno le "maxinchieste" [...] la giurisdizione cautelare di primo grado sembra destinata a conoscere solo il contraddittorio postumo».

²¹⁴ Da ultimo, cfr. Art. 2, nn. 40.1-50-1 della Bozza di delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborata dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio, del 20 febbraio 2008; cfr., inoltre, la relativa Relazione di accompagnamento, in cui al §15, p. 55, si affrontano, nel più vasto ambito della "libertà personale", le posizioni favorevoli e contrarie relative alla possibilità – poi accantonata – di introdurre il

2. *Le funzionalità dello strumento precautelare.*

All'esito del presente lavoro, e tenuto conto del vasto dibattito che, in argomento, ha impegnato la dottrina nell'ultimo ventennio (di fatto sin dagli albori del presente codice di rito, che come visto ha adottato un'impostazione estremamente garantista – sulla carta – in tema di limitazioni alla libertà personale) si ritiene di poter affermare, malgrado le difficoltà segnalate sul punto, che lo strumento che, meglio di altri, potrebbe prestarsi quale viatico per l'implementazione del modello avente quale fulcro un confronto anticipatorio rispetto alla successiva – e a quel punto solo eventuale – applicazione di una misura cautelare, sarebbe proprio un istituto ricalcato sulla struttura del fermo di indiziato di delitto.

Si è già avuto modo di affermare²¹⁵ che proprio il fermo di indiziato di delitto, più ancora dell'arresto in flagranza, si connota nel vigente ordinamento come il principale strumento precautelare, soprattutto in ragione dei presupposti indicati per la sua applicazione, parzialmente sovrapponibili a quelli previsti per l'applicazione *ab initio* delle misure cautelari.

Per il raggiungimento delle proposte finalità, tale istituto andrebbe necessariamente “slegato” dai termini previsti dall'art. 13 Cost.: e l'unico modo, sarebbe il graduale passaggio da strumento proprio della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, suscettibile di convalida con le rigide scadenze previste in Costituzione, a strumento già giurisdizionale, pur se provvisorio, dunque emesso dall'autorità giudiziaria.

contraddittorio anticipato nell'applicazione delle misure cautelari coercitive: «Quanto al “contraddittorio anticipato” l'affezione ideale ha ceduto rispetto al parere contrario dell'avvocatura rispetto alla partecipazione ad un'udienza – quella per il provvedimento – in cui la difesa si presenta priva di conoscenze processuali per carenza di discovery, e all'opposto, della magistratura, soprattutto inquirente, che ha richiamato l'attenzione sull'impraticabilità della proposta specie per i procedimenti in cui la richiesta riguarda più accusati. Né si è ritenuto possibile l'adozione di strumenti elettronici per assicurare la presenza della persona alla “udienza cautelare” perché di per sé ritenuti eccessivamente stigmatizzanti [sic!! più stigmatizzante, per il cautelato, il braccialetto elettronico o arrivare al Tribunale della libertà sul cellulare della penitenziaria e ammanettato?]»

²¹⁵ *Supra*, Parte II, cap. II, par. 1.

Il “nuovo” provvedimento di fermo, dunque, dovrebbe essere emesso, su richiesta motivata del pubblico ministero, dal giudice per le indagini preliminari, ed avrebbe quale oggetto un ordine di comparizione del “gravemente indiziato”, nei cui confronti è stata ravvisata almeno una delle esigenze di cui all’art. 274 c.p.p.

A ciò dovrebbe seguire la vera e propria fase partecipata, anche da parte della difesa, al cui epilogo potrebbe addivenirsi alla decisione sull’applicazione di una delle misure cautelari o sulla liberazione del fermato.

Nell’ottica di consentire una piena espressione del diritto di difesa, dovrebbero in tale ambito trovare piena estrinsecazione i principi enucleati dalle Sezioni unite della cassazione in tema di *disclosure* cautelare, dovendo il pubblico ministero allegare alla sua domanda cautelare tutti gli atti investigativi comprovanti le ragioni che ne stanno alla base (*id est*, gli elementi integranti “i gravi indizi” e la ricorrenza di almeno un’esigenza cautelare) ed essendo riconosciuto, in modo pieno e incontrovertibile, al difensore l’accesso al così formato *dossier* cautelare.

