

## INDICE

<b>INDICE</b> .....	1
<b>CAPITOLO PRIMO: LA LIBERTÀ PERSONALE ALL'INTERNO DELLA CARTA COSTITUZIONALE</b> .....	4
• 1.1 La disciplina costituzionale della libertà personale.....	4
• 1.2 L'intervento della polizia giudiziaria: i presupposti e l'obbligatoria convalida del giudice.....	11
1.2.1 La revoca e la perdita di efficacia.....	16
<b>CAPITOLO SECONDO: L'ARRESTO IN FLAGRANZA DI REATO</b> .....	18
• 2.1 Nozione di “stato di flagranza” e di “quasi flagranza”.....	18
• 2.2 Arresto obbligatorio e arresto facoltativo.....	27
2.2.1 Arresto obbligatorio e limiti edittali.....	27
2.2.2 Arresto facoltativo e limiti edittali.....	31

- 2.3 La determinazione della pena: i criteri.....35
- 2.4 Altre condizioni per l'arresto.....37
- 2.5 I soggetti legittimati a compiere l'arresto.....38
- 2.6 Nozione e nascita di flagranza differita.....41

**CAPITOLO TERZO: L'UDIENZA DI CONVALIDA.....52**

- 3.1 Dall'arresto alla richiesta di convalida.....52
  - 3.1.1 Gli adempimenti della polizia giudiziaria.....52
  - 3.1.2 Gli adempimenti del pubblico ministero.....56
- 3.2 L'udienza di convalida: i soggetti.....60
- 3.3 La dinamica dell'udienza di convalida.....66
- 3.4 L'interrogatorio dell'arrestato da parte del giudice per le indagini preliminari.....68
- 3.5 Le garanzie di assistenza difensive nel

giudizio di convalida.....	74
• 3.6 L'acquisizione degli elementi per la decisione di convalida.....	79
• 3.7 La decisione sulla convalida e i tempi della decisione del giudice.....	86
3.7.1 Le impugnazioni.....	94
• 3.8 L'arresto illegittimo e la riparazione per l'ingiusta detenzione.....	99

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>102</b>
--------------------------	------------

**RINGRAZIAMENTI**

## **CAPITOLO PRIMO**

### **La libertà personale all'interno della Carta Costituzionale**

#### **1.1 La disciplina costituzionale della libertà personale**

Le libertà costituzionalmente garantite sono quelle che consentono all'individuo di esprimere, senza costrizioni o condizionamenti, la sua personalità tanto nella sfera della vita privata quanto nei rapporti sociali che intrattiene nella comunità in cui vive ed opera; e vanno dalla libertà personale (art.13 Cost.) alla libertà di domicilio ( art.14 Cost.),dalla riservatezza e libertà della corrispondenza dei ogni altra forma di comunicazione ( art.15 Cost.) alla libertà di soggiorno e di circolazione ( art.16 Cost), dalla libertà di riunione e di associazione (art.17 Cost) alla libertà professare la propria fede religiosa e di manifestare il proprio pensiero (art.19 e 21 Cost.), dalla libertà di iniziativa economica privata e di scelta di un lavoro che consenta un' esistenza libera e dignitosa (art. 41 e art. 4 Cost.) alla disponibilità del patrimonio personale ( art. 42 Cost.)<sup>1</sup>. Per molte di queste libertà il Costituente

---

<sup>1</sup> DALIA-FERRARI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova,2001, p.284 e ss.

usa l'aggettivo "inviolabile", intendo, con esso, affermare non già un principio di "intangibilità" assoluta, ma, piuttosto, il contenimento del sacrificio della libertà entro limiti ben definiti. Così come per la libertà personale (detta libertà, cresciuta al rango di "diritto soggettivo", è la regola, mentre la sua privazione è l'eccezione)<sup>2</sup>, che dopo la enunciazione che "la libertà personale è inviolabile", viene specificato subito che non sono ammesse forme di detenzione, ispezione o perquisizione personale o altre restrizioni della libertà personale al di fuori di quelle adottate dall'autorità giudiziaria (art.13 Cost.).

Al riguardo, occorre osservare che l'art 2 Cost., che impone alla Repubblica di "riconoscere e garantire" i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, si colloca come norma-base di tutta l'intelaiatura costituzionale, che pertanto risulta fortemente connotata da un'impronta personalistica. Il Costituente ha posto la persona umana, insieme con i gruppi intermedi, a piattaforma su cui erigere l'intera costituzionale statale, così abbandonando la vecchia concezione fascista che poneva lo stato davanti a tutto

---

<sup>2</sup> A.PACE, voce "*Libertà personale*", in Enc. Dir., XXIV,1974 p.303; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*,1976 p.371; BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, 1971;pag 28 e ss.

e a tutti.

Lo stesso raccordo tra l'art.2 e l'art.13 Cost. impone di tenere nel giusto rilievo la libertà personale. Anche senza voler parlare di diritti privilegiati, non si può tacere che una priorità esista nella stessa scala costituzionale quanto meno in favore dei diritti a contenuto non economico rispetto ai diritti a contenuto economico<sup>3</sup>. La libertà personale è “stato di libertà fisica, implicante l'assenza di coercizioni sul corpo e i suoi dirimpettai sono poteri di arresto della polizia giudiziaria e della pubblica sicurezza, nonché quelli di cattura e di condanna (a pena detentiva) del giudice penale. La garanzia costituzionale che a riguarda è per conseguenza la determinazione dei presupposti e dei modi di esercizio di tali poteri<sup>4</sup>.

La libertà personale, prima tra i “diritti inviolabili dell'uomo” che la Repubblica “riconosce e garantisce”<sup>5</sup>, si configura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto

---

<sup>3</sup> AMATO, *Individuo e autorità* cit. pp 324 s. e 368. La priorità della libertà personale nella scala dei lavori costituzionali risultava già chiaramente delineata in un “elenco sistematico dei diritti e dei doveri del cittadino” elaborato, come indice dei lavori della Sottocommissione, da un comitato sottoposto dai deputati Basso, Cevolotto, e Moro ed il cui art.2 del capo I sanciva “l'inviolabilità dagli arresti” (seduta di 30 Luglio 1946, in “La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, vol VI, 1971 p.307)

<sup>4</sup> AMATO, Commento all'art 13 Cost., in commentario della Costituzione a cura di G.Branc, 1977, p.4.

<sup>5</sup> Sono note le difficoltà di delineare l'ambito d'applicazione dell'art 13 Cost., specie a proposito della cosiddetta “libertà morale”. cfr. G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale* (Contributo alla teoria dei diritti della personalità), in Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, vol. II, 1960, p.1629 e s.

logicamente li prevede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione<sup>6</sup>. La natura prioritaria di questo diritto è denotata dalla stessa collocazione dell'art.13 Cost. in apertura del titolo dedicato alle libertà civili con il solenne riconoscimento dell' "inviolabilità". Peraltro, il significato di questa qualifica è tuttora controverso, infatti, si discute se l' "inviolabilità" costituisca un limite alla revisione costituzionale<sup>7</sup> oppure se funzioni come un parametro nel sindacato costituzionale delle leggi o se infine non sia uno strumento da tenere presente nell'integrazione delle lacune costituzionali<sup>8</sup>. Certo è che si tratta non di una mera affermazione di principio vuota di contenuto, ma di sintomatica conferma che le limitazioni apportate alla libertà personale devono considerarsi eccezionali, perché derogano alla regola dell'"inviolabilità" di quel diritto, con tutte le conseguenze che ciò comporta, compreso il divieto di estendere analogicamente le previsioni di restrizioni<sup>9</sup>. Sicuramente il carattere di "inviolabilità"

---

<sup>6</sup> GREVI, *Libertà personale dell'immutato e Costituzione*, 1976 p.2. Anche secondo MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9 ed. tomo II, 1976, p.1040: la libertà personale "precede e condiziona tutte le altre rendendone possibile l'esplicazione"; CHIAVARIO, voce *Favor libertatis*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, 1968 pag.15.

<sup>7</sup> MORTATI, *Istruzioni cit.*, tomo I, 1975 p.329; che definisce una "superconstituzione" il complesso delle norme assolutamente immutabili.

<sup>8</sup> BARBERA, *Commento all'art.2 Cost.*, in *Commentario, cit.*, 1975, p.80 s.

<sup>9</sup> Sui diversi significati attribuiti all'aggettivo "inviolabile" v. BARBERA, *Commentario, cit* p.50:

GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*,

significa che le situazioni così definite ex art. 13,14,15 e 24 Cost. devono essere preferite in caso di collisione con altre libertà o poteri costituzionalmente rilevanti<sup>10</sup>. Ovviamente l'attribuzione della "inviolabilità", alla libertà personale come ad altre libertà sia esplicitamente (ad esempio i citati art. 14,15 e 24 comma 2 Cost.) sia tramite l'art 2 Cost, ha un senso relativo, in gran parte lasciata alla sensibilità dell'ambiente storico in cui si colloca, essendo evidente che una certa disciplina legislativa può apparire violatrice o meno del relativo diritto a seconda del momento in cui essa viene apprezzata. L'aggettivazione non ha il significato di vietare qualsiasi restrizione della libertà.

Essa vuol dire semplicemente che la libertà personale gode di "una tendenziale priorità sui rispettivi limiti che impone di preferirla a questi ultimi nell'ipotesi di dubbio, sia evitandone il sacrificio quando sia questo il tema decidendo, sia ad un diverso livello, fornendole il più efficiente degli strumenti di tutela fra quanti ne offre volta a volta l'ordinamento". In altre parole l'attributo "inviolabile" funge da "selettore automatico della soluzione più favorevole, sempre che trattasi di

---

1972 ,nonché la voce Inviolabilità dei diritti, Enc. Dir. Vol. XXII, 1972

<sup>10</sup> PACE, voce *Libertà personale* cit., p.305



antinomie non altrimenti risolubili”<sup>11</sup>.