L’intervento anticipatorio del giudice, rispetto all’attuale convalida successiva, renderebbe – come detto – superfluo il rispetto dei termini stringenti previsti dall’art. 13 Coste e – oggi – dagli artt. 387 e ss. c.p.p., con ciò consentendo – certo a fronte di una provvisoria limitazione dello *status libertatis* del fermato – la possibilità per questi e per il difensore di approntare una strategia difensiva volta al contrasto della richiesta cautelare.

Tale periodo dovrebbe essere trascorso dal fermato in un contesto diverso dal carcere²¹⁶.

Non debbono aprioristicamente essere esclusi strumenti di controllo elettronico (c.d. braccialetto elettronico) nonché l’introduzione della cauzione²¹⁷, come ovvio

²¹⁶ G. ILLUMINATI, *Relazione*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* Atti dell’incontro di studio tenutosi a Firenze, il 7 maggio 1996, Napoli, 1997, p. 35: «qualcuno ha pensato alle caserme, oppure a locali in dotazione agli uffici giudiziari, ma comunque bisognerà provvedere a una collocazione diversa rispetto alla custodia cautelare in carcere, per minimizzare gli effetti stigmatizzanti nei confronti delle persone che all’esito del procedimento risultasse che non debbano essere sottoposte alla misura».

²¹⁷ Da non considerarsi un eresia, almeno secondo G. SPANGHER, *Relazione*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* Atti dell’incontro di studio tenutosi a Firenze, il 7 maggio 1996, Napoli, 1997, p. 53, il quale suggerisce: «un interrogativo: perché non introdurre

– per evitare vizi di costituzionalità, soprattutto dal punto di vista del principio di eguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – parametrata sulle effettive capacità reddituali e patrimoniali del fermato, per ciò eventualmente potendo far luogo a presunzioni (non essendo escludibili fenomeni di sommersione, tali da compromettere il meccanismo).

Resterebbe dunque da individuare, in questa nuova possibile ottica, quale sia il giudice chiamato a decidere sull'applicazione della misura cautelare.

Due le possibilità: o lo stesso giudice per le indagini preliminari che ha disposto il “fermo allargato”²¹⁸; o un eventuale giudice collegiale, innanzi al quale dovranno svolgersi l'interrogatorio del fermato e dell'udienza dopo un congruo termine, che andrebbe però in tal caso a “sostituirsi” all'attuale tribunale della libertà.

l'istituto della cauzione?». Il recente disegno di legge n. 5390 del 31 luglio 2012, proponente: dep. Galli, sollecitava l'introduzione di un'art. 280 *bis* c.p.p., rubricato “libertà su cauzione”, in cui era prevista, nell'ambito di una più articolare regolamentazione dell'istituto, comprensiva anche di cause di esclusione dello stesso (ad esempio nei confronti di recidivi, o delinquenti dichiarati abituali o professionali) la possibilità per «il giudice per le indagini preliminari, anche su richiesta della difesa, di concedere, in alternativa alla misura cautelare di cui agli art. 284, 285, 286 e prima dell'esercizio dell'azione penale, la libertà su cauzione, dietro il pagamento di una somma commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell' [indagato]». Né, può, infine, essere trascurata la circostanza per la quale la possibilità di adottare lo strumento cauzionale è espressamente previsto dalla Convenzione EDU, all'ultimo comma del già esaminato art. 5.

²¹⁸ Per V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari*, AA. VV., *il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di studio “Enrico de Nicola”, tenutosi a Cagliari il 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 116, «sarebbe opportuno [per evitare condizionamenti e pregiudizi] che anche l'eventuale misura precautelare non fosse comunque di competenza dello stesso giudice persona».

BIBLIOGRAFIA

G. ABBAMONTE, *Arresto in flagranza e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1183;

B. ALIMENA, *Principii di procedura penale*, Napoli, 1914;

S. ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4707;

ID., *I giudizi direttissimi fra codice e leggi speciali*, Torino, 2012

ID., *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* a cura di R. BALSAMO – R. KOSTORIS, Torino, 2008, p. 143;

A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 375;

G. AMATO, *Commento all'art. 13 Cost.*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma 1977, p. 15;

ID., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, Milano, 1967;

E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 374;

M. ANTENUCCI, *La libertà dell'estraddando nel regime cautelare d'urgenza*, in *Giur. it.*, p. 730

ID., *Verso a piena effettività del diritto dell'arrestato alla conoscenza degli atti in tempo reale*, in *Giur. it.*, 2011, p.1164;

A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967;

N. BARDELLI, *La libertà individuale nella Costituzione e nelle leggi ordinarie*, 1899;

G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna, 2003;

A. BASSI, *Interrogatorio di convalida e diritto della difesa di accesso agli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 725;

E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951;

G. BELLAVISTA, voce *Fermo di polizia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 213;

E. BELLIZZI, voce *Fermo di polizia*, in *Dig. disc. pen.*, p. 253;

G. BETTOCCHI, *La convalida dell'arresto e del fermo: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 739;

P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Habeas Corpus*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 941;

J. BLACKSTOCK, E. CAPE, J. HODGSON, A. OGORODOVA, T. SPRONKEN, *Inside police custody - An empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*, Cambridge, 2014;

R. BONSIGNORI, voce *Arresto e Fermo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, p. 1;

E. BOZZARI, *Norme del procedimento*, Napoli, 1916;

M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare – L'arresto in flagranza e il fermo*, Milano, 2012;

L. BRESCIANI, voce *Fermo*, in *Dig. disc. pen.*, p. 213;

D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 151;

F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO – V. GREVI e M.

- BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012;
- ID, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 407;
- D. CARCANO – G. IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990;
- L. CASORATI, ***** in Riv. pen., 1876, p. 182
- A. CERRI, voce *Libertà II) Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, p. 1;
- M. CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4157;
- M. CHIAVARIO, voce *Libertà III) Libertà personale – dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1;
- ID (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, 1998;
- G. CIANI, *Ricorribilità solo per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida del fermo e dell'arresto*, in *Foro it.*, 1990, II, p. 424;
- C. CIVOLI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1921;
- M. COLAMUSSI, *Osservazioni a Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 1993, Puglisi*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3374;
- G. CONSO, *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969;
- M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005;
- F. CORDERO, *Codice di procedura penale – Commentato dal Franco Cordero*, Torino, 1990;
- ID, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Torino, 1985;

ID., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986;

ID., *Procedura penale*, Milano, 2008;

ID., *Procedura penale*, Milano, 2012;

L. CORDÌ, *L'arresto in flagranza nella legge Bossi-Fini: un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3295;

A. CUVA, *L'interrogatorio del giudice per le indagini preliminari nell'udienza di convalida*, in *Giust. pen.*, 1990, p. 488;

A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992;

U. DAL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962;

L. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, IV, Torino, 1990, p. 379;

E. D'ANGELO, *Sull'illegittimità costituzionale dell'arresto in flagranza ad opera di privati*, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 1120;

G. DEAN, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di interrogatorio della persona arrestata in flagranza*, in *Giur. it.*, 1990, p. 251;

A.M. DE CESARIS, *Habeas Corpus* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1;

G. DE LUCA, voce *Arresto – b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 39;

G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003;

O. DOMINIONI, *Commento all'art. 27 Cost.*, in *Rapporti civili, Comm. Cost. Branca*,

Bologna-Roma, 1977, p. 162;

L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e 25 della costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938;

ID., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962;

C. FANUELE, *La libertà personale*, in F. DINACCI, *Processo penale e costituzione*, Milano, 2010;

ID., *Commento all'art. 382 c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 4668;

L. FAVINO, *Ordinanza di convalida e arresto in flagranza a opera dei privati*, in *Riv. Pen.*, 1994, p. 306;

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1996;

A. FERRARO, *Arresto e fermo (Le misure precautelari e la loro convalida)*, Milano, 1994;

P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Torino, 2012;

ID., *Illegittimità dell'arresto di persone mascherate*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 472;

L. FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990;

E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1927;

G. FRIGO, *Ancora lontana una disciplina unitaria per arresto e custodia cautelare*, in *Guida dir.*, 1996, p. 73;

ID., *Arresto fuori flagranza: difesa in pericolo*, in *Guida dir.*, 2004, p. 35;

P. GAETA, *Il difensore ha diritto di consultare gli atti su cui si basa la richiesta di convalida del fermo. Le Sezioni Unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2010, p. 80