Tale concetto è ribadito nelle Carte internazionali, dove si assicura ad ogni persona il diritto alla libertà e alla sicurezza, intendendo questo diritto come certezza di non essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato (art.9 Dich.) oppure privato della libertà, anche per motivi diversi da quelli previsti dalla legge e con una procedura che non sia legislativamente definita (art.9 Patto).

La tutela costituzionale, allora, non s’identifica nella definizione d’inviolabilità, che sarebbe affermazione di mera enfasi, ma, piuttosto, nella presentazione dei casi e dei modi in cui le libertà personali possono essere limitate o comprese. Il principio d’intangibilità delle libertà della persona è principio che trova, nella legge, la sua giustificazione e, nella garanzia della giurisdizione, la dimostrazione della sua necessità<sup>12</sup>. Il secondo comma dell’art.13 Cost sancisce una “riserva di legge”; essa ha la funzione di garantire all’individuo che solo i suoi rappresentanti in Parlamento potranno dettare norme incidenti sulla libertà personale<sup>13</sup>.

Si tratta di una riserva “assoluta”, la quale al legislatore di regolare solo lui la materia, con esclusione di ogni

---

<sup>11</sup> AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p.323

<sup>12</sup> V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè editore, 1976, p.22

<sup>13</sup> DE FRANCO, voce, *Riserva di legge*, in *Noviss dig. It.*, vol. XVI, 1969 p.104

interferenza di norme sub-legislative che non siano meramente esecutive<sup>14</sup>.

E' dubbio se l'art 13 Cost. detti una riserva "rinforzata" la quale ricorre, com'è noto, allorché il Costituente pone vincoli al legislatore, ad esempio stabilendo che solo la tutela di determinati interessi può giustificare il sacrificio di una libertà<sup>15</sup>.

La privazione della libertà personale può attuarsi "nei soli casi e modi previsti dalla legge", cioè solo in quanto essa sia descritta in una legge che determini con sufficiente specificazione "sia nei casi nei quali può ad essi farsi ricorso, sia il procedimento o, in senso più stretto, le modalità con le quali la restrizione può essere imposta".

Inoltre, la "riserva di giurisdizione" garantisce che la privazione della libertà personale sia disposta solo con "atto motivato dell'autorità giudiziaria", la quale, essendo soggetta soltanto alla legge (art.101 Cost. 2 c), offre le maggiori garanzie di imparzialità. Di regola tale provvedimento deve essere emesso prima che la limitazione viene eseguita.

---

<sup>14</sup> CRISAFULLI, *Lezioni di diritto Costituzionale*, vol.II, 5 ed. 1984 ,p.55, DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*,1969,p.103; PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*,3 ed., 1984, p.464

<sup>15</sup> AMATO, *individuo e autorità*, cit., p.308.

## **1.2 L'intervento della polizia giudiziaria: i presupposti e l'obbligatoria convalida del giudice**

All'interno dell'art. 13 comma 3 Cost. troviamo indicati quei presupposti che consentono la temporanea sostituzione da parte dell' autorità di pubblica sicurezza<sup>16</sup> all' autorità giudiziaria nel compimento di atti restrittivi della libertà personale, ovvero la “necessità e l'urgenza”. L'azione posta in essere dalla polizia giudiziaria dovrà necessariamente indicare, inoltre, le “fondate ragioni” che stanno alla base del provvedimento limitativo, onde consentire al giudice di vagliare la conformità con quanto stabilito a riguardo dalla normativa vigente in relazione ai casi ed ai modi per i quali la misura in questione possa ritenersi legittima (cfr. riserva di legge assoluta).

I provvedimenti emanati dalla polizia sono in tal caso il risultato di una sostituzione dovuta al sussistere di condizioni particolari, necessità ed urgenza appunto, la cui assenza non renderebbe altrimenti efficace e possibile l'intervento conforme a legge. Affinché tali condizioni si possano così ritenere sussistenti occorre che “la situazione contemplata dalla legge sia tale da

---

<sup>16</sup> Nei lavori preparatori alla costituzione si optò per tale termine al posto dell'altro proposto (autorità di polizia) perché si ritenne che il primo raccogliesse “tutta la forza pubblica” cfr. Affermato dall'on. Tupini in Atti dell'Assemblea Costituente, seduta del 10 aprile 1947,2693.

prospettare come plausibile la necessità del provvedimento” lasciando, comunque, in capo all’ autorità di pubblica sicurezza la verifica in concreto della necessità e urgenza dell’intervento. L’azione posta in essere sarà comunque un’azione di carattere “straordinario”, tanto è vero che al suo verificarsi risulterà sempre necessaria la convalida dell’autorità giudiziaria. Infatti, in assenza della convalida del giudice, il provvedimento stesso restrittivo della libertà personale emanato dall’ autorità di pubblica sicurezza, si intenderà privo di effetti e revocato.

La conseguenza sarà pertanto non solo la possibilità per l’interessato di rivalersi contro l’organo di pubblica sicurezza nelle sedi competenti (Cfr. Sent. Corte costituzionale del 2 novembre 1990, n. 515), ma anche l’inutilizzabilità degli elementi di prova in sede processuale perché illecitamente acquisite (Cfr. Sent. Corte costituzionale del 6 aprile 1973, n. 34).

Il presupposto della “necessità” si basa sul fatto che l’intervento dell’autorità di pubblica sicurezza sia davvero indispensabile.

I provvedimenti provvisori adottati, quindi, risultano necessari solo quando la restrizione sia realmente indispensabile per il conseguimento di esigenze di

“coercizione costituzionalmente ammesse”<sup>17</sup>.

Inoltre, trattandosi di un intervento di carattere eccezionale rispetto a quello ordinario dell'autorità giudiziaria, è stata prevista per questo una disciplina più rigorosa (cfr. riserva assoluta di legge) nonché, come già detto, necessaria convalida del giudice per renderlo legittimo e produttivo di effetti.

In merito poi al presupposto dell'urgenza, esso è il secondo presupposto richiesto dal' art. 13 Cost. accanto la necessità.

I casi urgenti sono quelli in cui il giudice non può intervenire in maniera tempestiva, nonostante la necessità di un provvedimento limitativo della libertà. Tale requisito, quindi, non sussiste in ogni caso di flagranza ma è fondamentale il suo accompagnarsi alla “necessità” del provvedimento.

La flagranza di per sé infatti non rappresenta altro che una forte evidenza della prova a carico dell'inquisito.

Quindi il provvedimento provvisorio della polizia sarà necessario quando ad esempio vi sia il fondato sospetto che la persona colta in flagranza stia per darsi alla fuga, stia per inquinare una prova oppure continui un'attività

---

<sup>17</sup> FILIPPI, cit., p. 88

criminosa<sup>18</sup>.

In ultima analisi è necessario aggiungere qualcosa in merito all'eccezionalità e alla tassatività. Di tali presupposti di intervento possiamo dire anzitutto che la legittimazione dell'intervento straordinario della polizia deve sempre qualificarsi come "eccezionale" (art 13, 3° c., Cost.). Il significato del termine "eccezionale" non è collegato alla rarità della fattispecie considerata nel caso concreto, bensì al suo porsi al di fuori delle regole ordinarie. Inoltre è stato affermato che i poteri della polizia sono sostitutivi di quelli del giudice e quindi necessariamente con essi coincidenti<sup>19</sup>: il fatto che intervenga la polizia al posto dell'autorità giudiziaria è un'eccezione alla condizione ordinaria, ma "l'eccezione è in re ipsa"<sup>20</sup>, cioè è previsto chiaramente dal testo costituzionale che ciò possa avvenire; così giudice e polizia hanno ognuno, in relazione alle condizioni che l'ordinamento disciplina, un identico potere di intervento ai fini coercitivi della libertà personale. Infine strettamente collegata con la riserva di legge è la previsione di una indicazione di "tassatività" delle condizioni che legittimano l'intervento della polizia al posto del

---

<sup>18</sup> FILIPPI, cit., p. 89

<sup>19</sup> LAMBERTI, cit., p. 21 e ss;

<sup>20</sup> FILIPPI, cit., p. 90

magistrato.

Per concludere, in dottrina<sup>21</sup> si è affermato che, con “tassatività”, come “eccezionale” (art 13, 3° c., Cost.). Il significato del termine “eccezionale” non è collegato alla rarità della fattispecie considerata nel caso concreto, bensì al suo porsi al di fuori delle regole ordinarie. Inoltre è stato affermato che i poteri della polizia sono sostitutivi di quelli del giudice e quindi necessariamente con essi coincidenti\* 32 : il fatto che intervenga la polizia al posto dell’ autorità giudiziaria è un’ eccezione alla condizione ordinaria, ma “l’eccezione è in re ipsa” 33, cioè è previsto chiaramente dal testo costituzionale che ciò possa avvenire; così giudice e polizia hanno ognuno, in relazione alle condizioni che l’ ordinamento disciplina, un identico potere di intervento ai fini coercitivi della libertà personale.

Infine strettamente collegata con la riserva di legge è la previsione di una indicazione di “tassatività” delle condizioni che legittimano l’ intervento della polizia al posto del magistrato.

Per concludere, in dottrina si è affermato che, con “tassatività” la costituzione richiede al legislatore una

---

<sup>21</sup> CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 253

certa “determinatezza di prescrizioni e di indicazioni” in modo da porre entro determinati confini la discrezionalità d’azione degli operatori.

### **1.2.1 La revoca e la perdita di efficacia**

La provvisorietà dei provvedimenti finora trattati che al termine del periodo perentorio se non opportunamente convalidati si intendono revocati e restano privi di effetto.