- S. GALEOTTI, *La Libertà personale*, Milano, 1953;
- ID., *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 859 e ss.;
- M. GALIZIA, *Libertà provvisoria e rilevanza. A proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 236 c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 134;
- R. GAMBINI MUSSO, *Habeas Corpus* (voce), in *Dig. disc. pen.*, p. 59;
- M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU, par. I*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011
- G. GIANZI, *Estradizione* (voce), in *Enc. dir.*, p. 61;
- B. GIORS, *Misure cautelari e riparazione per detenzione ingiusta o illegittima: una sentenza "additiva" riparatrice di una grave lacuna legislativa*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 677;
- G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno dell'A.S.P.P.I., tenutosi a Mattinata il 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, pp. 45 e ss.
- V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998;
- L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012;
- V. GREVI, *Garanzie difensive e misure cauelari*, in AA. VV., *il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di studio "Enrico de Nicola", tenutosi a Cagliari il 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 93;
- ID., *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 481;
- ID., voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, 1974, p. 350;

- ID., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976;
- ID., *Le "novelle" del luglio 1984: verso un recupero di garanzie in tema di libertà personale*, in AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova 1985, p. 12;
- ID., *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale* Conso-Grevi, Padova, 2008, p. 395;
- V. GREVI – M. CERESA GASTALDO, *Le misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI E M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012
- C. M. GRILLO, *Arresto in flagranza e fermo: dalla vecchia alla nuova disciplina*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 119;
- P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 205;
- R. GUARINIELLO, *Problemi costituzionali dell'arresto in flagranza*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1823;
- ID., *Sulla necessità di una motivata convalida dell'arresto in flagranza*, in *Riv. m. it. dir. proc. pen.*, 1967, 409;
- A. JAZZETTI, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto nel nuovo codice*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 19.
- G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna 1979;
- ID., *Relazione*, in AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Firenze, il 7 maggio 1996, Napoli, 1997, p. 27;
- ID., *Ripartire dalla Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 386;
- ID., *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in G. GIOSTRA – G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 114;
- R. E. KOSTORIS, *Commento all'art. 11 l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed*

esigenze del procedimento, in ID. (a cura di), *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995;

ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014;

K. LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo – Dal genus alla species*, Padova, 2011;

D. LACCHI, voce *Arresto in flagranza e giudizio di convalida*, *Dig. disc. pen.* (Aggiornamento), p. 76;

V. LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*, Roma, 1922;

M. LO GIUDICE, *Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: l'overruling delle sezioni unite ripristina il contraddittorio "effettivo"*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 883;

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010;

L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1921;

ID., *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in *Riv.pen.*, 1913;

A. MANASSERO, *La libertà personale dell'imputato nel sistema del diritto processuale*, Milano, 1925;

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1925;

D. MANZIONE, voce *Arresto*, in *Dig. disc. pen.*, VI, App., 469;

ID., voce *Arresto*, in *Dig. disc. pen.*, XI, App., 421;

L. MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000;

A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006;

- R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980;
- E. MARZADURI, *Flagranza del reato*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1982, p. 795;
- O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004;
- C. MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1302 e ss;
- L. MORTARA – U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Torino, 1922;
- L. MORTARA – A. STOPPATO – G. VACCA – A. SETTI – R. DE NOTARISTEFANI – S. LONGHI (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1913;
- P. MOSCARINI, *Il fermo degli indiziati di reato*, Milano, 1981;
- A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 1991;
- ID, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 2006;
- D. NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004;
- F. NUZZO, *Appunti sul rapporto tra liberazione immediata dell'arrestato o del fermato e giudizio di convalida*, in *Giust. pen.*, 1988, III, c. 466;
- A. PACE, voce *Libertà personale*, in *Enc. Dir.*, 1974, 303;
- N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, *Ab urbe condita. Fonti per la storia del diritto romano dall'età regia a Giustiniano*, Catania, 2002;
- P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2009;

G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*;

G. PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996;

ID., *Il giusto processo. Quale il ruolo dell'avvocato? Quali riforme?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 82;

R. PELLATI, *Corte costituzionale n. 223 del 2004: novità e peculiarità interpretative*, in *Giur. cost.*, 2004, p.3291;

L. PEPINO, *Vecchi e nuovi problemi della custodia cautelare*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 678;

F. PERONI, *Commento all'art. 381 c.p.p.*, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.* III agg., Torino, 1998, p. 460;

F. PESCIOTTO, *Sulla nozione di "quasi flagranza" nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 345;

B. PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2455;

M. PINNA, *La giurisprudenza su discovery cautelare e informazione difensiva: cronaca di una lenta avanzata dalle retroguardie*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1792;

M. PINTO, *Manuale di procedura penale illustrativo del nuovo codice*, Milano, 1914;

G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del convegno "Enrico de Nicola" tenutosi a Lecce il 1-3 marzo 1964, Milano, 1965, pp. 99 e ss

A. PIZZORUSSO, *Illegittimità costituzionale dell'arresto in flagranza*, in *Quale giust.*, 1971, p. 89;

G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa possibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1165 e ss.

S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it;

G. RICCIO, *La libertà personale*, in G. RICCIO – A. DE CARO – S. MAROTTA, in *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 227;

F. RIGO, *Commento all'art. 7 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995;

G. ROSSETTO, *Commento all'art. 380 c.p.p.*, in in CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, I agg., Torino, 1993, p. 287;

ID., *Commento all'art. 380 c.p.p.*, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, II agg., Torino, 1993, p. 175;

ID., *Commento all'art. 380 c.p.p.*, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, III agg., Torino, 1998, p. 451;

C. RUSSO, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n.93)*, Milano, 2013;

G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e completari nel processo penale*, Torino, 1956;

G. SALVI, *Commento gli artt. 381, 386, 390 e 391 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, I agg., 1993, p. 298;

C. SANTORIELLO, *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 961

M. SCAPARONE, *Costituzionalmente garantito il potere del P.M. di limitare la libertà personale?*, in *Riv. giur.sarda*, 1989, p. 177;

- ID., *Sulla legittimità costituzionale dell'arresto in flagranza*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 10;
- L. SCOMPARIN, *Arresto e fermo*, in M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996;
- ID., *Commento all'art. 381 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, III agg., Torino, 1998, 467;
- ID., *Commento all'art. 386 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo c.p.p.*, III agg., Torino, 1998, 467;
- P. SECHI, *Commento all'art. 12 l. 26 marzo 2001, n. 128*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 449;
- G. SPANGHER, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 282
- ID., *La libertà personale. Misure cautelari personali*, in AA.VV. *Le misure cautelari*, a cura di G. SPANGHER – C. SANTORIELLO, Torino, 2009, p. XV;
- ID., *Relazione*, in AA.VV. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Firenze, il 7 maggio 1996, Napoli, 1997, p. 47;
- F. TAGLIENTE, *Arresto in flagranza e fermo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. merito*, 1989, p. 516;
- M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989;
- N. TRIGGIANI, *Avviso di fissazione dell'udienza di convalida al difensore dell'arrestato (o del fermato) e sostituzione del difensore di fiducia «non reperito»*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3360;
- ID., *Immediata liberazione dell'arrestato (o del fermato) e procedimento di convalida*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3370;
- ID., *Osservazioni in tema di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato disposta dal pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1338;
- ID., *Sui rapporti tra ordinanza di convalida dell'arresto (o del fermo) e ordinanza*

- applicativa di misura cautelare ex art. 391 comma 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 120;
- ID., *Sul concetto di «sorpresa» con cose o tracce indizianti ex art. 382 comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3344;
- ID., *Sulla nozione di inseguimento «subito dopo il reato» ex art. 382 comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p.2230;
- P. TUOZZI, *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, Milano, 1914;
- C. VALENTINI REUTER, *Aspetti problematici del controllo sull'arresto in flagranza*, in *Giur. it.*, 1992, p. 674;
- E. VALENTINI, *Domanda cautelare* (voce), in *Enc. dir.*, 2014, p. 255;
- ID., *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011;
- ID., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2013;
- G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, p. 1;
- F. VERGINE, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto*, in G. GARUTI (a cura di), *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2009, p. 432;
- F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004;
- ID., *Commento agli artt. da 379 a 391 c.p.p.*, in G. CONSO – V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedure penale*, Padova, 2005, p. 1257.
- E. ZAPPALÁ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personali e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno dell'A.S.P.P.I., tenutosi a Noto Marina il 30 settembre – 2 ottobre 1993, Milano, 1995, pp. 51 e ss.
- D. ZELIA, *Il diritto ad un contraddittorio anticipato nell'udienza di convalida quale garanzia di*

effettività del diritto di difesa dell'arrestato o fermato, in Giust. pen., 2011, p. 68;