Sia la decisione di revoca che anche la perdita di efficacia dovuta al decorrere dei termini stabiliti ex costituzione hanno creato notevoli problemi interpretativi. La revoca in senso tecnico è nell’ambito del diritto pubblico il ritiro di un atto ritenuto viziato nel merito, mentre nel caso dei provvedimenti provvisori viene valutata anche la legittimità delle misure adottate dalla polizia. La perdita di efficacia ha valore ex nunc allo scadere del termine fissato.

All’ interno dell’art. 13 Cost. si parla, oltre che di “revocati”, di provvedimenti che “restano privi di ogni effetto”.

Questo ha comportato, così che l’inefficacia non attenga alla sfera della libertà personale ma attenga agli atti processuali che dalla restrizione di quest’ ultima sono scaturiti.



E' noto infatti che dopo l'adozione dei provvedimenti provvisori, la polizia ed il pubblico ministero possono procedere ad attività di indagine per la raccolta di elementi di prova, quindi ad esempio perquisizioni o ispezioni, ecco con la revoca dei provvedimenti provvisori i risultati di tali attività saranno processualmente inutilizzabili.

Per fare un esempio: se un soggetto viene arrestato in flagranza e rilascia dinnanzi al pubblico ministero una confessione, questo diventerà inutilizzabile come prova a carico dello stesso qualora l'arresto non sia convalidato<sup>22</sup>.

Degno di nota è infine il fatto che l'illegittima privazione della libertà personale ad opera degli agenti di polizia, può comportare l'applicazione di sanzioni nei loro confronti, ma non la nullità degli atti processuali.

---

<sup>22</sup> FILIPPI, CIT., P.105

## **CAPITOLO SECONDO**

### **L'arresto in flagranza di reato**

#### **2.1 Nozione di “stato di flagranza” e di “quasi flagranza”**

Il legislatore ordinario ha dato attuazione ai principi costituzionali sopra esaminati attraverso la legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, poi sfociata nell'attuale codice di rito (D.P.R. 22 settembre 1988, n.447), il quale prevede misure restrittive della libertà personale, che costituiscono sostanzialmente un'anticipazione delle misure cautelari disposte dal giudice e che possono definirsi come precautelari.

È così stato elaborato l'istituto dell'arresto in flagranza, che, a seconda della gravità del reato, può essere obbligatorio o facoltativo.

Adesso andiamo ad analizzare la nozione di “flagranza”: molto più rigorosa, rispetto a quella contenuta nell' art. 237 codice abrogato, è la definizione di “stato di flagranza”. Il nome e il concetto giuridico di “flagranza” hanno una storia. Ha una storia, cioè, l'intenzione legislativa di distinguere la sorpresa sul fatto da contesti equivalenti dove il reato è un accadimento prossimo.

Etimologicamente il termine “flagrante” deriva dal

verbo “flagro” designata una combustione e, se trasposto, richiama eventi percepiti nel loro accadere<sup>23</sup>. L’art. 382 c.p.p., innanzi tutto, non contiene la definizione di reato flagrante, a differenza dell’abrogato primo comma dell’art. 237, bensì dolo dello “stato flagrante”, valorizzando, in tal modo il concetto di sorpresa “nell’atto di commettere il reato”<sup>24</sup>.

Inoltre, le ipotesi di flagranza sono state unificate. Non vi è più la descrizione di “stato di flagranza” e di “quasi flagranza” contenuta negli abrogati secondo e terzo comma del citato art. 237.

La definizione dello “stato di flagranza” è espressa in modo unitario nel solo primo comma dell’art.382 c.p.p. che fornisce una nozione di flagranza<sup>25</sup>, al cui interno sono ravvisabili tre situazioni tipiche; versa in stato di flagranza:

- a) “chi viene colto nell’atto di commettere il reato” (c.d. flagranza striata sensu o propria);
- b) “chi subito dopo il reato è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone”;
- c) “chi è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia

---

<sup>23</sup> SPANGHER, *Il trattato di procedura penale*, Vol. 3, 2009.

<sup>24</sup> CARCANO-IZZO ; *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p.3

<sup>25</sup> MARZADURI ; *Flagranza del reato*, Torino, 1982

che egli abbia commesso il reato immediatamente prima” (formule queste ultime, comunemente note come quasi-flagranza).

Dunque la definizione dello stato di flagranza abbraccia situazioni diverse; ma tutte collegabili, in ragione di un rigoroso rapporto spazio-temporale alla ritenuta riferibilità del fatto alla condotta del soggetto. Pur se letteralmente ascrivibile alla specifica ipotesi del tentativo, l’espressione “nell’atto di commettere” - che il codice adopera - include tanto il caso in cui il reato sia ancora in itinere, quanto l’altro, in cui si sia appena consumato; la locuzione “atto di commettere” non può non ricomprendere la vicenda che si connota dell’attualità della commissione (“mentre commette”) e quella che si caratterizza dell’avvenuta commissione (“ha commesso”) del reato<sup>26</sup>.

Il secondo comma dell’art. 382 c.p.p. individua lo stato di flagranza in relazione al reato permanente: “la flagranza dura fin quanto non sia cessata la permanenza”.

Ci occuperemo, ora, di alcune precisazioni a proposito dello stato di flagranza operate dalla giurisprudenza.

Secondo la Cassazione esula dall’ipotesi di flagranza

---

<sup>26</sup> DALIA-FERRAIOLI; *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001 p.250

stricto sensu il caso in cui il reo sia colto nell'atto di commettere il reato, ma venga lasciato libero per qualsiasi motivo, giacché in tal caso si è fuori dalla "sorpresa" (nella specie la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice per le indagini preliminari avesse correttamente negato la convalida dell'arresto degli imputati perché costoro, dopo il sequestro delle armi, avvenuto alle ore 8, furono lasciati liberi in attesa di ulteriori accertamenti ed arrestati alle ore 12:30)<sup>27</sup>.

In materia di "quasi flagranza"<sup>28</sup>, secondo la giurisprudenza prevalente, la definizione dell'art. 382 dell'attuale codice, pur con terminologia leggermente differente, ripropone nella sostanza quella dell'art. 273 del codice precedente.

In particolare, la locuzione "immediatamente prima" non costituisce sostanziale modificazione rispetto a quella usata dall'art. 273 c.p.p. del 1930, rappresentando solo una puntualizzazione della connessione temporale tra il fatto reato e la sorpresa con tracce del pregresso reato.

La giurisprudenza, comunque, oscilla nel precisare quando il reato possa ritenersi commesso "immediatamente prima": si va a periodi

---

<sup>27</sup> Cass., 4 giugno 1991, Russo Riv. Pen., 1992, p.689

<sup>28</sup> PESCHETO; *Sulla nozione di quasi flagranza nel nuovo processo penale*, 1991.

inferiori all'ora, fino all'arresto operato a distanza di alcuni giorni, dopo un ininterrotto inseguimento del reo<sup>29</sup>.

Si è tuttavia rimarcato che l'art. 382 primo comma c.p.p. ,nel prevedere che si consideri in stato di flagranza chi venga “sorpreso con cose o tracce dalle quali appaio che egli abbia commesso il reato immediatamente prima” postula che sia riscontrabile una stretta contiguità tra la commissione del fatto e la successiva sorpresa del presunto autore di esso, come è reso manifesto dal senso proprio dell'avverbio utilizzato, che contiene in sé l'idea del susseguirsi degli eventi senza alcun intervallo.

Analogamente si è ritenuto che, quando risulti che nell'immediatezza del fatto, il soggetto si è venuto a trovare materialmente a disposizione e nella custodia degli organi di polizia giudiziaria, perdendo in tal modo la propria libertà, a nulla rileva che solo a distanza di alcune ore sia stato formalmente redatto il verbale di arresto<sup>30</sup>.

In tema di inseguimento da parte della polizia giudiziaria, la giurisprudenza non fissa rigidi limiti di tempo, ma esige soltanto che non sia trascorso un lasso

---

<sup>29</sup> M.VESSICHELLI; *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. IV, Utet,1994, p. 287 e ss

<sup>30</sup> Cass. 17 novembre 1995, Ventra, Arch. N. Poc. Pen., 1996, p.459

temporale tale che venga trovarsi in contraddizione con la locuzione dell'art. 382 ("subito dopo il reato"); peraltro in tale nozione va compreso non solo l'inseguimento in senso stretto, che può protrarsi anche per un tempo notevolmente lungo, ma pure l'azione che, senza soluzione di continuità, viene intrapresa subito dopo la commissione di un reato per raggiungere le persone da arrestare. La Cassazione è giunta ad affermare che agli effetti dell'arresto in flagranza l'inseguimento del reo ricompense pure l'azione di ricerca, posta in atto immediatamente dopo il reato, anche se non immediatamente conclusa, purché protratta senza soluzione di continuità. Non è quindi ritenuta indispensabile la coincidenza tra il momento iniziale della fuga e quello in cui inizia l'inseguimento<sup>31</sup>.

In senso contrario parte della dottrina ha rilevato che, per rispettare la previsione costituzionale della eccezionalità delle limitazioni della libertà personale da parte degli organi di polizia e per mantenersi in linea col rifiuto del legislatore di interpretazioni estensive del concetto di quasi-flagranza, deve escludersi l'equiparazione all'inseguimento materiale di un

---

<sup>31</sup> Cass. 7 giugno 1999, Giannatiempo, in *Juris data*

inseguimento “ideale”, rappresentato dal risultato delle indagini della polizia giudiziaria, al di fuori di una reale contiguità temporale tra fatti e percezione del terzo<sup>32</sup>.

Infine è doveroso fare un richiamo all’ultima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 12 gennaio 2016, che ha risolto l’annosa questione riguardante l’arresto in “quasi flagranza”, ma soprattutto le recenti sentenze che hanno portato alla ratio di quest’ultima.

In un primo momento è d'obbligo soffermare l'attenzione sul concetto di *flagranza*, il quale, escludendo particolari indagini per la esistenza del reato e la corrispettiva individuazione del colpevole, si cristallizza in un preciso momento, ossia quando “chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa, o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato, immediatamente prima”.

Da ciò si desume, pertanto, che il concetto di flagranza si iscrive in un arco temporale molto ristretto, ossia subito dopo il reato, ovvero quasi contestualmente a quando il reo sia sorpreso con cose o tracce derivanti

---

<sup>32</sup> BEVERE ; *Coercizione personale*, Padova, 1998, p.3



da reato.

La giurisprudenza di legittimità nel corso degli anni ha avuto orientamenti contrastanti sull'argomento.

Per la sentenza della V Sezione della Corte di Cassazione n. 3032 del 1999, la quasi flagranza non si verifica nel caso in cui l'inseguimento ad opera della Polizia Giudiziaria dell'indagato è iniziato a seguito di informazioni avute da terze persone.

Tale orientamento è stato successivamente avallato da una cospicua giurisprudenza di Piazza Cavour, per esempio con la sentenza 17619/2004, pronunciata dalla IV Sezione, ovvero, la pronuncia num. 15912/2013 della IV Sezione della Suprema Corte ed un recente orientamento del 2014 con sentenza 43394 emessa dalla I Sezione della Cassazione.

Di segno totalmente diverso, sono le pronunce per le quali la quasi flagranza consiste in uno stretto legame tra azione penalmente rilevante e limitazione della libertà alla luce del quale vi sia l'individuazione del colpevole mediante la continuità dell'attività di controllo svolta dagli agenti di sicurezza.

Nello specifico, la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 28246 del 2014, assunta dalla I Sezione, ha individuato lo stato di quasi flagranza nel caso in cui l'arresto si sia verificato non appena la P.G., ha avuto

notizie del reato; è da aggiungere che, secondo tale pronuncia, il concetto di inseguimento, legato alla fattispecie della quasi flagranza, deve essere inteso in senso lato, ossia facendo rientrare accanto al semplice tallonamento anche l'attività di ricerca, eseguita prontamente, e non necessariamente conclusa, purchè prolungata senza un giudizio prognostico di continuità, facendo leva su ricerche ovvero informazioni avute dalla vittima, è lecito osservare questo orientamento si conforma a quello precedentemente espresso da altre pronunce della Suprema Corte (cfr., sentenze nn. 2738/1999; 4348/2003; 6916/2011), nelle quali è stato riconosciuto lo stato di quasi flagranza, e quindi l'intervento degli operanti nell'immediatezza del reato, sulla base di dichiarazioni rese da testimoni oculari e correi.

Da quanto si evince, per molto tempo, è venuto a mancare un orientamento uniforme al quale potersi conformare. Proprio per superare tale lacuna, la V Sezione della Cassazione, con ordinanza n. 12282 del 2015, a chiesto lumi alle Sezioni Unite affinché ponessero fine al contrasto giurisprudenziale.

Finalmente le S.U. hanno definito la questione con una decisione, di cui non sono state ancora rese note le motivazioni, ed è stata resa pubblica con

un'informazione provvisoria, alla luce della quale gli Ermellini hanno statuito che << lo stato di quasi flagranza non può sussistere sulla base di informazioni fornite dalla vittima ovvero da terzi nella immediatezza del fatto>>.

## **2.2 Arresto obbligatorio e arresto facoltativo**

L'arresto in flagranza ha natura eccezionale e valore provvisorio. E' per questa ragione che il legislatore non si limita a prevedere — in ossequio alla prescrizione costituzionale, secondo cui la legge deve indicare rigorosamente le ipotesi nelle quali può essere disposta una precautela — i casi di arresto in flagranza, ma li articola secondo criteri di gravità decrescente, distinguendo tra arresto obbligatorio — atto dovuto, che, comunque, non si estende ai reati colposi — e arresto facoltativo, che designa le ipotesi in cui la polizia giudiziaria dispone di un margine di discrezionalità, pur se si tratta di discrezionalità normativamente orientata<sup>33</sup>.

### **2.2.1 Arresto obbligatorio e limiti edittali**

Colto in flagranza, l'autore di uno dei delitti non

---

<sup>33</sup> DE LUCA; voce *Arresto.*, Vol. III, 1958, p.39

colposi indicati nell'art. 380 c.p.p. deve essere arrestato. La disposizione fissa due criteri che limitano il campo di operatività dell'istituto.

Il primo è di tipo quantitativo: l'arresto è obbligatorio allorché sia commesso un delitto non colposo consumato o tentato, punito con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a 5 anni nel minimo e 20 anni nel massimo; non v'è possibilità che la soglia vari in ragione delle condizioni soggettive della persona colta in flagranza, la legge non dando rilevanza ad eventuali pregresse dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza, ovvero all'applicazione di misure di sicurezza, di prevenzione, o, infine, a precedenti condanne<sup>34</sup>.

Il criterio qualitativo fa, invece, riferimento a singoli reati o gruppi di reati indicati nell'art. 380 comma 2 c.p.p., i quali dovrebbero connotarsi, in ottemperanza alle indicazioni di cui alla direttiva ex art. 2 della legge n.32 del 1987, per eccezionale gravità “avuto riguardo a speciali esigenze di tutela della collettività”.

Al riguardo, è necessario che il reato per cui si procede rispetti entrambi i limiti edittali del minimo e del massimo di pena prescritti<sup>35</sup>. Esclusa ogni incidenza

---

<sup>34</sup> LATTANTI-LUPO, *Codice di procedura penale*, 2003, Vol. IV, p.263 ss.

<sup>35</sup> FILIPPI; *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990

“derogatoria” sui limiti edittali stabiliti in rapporto a situazioni soggettive riferibili all’arresto, il legislatore ha limitato l’ambito di applicazione dell’istituto ai soli delitti “colposi”, attribuendo, peraltro, rilevanza non solo ai delitti consumati ma anche a quelli tentati<sup>36</sup>.

L’area dei delitti, consumati o tentati, per i quali il provvedimento precautelare s’impone è stato individuato dal legislatore delegato tenendo conto delle indicazioni contenute nella sentenza n.1 del 1980 della Corte Costituzionale<sup>37</sup>. La Corte, giudicando dell’art.1 l. 22 maggio 1975 n.152 (Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico) aveva infatti ritenuto che l’espressione “esigenze di tutela della collettività” trovi delimitazione e senso concreto in relazione ai reati che hanno quali caratteristiche l’uso di armi o di altri mezzi di violenza contro le persone, la riferibilità ad organizzazioni criminali e politiche, la direzione lesiva verso le condizione di base della sicurezza collettiva e dell’ordine democratico.

Ritornando alle singole fattispecie dell’art. 380 secondo comma del c.p.p., le stesse sono dunque tutte riconducibili alle tipologie sopra precisate e più dettagliatamente: le lettera a) i) l) rispondono al

---

<sup>36</sup> MANZIONE; *Arresto*, Vol. IV, Torino,1992,p.470

<sup>37</sup> Così secondo BARABBA, sub art. 380,in *Codice penale e codice di procedura penale commentati*, a cura di D’AMBROSIO e VIGNA XXIII ed., 2001, p. 1073

principio della salvaguardia dell'ordine costituzionale; le lettere b) c) g) rispondono al principio della salvaguardia della sicurezza collettiva; le lettere h) l) m) riguardano delitti di criminalità organizzata; infine le lettere d) e) f) hanno riguardo a reati di estrema diffusione, di modo che non appare improprio un riferimento al criterio di sicurezza collettiva<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> L'art.380 comma 2 c.p.p. recita "Anche fuori dei casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti delitti non colposi, consumati o tentati:

- a) delitti contro la personalità dello Stato previsti nel titolo I del libro II del codice penale per i quali è stabilita la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni;
- b) delitto di devastazione e saccheggio previsto dall'articolo 419 del codice penale;
- c) delitti contro l'incolumità pubblica previsti nel titolo VI del libro II del codice penale per i quali è stabilita la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni o nel massimo a dieci anni;
- d) delitto di riduzione in schiavitù previsto dall'articolo 600, delitto di prostituzione minorile previsto dall'articolo 600bis, primo comma, delitto di pornografia minorile previsto dall'articolo 600ter, commi primo e secondo, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, e delitto di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile previsto dall'articolo 600quinqües del codice penale (1);
- d-bis) delitto di violenza sessuale previsto dall'articolo 609 bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, e delitto di violenza sessuale di gruppo previsto dall'articolo 609 octies del codice penale (2);
- e) delitto di furto quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'articolo 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533, o taluna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 625, primo comma, numeri 2), prima ipotesi, 3) e 5), nonché 7-bis) del codice penale, salvo che ricorra, in questi ultimi casi, la circostanza attenuante di cui all'articolo 62, primo comma, numero 4), del codice penale (3);
- e-bis) delitti di furto previsti dall'articolo 624 bis del codice penale, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'articolo 62, primo comma, numero 4), del codice penale (4);
- f) delitto di rapina previsto dall'articolo 628 del codice penale e di estorsione previsto dall'articolo 629 del codice penale;
- f-bis) delitto di ricettazione, nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 648, primo comma, secondo periodo, del codice penale (5);
- g) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine, nonché di più armi comuni da sparo, escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;
- h) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope puniti a norma dell'articolo 73 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo (6);
- i) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni;
- l) delitti di promozione, costituzione, direzione e organizzazione delle associazioni segrete previste dall'articolo 1 della legge 25 gennaio 1982 n. 17, [della associazione di tipo

Alcune notazioni è bene svolgere sul punto g) riguardante le armi ed esplosivi. Anzitutto, l'arresto è obbligatorio per le armi da guerra e per gli esplosivi e non anche per le munizioni da guerra. Per le armi comuni da sparo, invece, deve trattarsi necessariamente di "più" armi escluse quelle "considerate" tali dal terzo comma dell'art.2 legge n.685 del 1975.

### **2.2.2 Arresto facoltativo e limiti edittali**

Anche per la specie facoltativa dell'arresto, il legislatore ha fatto ricorso alla medesima tecnica normativa d'individuazione dei reati legittimanti la misura. E' dato intravedere, infatti, un'evidente simmetria nella costruzione della fattispecie normative tra le due ipotesi di arresto in flagranza<sup>39</sup>.

In effetti, nell'esaminare la disciplina riguardante

---

mafioso prevista dall'articolo 416bis comma 2 del codice penale,] delle associazioni di carattere militare previste dall'articolo 1 della legge 17 aprile 1956 n. 561, delle associazioni, dei movimenti o dei gruppi previsti dagli articoli 1 e 2 della legge 20 giugno 1952, n. 645, delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 comma 3, della legge 13 ottobre 1975, n. 654;  
l-bis) delitti di partecipazione, promozione, direzione ed organizzazione della associazione di tipo mafioso prevista dall'articolo 416bis del codice penale;  
l-ter) delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori, previsti dall'articolo 572 e dall'articolo 612 bis del codice penale (7);  
m) delitti di promozione, direzione, costituzione e organizzazione della associazione per delinquere prevista dall'articolo 416 commi 1 e 3 del codice penale, se l'associazione è diretta alla commissione di più delitti fra quelli previsti dal comma 1 o dalle lettere a), b), c), d), f), g), i) del presente comma.

<sup>39</sup> SPANGHER; Il trattato di procedura penale, Vol. III, 2009.

l'arresto facoltativo<sup>40</sup> deve, anzitutto, evidenziarsi che la formulazione dell'art. 381 c.p.p. è analoga a quella dell'art.380 c.p.p., nel senso che al primo comma vi è la indicazione generale dei limiti edittali di pena stabiliti dalla legge e al secondo comma vi è la tassativa elencazione di delitti per i quali, a prescindere dai limiti stabiliti dal primo comma e purché vi sia “la necessità di interrompere l'attività criminosa”, è comunque consentito l'arresto in flagranza.

Anche i casi di arresto facoltativo sono individuati attraverso criteri quantitativi e qualitativi.

Al primo criterio corrisponde la previsione di cui al 1° comma dell'art. 381 c.p.p.: la facoltà d'arresto può essere esercitata nei confronti di chi sia colto nella flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale sia prevista la pena massima della reclusione superiore a tre anni, ovvero, se si tratta di un delitto colposo, non inferiore a cinque anni.

Il secondo comma dell'art. 381 c.p.p. consente, invece, l'arresto a fronte di una serie di reati indicati analiticamente, tra i quali rientrano, fra l'altro, il peculato, la corruzione, la violenza a pubblico ufficiale, il commercio di medicinali guasti, le lesioni

---

<sup>40</sup> GUARNELLI; Arresto facoltativo in flagranza e misure cautelari nel nuovo processo penale, 1991.



personali, il furto, il danneggiamento, la truffa<sup>41</sup>.

Al 4° comma vi è la tassativa individuazione degli indici in base ai quali gli organi di polizia giudiziaria debbono valutare se procedere o meno all'arresto della persona colta in flagranza di reato. In particolare, prescrive il 4° comma dell'art. 381 c.p.p., la polizia giudiziaria ha la facoltà di procedere all'arresto in flagranza solo "se la misura sia giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto, desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto" e se la condotta configuri un delitto non colposo, sia consumato che tentato, per il quale è dalla legge stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo

---

<sup>41</sup> L'art. 381, secondo comma, prevede, precisamente, i seguenti reati :

- a) peculato mediante profitto dell'errore altrui previsto dall'articolo 316 del codice penale;
- b) corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio prevista dagli articoli 319 comma 4 (2) e 321 del codice penale;
- c) violenza o minaccia a un pubblico ufficiale prevista dall'articolo 336 comma 2 del codice penale (3);
- d) commercio e somministrazione di medicinali guasti e di sostanze alimentari nocive previsti dagli articoli 443 e 444 del codice penale;
- e) corruzione di minorenni prevista dall'articolo 530 del codice penale;
- f) lesione personale prevista dall'articolo 582 del codice penale;
- f-bis) violazione di domicilio prevista dall'art. 614, primo e secondo comma, del codice penale (1);
- g) furto previsto dall'articolo 624 del codice penale;
- h) danneggiamento aggravato a norma dell'articolo 635 comma 2 del codice penale;
- i) truffa prevista dall'articolo 640 del codice penale;
- l) appropriazione indebita prevista dall'articolo 646 del codice penale;
- l-bis) offerta, cessione o detenzione di materiale pornografico previste dagli articoli 600-ter, quarto comma, e 600-quater del codice penale, anche se relative al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice (2);
- m) alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi non riconosciuti previste dagli articoli 3 e 24 comma 1 della legge 18 aprile 1975 n. 110;
- m-bis) fabbricazione, detenzione o uso di documento di identificazione falso previsti dall'articolo 497-bis del codice penale (3);
- m-ter) falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri, prevista dall'articolo 495 del codice penale (4);
- m-quater) fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali, previste dall'articolo 495 ter del codice penale (4).

a tre anni.

Si è precisato in giurisprudenza che il 4° comma dell'art.381 c.p.p., con lo stabilire questi ulteriori requisiti, non impone, comunque, alla polizia giudiziaria di indicare le ragioni che determinano la scelta di procedere all'arresto, essendo sufficiente che l'autorità giudiziaria venga posta in grado di verificare dall'integrale contesto descrittivo che precede o segue la coercizione ovvero da atti ad esso complementari le ragioni che hanno determinato l'arresto e, quindi, l'osservanza dei parametri indicati dalla suddetta disposizione. Il tutto, del resto, conformemente alla natura non di un provvedimento, ma di un atto materiale che contrassegna l'operazione della polizia giudiziaria<sup>42</sup>.

L'arresto facoltativo, così delimitato, è, comunque, esercizio di un potere vincolato, perché alla polizia giudiziaria s'impone, in ogni caso, di dar conto della scelta operata in favore della precautela, giustificandola alla stregua di parametri normativi, anche se non proprio precisi. Stabilendosi che si procede, nelle ipotesi previste, all'arresto in flagranza “soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del

---

<sup>42</sup> Cass, 19 ottobre 2000 ; Cass 28 giugno 2000 n 217166

fatto e dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze di fatto”, solo in apparenza si contiene la facoltà di arresto entro gli spazi di una duplice valutazione normativamente vincolata, che i soggetti legittimati all’esercizio del relativo potere sarebbero tenuti ad effettuare<sup>43</sup>.

A ben guardare, già il richiamo alla “gravità” del fatto e alla “pericolosità” del soggetto se, da un punto di vista meramente letterale<sup>44</sup>, può ritenersi effettuato a due distinti parametri valutativi, in effetti indica un unico oggetto di giudizio, in quanto la “pericolosità” può essere desunta solo dall’esame delle “circostanze del fatto” dalle quali può emergere la “gravità del fatto”.

La stessa giurisprudenza non chiede, per la legittimità dell’arresto facoltativo in flagranza, la presenza congiunta di entrambi i parametri della gravità del fatto e della pericolosità dell’agente desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto, essendo sufficiente — come appare dalla formula disgiuntiva della norma — la presenza di un solo di essi<sup>45</sup>.

### **2.3 La determinazione della pena: i criteri**

---

<sup>43</sup> DALIA-FERRAIOLI; cit., p.254

<sup>44</sup> FERRARO; *Arresto e fermo*, Milano, 1994

<sup>45</sup> Cass, 29 ottobre 1993, n.197359

Le ipotesi di arresto obbligatorio o facoltativo sono in parte legate ai limiti edittali: come questi debbano calcolarsi è stabilito dall'art. 379 c.p.p. che richiama, sul punto, le disposizioni dell'art.278 c.p.p.: “agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato<sup>46</sup> .

Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista dal numero 5) dell'art. 61 del c.p. e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n.4 c.p. nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale”.

V'è da chiedersi, stante il riferimento normativo sopra indicato, se, in presenza di più circostanze eterogenee, debba farsi luogo al giudizio di comparazione.

Parte della dottrina ritiene arbitrario escludere l'operatività del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, poiché non pare dirimente per l'interprete, una mera valutazione d'opportunità che consigli di bandire, in una materia tanto delicata,

---

<sup>46</sup> CRISTIANI; *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995

eventuali fattori d'incertezza<sup>47</sup>.

Non solo, ma sembrerebbe altresì non potersi escludere, in suddetta materia, neppure l'applicazione dell'art.59 c.p., così come noverato dall'art.1 della legge 7 febbraio 1990, n.19, introduttiva nel nostro ordinamento del criterio d'imputazione "soggettivo" delle circostanze aggravanti.

“Certamente la soluzione finisce per aggiungere altre incertezze a quelle già registrate: ma non sembra neppure convincente sostenere una oggettiva applicazione delle aggravanti quando si tratti di determinare la pena ai fini dell'adozione di una misura precautelare proprio mentre il sistema sanzionatorio abbandona definitivamente una simile prospettiva”<sup>48</sup>.

#### **2.4 Altre condizioni per l'arresto**

Infine dobbiamo ricordare che vi sono altre condizioni, sia positive che negative, per potersi procedere all'arresto.

La prima è data dalla presentazione della querela (anche oralmente all'ufficio o agente di polizia giudiziaria procedente) quando il reato per il quale si procede lo richieda (art. 380, 3° comma e art. 381, 3°

---

<sup>47</sup> MANZIONE; voce "Arresto",1991,p.472

<sup>48</sup> MANZIONE; voce"Arresto" ,1991, p.471

comma, c.p.p.) la seconda postula che non appaia anche solo verosimile che il fatto sia stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima o in presenza di una causa di non punibilità (art. 385 c.p.p.).

Speciali limitazioni vigono allorché, per la qualifica personale del presunto autore del fatto, sia necessaria l'autorizzazione a procedere (art. 343 c.p.p.)<sup>49</sup>.

## **2.5 I soggetti legittimati a compiere l'arresto**

In casi eccezionali, l'art. 383 c.p.p. prevede che anche i privati possono procedere all'arresto<sup>50</sup>, che si presenta, in questa ipotesi, come meramente facoltativo. E' necessario che si versi in una delle ipotesi di reato previste dall'art. 380 c.p.p. che il delitto sia perseguibile d'ufficio.

---

<sup>49</sup> Così dispone la normativa richiamata:  
343 c.p.p. (Autorizzazione a procedere).

1. Qualora sia prevista l'autorizzazione a procedere [Cost. 68; c.p. 313], il pubblico ministero ne fa richiesta a norma dell'articolo 344.
2. Fino a quando non sia stata concessa l'autorizzazione, è fatto divieto di disporre il fermo o misure cautelari personali [272-315] nei confronti della persona rispetto alla quale è prevista l'autorizzazione medesima nonché di sottoporla a perquisizione personale o domiciliare [247-252], a ispezione personale [245], a ricognizione [213], a individuazione [361], a confronto [211], a intercettazione di conversazioni o di comunicazioni [266]. Si può procedere all'interrogatorio solo se l'interessato lo richiede.
3. Gli atti previsti dal comma 2 sono consentiti, anche prima della richiesta di autorizzazione, quando la persona è colta nella flagranza [382] di uno dei delitti indicati nell'articolo 380 commi 1 e 2. Tuttavia, quando l'autorizzazione a procedere o l'autorizzazione al compimento di determinati atti sono prescritte da disposizioni della Costituzione o di leggi costituzionali, si applicano tali disposizioni, nonché, in quanto compatibili con esse, quelle di cui agli articoli 344, 345 e 346 (1).
4. Gli atti compiuti in violazione di quanto stabilito nei commi 2 e 3 non possono essere utilizzati [191].
5. L'autorizzazione a procedere, una volta concessa, non può essere revocata (2).

<sup>50</sup> CHIAVARIO; Vol.III , p.231

Eseguito l'arresto, a norma dell'art.383 2° comma c.p.p., il privato deve consegnare “senza ritardo” l'arrestato alla polizia giudiziaria. E' controverso in giurisprudenza se anche il pubblico ministero (oltre alla polizia giudiziaria) sia titolare del potere di arresto. Secondo un primo orientamento il nuovo codice avrebbe circoscritto l'area dei soggetti legittimati all'adozione del provvedimento in esame ai soli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, attribuendo al pubblico ministero un potere del tutto eccezionale e limitato a quella particolare ipotesi di “flagranza qualificata” costituita dai reati commessi in udienza (art. 476 c.p.p.)<sup>51</sup>.

Questa tesi appare criticabile, poiché si crea uno stridente contrasto tra una disciplina che appare “limitativa” nei confronti del pubblico ministero e l'attribuzione a tale organo, ad opera dell'attuale codice, di compiti di direzione “effettiva” della polizia giudiziaria, della quale, però, lo stesso pubblico ministero finisce per non avere gli stessi poteri coercitivi.

Discrasia, questa, tanto più evidente ove si consideri la nuova collocazione sistematica delle disposizioni

---

<sup>51</sup> MANZIONE; cit., p. 472

sull'arresto, inserite nel libro V (dedicato alle indagini preliminari) anziché nei libro IV (sulle misure cautelari), perché il provvedimento de quo è tipico delle indagini preliminari e quindi ha una finalità tipicamente operativa, connotandosi più per i suoi riflessi sulla “dinamica investigativa che per il suo collegarsi alle restrizioni sulla libertà personale”<sup>52</sup>.

Un differente orientamento sostiene, al contrario, che l'arresto in flagranza non è illegittimo quando viene ordinato dal pubblico ministero e la polizia giudiziaria si limita ad eseguire tale ordine, costituendo quest'ultimo una garanzia per l'imputato, il quale non ha pertanto alcun interesse a dolersene<sup>53</sup>.

In dottrina c'è chi osserva che la polizia dipende dal pubblico ministero; ovvio, quindi, che quest'ultimo comandi l'atto coercitivo non spontaneamente eseguito; sarebbe stravagante accordargli poteri minori rispetto ai subordinati<sup>54</sup>.

La Corte di Cassazione ha osservato che il pubblico ministero non è sfornito del potere di ordinare all'autorità di polizia di procedere all'arresto dell'autore del reato, e ciò vuoi perché a tale risultato

---

<sup>52</sup> D'AMBROSIO-VIGNA ; *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, L.Robuffo Ed. 1989, p.2.

<sup>53</sup> CARCANO-IZZO ; *Arresto,fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova,1990, p.16 e ss.

<sup>54</sup> BELLIZZI ; voce “ *Flagranza (arresto in)* “ , 1991, p.257



conduce l'interpretazione sistematica degli art. 52 , 2° comma e 56 1° comma del c.p.p., che riconoscono al pubblico ministero un potere di sovraordinazione, di indirizzo e di direttiva sulla polizia giudiziaria, anche in materia coercitiva, vuoi perché la concezione che vedrebbe riservata alla polizia giudiziaria e interdetto al pubblico ministero il potere di arresto in flagranza trova significativa puntuale smentita nell'art. 476 c.p.p., che prevede appunto una legittimazione del pubblico ministero all'arresto per i reati commessi in udienza<sup>55</sup>.

## **2.6 Nozione e nascita di flagranza differita**

L'istituto della “flagranza differita” trova la sua disciplina espressa all'interno dell'art.8 comma 1° ter della l. 401/1989.

Tale norma nasce in un contesto storico che vede particolarmente acceso il problema della violenza nelle manifestazioni sportive, in particolar modo per il gioco del calcio<sup>56</sup>.

E' stato introdotto per la prima volta nel nostro

---

<sup>55</sup> Cass., 6 maggio 1994, Accatone, con nota critica di Mercone, L'estromissione del pubblico ministero dal potere di arresto in flagranza.

<sup>56</sup> Titolo della legge così modificato grazie alla legge di conversione 19 ottobre 2001, n.377. Tale legge ha infatti previsto la sostituzione dei termini “competizioni agonistiche con “manifestazioni sportive”

ordinamento dal decreto-legge 24 febbraio 2003, n. 28, convertito in legge 24 aprile 2003, n.88; anche se un provvedimento di contenuti simili fosse stato in realtà già emanato nel 2001<sup>57</sup>.

Inizialmente la misura era stata adottata in via provvisoria, in quanto occorreva vedere l'impatto che questa avrebbe avuta nell'ordinamento; l'istituto subì diverse proroghe fino al 30 giugno 2010; dopo pochi mesi dalla cessazione di efficacia dell'istituto è ancora un decreto legge, il D.L. 12 novembre 2010, n. 187, che lo ripropose e lo "resuscitò" tal quale era stato fino alla cessazione dei suoi effetti, fissando inoltre, quale nuovo termine di efficacia dell'istituto, la data del 30 giugno 2013. In seguito con l'art. 7 della legge 199/2013 ("disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza in genere", legge di conversione del D.L. n. 93/2013) le disposizioni sull'arresto in flagranza differita sono state ulteriormente prorogate fino al 30 giugno 2016.

Tale proroga, inoltre, viene essenzialmente confermata dagli interventi normativi del 2014 dedicati alle "Disposizioni urgenti in materia di contrasto a

---

<sup>57</sup> d.l. n. 336/2001 inerente "disposizioni urgenti per contrastare i fenomeni di violenza in occasioni di competizioni sportive" in Gazz. Uff. n.193 del 21 agosto 2001. In sede di conversione tali dettami fissati in merito all'arresto "differito" però erano state abbandonate.

fenomeni di illegalità e violenza in occasione di manifestazioni sportive”, in particolare, il D.L. n.199/2014 convertito nella legge n.146/2014<sup>58</sup>, che essenzialmente ripropone i vecchi contenuti in merito l’arresto in flagranza ed a quello in differita se non fosse per un ampliamento delle fattispecie cui tali misure risultano applicabili. Inoltre occorre ricordare che l’ultima proroga che ha subito l’istituto risale a giugno 2016.

La ricostruzione dell’evoluzione in esame pone, come vedremo, in risalto una caratteristica importante dello stesso, la “temporaneità”.

Essa deve considerarsi rilevante perché specchio delle incertezze e delle alterne vicende normative che hanno caratterizzato la “flagranza differita”. Infatti, anche se ormai non si possa proprio dire sia “nuova” nel nostro ordinamento, rimane il fatto che si preferisce mantenere un’applicazione “temporanea”; ciò in ragione del fatto che fin dalla sua introduzione tale istituto è stato oggetto di continuo di critiche e dubbi circa la sua effettiva conformità al dettato costituzionale.

Come già detto, l’articolo di riferimento contenente la

---

<sup>58</sup> GARRAFFA; Recenti sviluppi sulla normativa contro la violenza negli stadi, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n.3/2010, p.15 e ss.

disciplina di suddetto istituto, è l'art.8 ter legge 401/1989. All'interno dello stesso si prevede, infatti che “nei casi di cui al comma 1bis”, qualora non “sia possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell'art. 382 c.p.p. colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta l'autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro quarantotto ore dal fatto”.

La riflessione parte anzitutto dalle motivazioni per le quali un simile istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento. Il caos e l'incontrollabilità della violenza generata in relazione al verificarsi di manifestazioni sportive nonché la necessità di rendere più efficiente l'azione della polizia giudiziaria in merito alla gestione e repressione della stessa di suddetti eventi.

Il principale problema che si era intenzionati a risolvere e che ha portato così alla “prima forma” di “arresto differito” col d.l. 336/2001, era quello di superare essenzialmente i limiti legato alla “stato di flagranza”, in particolar modo alla “quasi flagranza”; in quanto si riteneva essi fossero un considerevole

ostacolo per l'azione delle forze dell'ordine in merito alla effettiva repressione dei casi di violenza in occasione delle manifestazioni sportive<sup>59</sup>. Ecco perché in suddetto decreto si era previsto all'interno dell'art.8 il seguente testo: “Nei casi di arresto in flagranza o di arresto eseguito a norma dei commi 1-bis e 1-ter per reato commesso durante o in occasione di manifestazioni sportive, i provvedimenti di remissione in libertà conseguenti a convalida di fermo e arresto o di concessione della sospensione condizionale della pena a seguito di giudizio direttissimo possono contenere prescrizioni in ordine al divieto di accedere ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive.

Come sappiamo, nel nostro ordinamento, l'arresto in flagranza è qualificabile come un provvedimento precautelare eccezionale, “data l'attualità della condotta criminosa, l'unico intervento possibile è quello operato in sostituzione dell'unico soggetto competente ad operare restrizioni della libertà personale”<sup>60</sup>.

Anche l'arresto in flagranza differita<sup>61</sup>, non è certo andato esente da sospetti di illegittimità costituzionale.

---

<sup>59</sup> GARRAFFA; *Recenti sviluppi sulla normativa contro la violenza negli stadi*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n.3/2010, p.15 e ss.

<sup>60</sup> LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o fermo*. cit., p.174

<sup>61</sup> A. BONOMI e G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, cit., p.13-16

Già nel corso dei lavori parlamentari che portarono all'introduzione del discusso istituto emersero perplessità anche gravi da parte di diversi esponenti politici; e, all'indomani dell'entrata in vigore dell'istituto, l'Unione Camere Penali Italiane ribadì in un comunicato stampa che esso si poneva in stridente contrasto con l'articolo 13 della Costituzione. L'ampio ricorso a un regime di proroghe, come in precedenza indicato, del resto, pare esprimere una forma di cautela da parte del legislatore che, scegliendo di riservare all'istituto de quo un connotato di "perdurante temporaneità" (l'ossimoro è puramente voluto), sembra condizionata da dubbi e perplessità circa la sua conformità ai principi generali dell'ordinamento.

In passato, l'arresto in flagranza differita era stato sottoposto dalla Cassazione a vaglio di legittimità costituzionale: la questione rimessa alla Suprema Corte, con riferimento all'art. 13, comma terzo, Cost., fu però dichiarata manifestamente infondata, in quanto a parere degli ermellini la disposizione in esame, destinata a operare in situazioni eccezionali, si limitava a giustificare la possibilità di eseguire l'arresto, entro limiti spazio-temporali peraltro ben definiti, di persone identificate come autori di un reato sulla base di elementi documentali pur sempre raccolti e acquisiti

fin dal momento dell'oggettiva realizzazione del reato. A fronte dei rilievi critici di alcuni autori circa la compatibilità costituzionale dell'istituto in esame, parte della dottrina ha ritenuto di giustificare l'adozione della misura in esame sotto il profilo dell'eccezionalità delle circostanze in cui esso verrebbe ad operare: da un lato la comprovata impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza, laddove sussistano "ragioni di sicurezza o incolumità pubblica" (concetto che richiama l'art. 17 comma 3 Cost.); dall'altro la presenza di condizioni agevolmente verificabili – che è onere della Polizia giudiziaria dimostrare ai fini della convalida da parte del giudice – di emergenza e di necessità della salvaguardia dell'ordine pubblico, che assumono contorni di precisione di livello tale da giustificare, in termini di ragionevolezza, l'apparente deroga ai valori di cui all'art. 13 Cost.

Va detto che quello in esame non è considerato l'unico caso di arresto "fuori flagranza": in dottrina sono stati fatti gli esempi dell'omissione di soccorso e fuga in caso di incidente stradale (art. 189 c. 6 Cod. Strada); della violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno (già disciplinata dall'art. 9 legge 1423/56 e oggi dall'art. 75

D.Lgs.159/2011); della distruzione del passaporto o di altro documento equipollente da parte dello straniero per sottrarsi all'esecuzione del provvedimento di espulsione (art. 7-bis D.L. n. 416/89, convertito con legge n. 39/1990); del ritardo nell'arresto dei responsabili dei reati di cui agli artt. 73 e 74 D.P.R. 309/90 in base all'art. 98 dello stesso decreto. In ogni caso, la misura precautelare dell'arresto è, anche nel caso di cui all'art. 8 c. 1-ter legge 401/89, in rapporto di stretta pertinenzialità con il reato per il quale si procede all'arresto e con l'adozione di successivi provvedimenti coercitivi; mentre, nel caso in cui tale rapporto di pertinenzialità non sussista, scatta l'illegittimità costituzionale rispetto al parametro costituito dall'art. 13 comma 3 Cost.

Ulteriori dubbi di costituzionalità – se non altro per la possibilità di “zone grigie” – possono riguardare la possibilità di procedere ad arresto a flagranza differita verso chi esibisce striscioni razzisti: sebbene la discriminazione razziale sia vietata dalla nostra Costituzione (basti pensare all'art. 2), tuttavia sulle norme penali che sanzionano, fra l'altro, le manifestazioni del pensiero evocatrici di idee razziste sono stati avanzati dubbi di costituzionalità, o quanto meno è stato ravvisato un potenziale contrasto fra



principi aventi rango costituzionale: ossia fra quello che tutela la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e quello che tutela la pari dignità degli uomini (art. 2 Cost.); e non sono mancate diversità di opinioni circa la compatibilità delle disposizioni in esame con alcuni indirizzi espressi dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (la cui rilevanza costituzionale riposa, come noto, sull'art. 117 comma 1 Cost.). Si soggiunge che l'estensione dell'istituto dell'arresto in flagranza differita oltre il suo originario ambito, a fronte della sua natura eccezionale e derogatoria, presenta il rischio di legittimare una progressiva applicazione anche ad altri casi apparentemente simili, come le manifestazioni di piazza, i cortei, i concerti o altre situazioni che, anche al di fuori dell'occasione sportiva, radunino insieme un numero considerevole di persone, con conseguenze di assai dubbia coerenza con il sistema costituzionale<sup>38</sup>. In effetti fu molto contrastato – e infatti non vide mai la luce – il tentativo di introdurre qualcosa di simile al DASPO anche per le manifestazioni di piazza, come ad esempio quelle studentesche; il Presidente emerito della Corte Costituzionale, Valerio Onida, già in un'intervista di alcuni anni fa, affermò che “non si

può pensare che sia una violenza esporre uno striscione politico in uno stadio, questo no, mai. Un conto è se si tratta di uno striscione razzista, offensivo, ma non vedo come possa essere destinatario di un DASPO un tifoso che espone uno striscione dove è riprodotto un suo libero pensiero, garantito dalla Costituzione”.

Ovviamente si pone il delicato problema di stabilire fino a che punto vada garantita la libertà di manifestazione del pensiero e di individuare un ben preciso spartiacque oltre il quale essa debba essere sacrificata perché usata oltre un determinato limite; del pari, si pone il problema di stabilire se possa o meno essere fatta un'equazione fra violenza concretamente esercitata e incitamento alla violenza o all'odio (ad esempio a sfondo razziale), in modo tale da poter giustificare il ricorso all'arresto a flagranza differita, che – come si è visto – si pone già di per sé ai limiti della legittimità costituzionale (rispetto all'art. 13 comma 3 Cost.) e si giustifica per la comprovata sussistenza di ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, sottese ad affrontare un quadro di emergenza e di necessità di salvaguardare la pubblica incolumità. Essenzialmente, la disciplina della flagranza differita è rimasta poi invariata. Le fattispecie di reato verso cui possa essere applicata, invece, sono state incrementate

col passare del tempo e di conseguenza sono aumentati anche i casi in cui quest'ultima risulti potenzialmente utilizzabile (come confermato dall'art.8.1 bis).

L'unica modifica rilevante in relazione dell'istituto in esame, ma anche alla normativa prevista in merito a episodi di violenza in occasione di manifestazione sportive, alla quale risulta però necessario fare riferimento è la legge 8/2007 e dalla successiva legge Amato.

Laddove essa provvede ad eliminare per l'arresto in differita l'inciso di altri elementi oggettivi con notevole ridimensionamento delle possibilità giustificanti l'utilizzo di suddetto istituto.

## **CAPITOLO TERZO**

### **L'udienza di convalida**

#### **3.1 Dall'arresto alla richiesta di convalida**

Prima di passare alla trattazione delle modalità attraverso cui si svolge l'udienza di convalida è necessario soffermarsi sui doveri della polizia giudiziaria e del pubblico ministero nel lasso di tempo che va dalla materiale esecuzione dell'arresto alla decisione del giudice in merito alla convalida del medesimo.

Al riguardo la legge prevede un iter preciso e dettagliato.

##### **3.1.1 Gli adempimenti della polizia giudiziaria**

L'operazione di arresto, eseguita dalla polizia giudiziaria o dal privato, comportano una serie di adempimenti, tendenti a verificare, innanzitutto, che il soggetto sia stato legittimamente privato della libertà e, in caso positivo, a provocare l'immediato intervento dell'autorità giudiziaria<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> DRAGONE ; *Manuale pratico del nuovo processo*, Padova, 1993.

Se l'iniziativa è assunta da un privato, questi deve, senza ritardo, consegnare l'arrestato - e le eventuali cose costituenti corpo del reato che abbia trovato sul luogo dell'arresto - alla polizia giudiziaria, la quale è tenuta alla redazione del verbale di consegna e al rilascio di una copia dell'atto all'interessato, affinché questi non possa essere accusato da chi ha subito l'arresto di arbitraria privazione della libertà (art. 282 c.p.p.). L'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia la disponibilità dell'arrestato deve procedere ad una verifica di legalità, controllando che l'arresto non sia stato disposto per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge, intendendosi in questa formula ricomprendere tutti i casi d'illegittima privazione della libertà personale, perché la misura era vietata in via assoluta difettavano i presupposti di legittimità in relazione, ad esempio, al titolo del reato, ai limiti edittali di pena, alla valutazione delle condizioni richieste per la precautela<sup>63</sup>.

Deve, inoltre, accertarsi che non sia decorso il termine entro il quale l'arrestato deve essere posto a disposizione del pubblico ministero, termine che è stabilito a pena di perdita di efficacia della misura. Se

---

<sup>63</sup> DALIA-FERRAIOLI; *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992 .

riscontra ad una situazione del genere, deve procedere all'immediata liberazione del soggetto, ai sensi dell'art. 389, 2° comma del c.p.p.

Analoga soluzione, deve adottare, nel caso di arresto per reato perseguibile a querela di parte, nell'ipotesi in cui il querelante dichiara di rimettere la querela (art.380 e 381 c.p.p.).

Eseguito il controllo e constatato che non ricorrono le condizioni per la sollecita restrizione della libertà, s'impongono ulteriori, tempestivi, adempimenti agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o hanno avuto in consegna l'arrestato. Infatti, una volta eseguito l'arresto, l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria che vi ha provveduto deve dare immediata notizia dell'arresto al pubblico ministero del luogo in cui è stato eseguito, deve avvertire l'arrestato della facoltà di nominare un difensore di fiducia e, con il consenso dell'interessato, deve "senza ritardo" dare notizia dell'avvenuto arresto ai familiari (art. 387 c.p.p.). Il primo di tali obblighi è testimonianza del legame "simbiotico" esistente tra polizia giudiziaria e pubblico ministero<sup>64</sup>. L'art 104, 2° comma c.p.p. consente all'arrestato di conferire con il

---

<sup>64</sup> MANZIONE; voce "Arresto", Utet, 1991, p.473

proprio difensore subito dopo l'adozione della misura<sup>65</sup>: perciò la polizia giudiziaria ha il dovere di informare immediatamente il suddetto difensore ( art. 386, 2° comma c.p.p.). L'informazione deve essere effettuata prima dell'introduzione dell'arrestato nell'istituto di custodia, al fine di consentire al pubblico ministero la tempestiva emanazione del provvedimento di sottoposizione all'isolamento (art. 22, 4° comma d.p.r n 341/76 e succ.mod)<sup>66</sup>. L'informativa al pubblico ministero consente allo stesso di nominare un difensore di fiducia, di esercitare un potere di interdizione provvisorio dei colloqui tra arrestato e difensore (a norma dell'art.104, 4° comma, cioè, stanti "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela" il pubblico ministero può dilazionare detto colloquio per un periodo di tempo non superiore ai 5 giorni), nonché di dare eventuali disposizioni al tal fine di custodire l'arrestato presso la propria abitazione o in un luogo pubblico di cura o di assistenza, ovvero, se possa derivare pregiudizio per le indagini, presso altra casa circondariale ( art. 386, 5° comma, del c.p.p.). Se l'ufficiale di polizia giudiziaria /e solo l'ufficiale in questo caso) non deve ordinare la liberazione

---

<sup>65</sup> SPANGHER; *In tema d'informazione ed avvisi al difensore della persona fermata o arrestata*, Pen.1990, p. 282

<sup>66</sup> CARCANO-IZZO; cit. p. 31

dell'arrestato per essere stato il provvedimento adottato per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge, o per perenzione dei termini, l'arrestato o il fermato stesso deve essere messo a disposizione del pubblico ministero entro le 24 ore dall'arresto nonché, entro il medesimo lasso temporale, condotto presso la casa circondariale del luogo dove l'arresto è stato eseguito. Un discorso parzialmente diverso viene fatto per i reati di "competenza" del tribunale in composizione monocratica, disciplinati all'art 558 comma 4 bis c.p.p.. Difatti il pubblico ministero può, altresì, procedere al giudizio per direttissima nei casi previsti dell'art 449 commi 4 e 5 al fine di ridurre il fenomeno delle "porte girevoli".

### **3.1.2 Gli adempimenti del pubblico ministero**

Sul pubblico ministero grava una serie di incombenze: in primis tale organo deve fare richiesta di convalida entro il termine perentorio di 48 ore dall'arresto, e non dalla "messa a disposizione" della persona ristretta.

La richiesta del pubblico ministero, a mente dell'art.122, deve essere corredata dal verbale di arresto e da copia della documentazione attestante che l'arrestato è stato tempestivamente condotto nel luogo di custodia, nonché il decreto di fermo emesso a norma



dell'art.384 c.p.p. Ciò all'evidente scopo di consentire al giudice la verifica non solo del rispetto dei termini art. 386 c.p.p., ma anche dell'esistenza dei presupposti della misura adottata<sup>67</sup>. L'intempestività della richiesta importa l'inefficacia dell'arresto a mente del successivo comma 3°. Il termine per la messa a disposizione del pubblico ministero dell'arrestato e per la richiesta di convalida decorre dal momento della materiale apprensione del soggetto e quindi, ancor prima della formale documentazione dell'atto coercitivo, secondo una lettura rigorosa della normativa codicistica e costituzionale che si radica nell'esigenza di conferire certezza alle dinamiche di compressione di un diritto di rango costituzionale che rischierebbe di essere vanificata da successivi spazi di discrezionalità riservata all'autorità di polizia<sup>68</sup>.

In merito al termine per la presentazione della richiesta di convalida, parte della giurisprudenza ha precisato che l'effetto caducatorio non ha luogo allorchè la richiesta del pubblico ministero pervenga nella cancelleria del GIP oltre il termine della chiusura dell'ufficio ma entro il termine di legge anche a mezzo telefax; altresì, è legittima la richiesta pervenuta oltre

---

<sup>67</sup> RAMAIOLI, *Le misure cautelari nel codice di procedura penale*, Padova, 1996.

<sup>68</sup> Cass, sez.IV, 4 maggio 2000, Jovanovic, DPP 2000 p.827

il termine indicato, purchè lo stesso sia stata comunque formulato entro il termine<sup>69</sup>.

Di opinione diversa è, invece, l'altra parte della giurisprudenza, condivisa anche dalla dottrina, la quale sottolinea la natura di atto recettizio della richiesta di convalida, richiedendo ai fini dell'osservanza del termine che la stessa sia presentata nella cancelleria del GIP entro il termine stabilito dalla norma<sup>70</sup>.

Oltre alla richiesta di convalida, ai sensi dell'art.388 c.p.p. il pubblico ministero ha la facoltà di interrogare l'arrestato, previo tempestivo avviso alla difesa, informandolo dei fatti per i quali si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento restrittivo, esponendo le prove a carico, nonchè le fonti, purchè non ne venga pregiudizio alle indagini. Questo interrogatorio, oltre a rispondere a finalità investigative, ha anche lo scopo di consentire alla persona ristretta di esercitare il proprio diritto di difesa, sicchè, sotto tale profilo, appare funzionale alle determinazioni del pubblico ministero circa la convalida. La Corte Costituzionale<sup>71</sup> è stata investita di una questione di legittimità, per violazione degli art. 3 e 24, 2° comma, Cost., dell'art. 294, 6° comma, c.p.p.;

---

<sup>69</sup> Cass, sez. I, 12 dicembre 1992, D'Avino,1992, p.588

<sup>70</sup> Caa, sez. I , 8 giugno 1990, Paunkovic,1991, p. 425

<sup>71</sup> Corte Cost., 5 novembre 1996, n.384.

secondo cui l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del pubblico ministero non può procedere l'interrogatorio del giudice, nella parte in cui non trova applicazione anche all'interrogatorio dell'arrestato. La Corte ha dichiarato la questione non fondata, ritenendo insussistente tra le due situazioni comparate un'identità sostanziale tale da imporre, per il rispetto del principio di uguaglianza, la medesima disciplina. Infatti, mentre l'ordinario interrogatorio del pubblico ministero art. 364 c.p.p. ha finalità principalmente investigative, quello previsto dall'art. 388 c.p.p. persegue "anche una finalità 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 c.p.p.)<sup>72</sup>.

Invero, se risulta evidente che l'arresto è stato eseguito per errore di persona, ovvero fuori dai casi previsti dalla legge, o se il provvedimento è diventato inefficace per aver violato i termini sopra esposti, il pubblico ministero ha il potere - dovere di rimettere in libertà l'arrestato con decreto motivato. E' qui doveroso, fare un richiamo all'art 121 (norme di

---

<sup>72</sup> FERRUA; *Studio sul processo penale*, Torino, 1992

attuazione) che oltre ai già casi esaminati all'389 c.p.p. il pubblico ministero dispone con decreto motivato, che l'arrestato sia posto immediatamente in libertà quando ritiene di non dover richiedere l'applicazione di misure coercitive. Nel caso di liberazione prevista dal primo comma, il giudice, nel fissare l'udienza di convalida ne dà avviso, senza ritardo, anche alla persona liberata. E' evidente concludere che la legge rimetta alla discrezionalità del giudice alcune decisioni con riferimento all'applicare o meno la misura cautelare.

In simili casi la morfologia dell'art. 390 c.p.p. autorizza a configurare la liberazione come ipotesi alternativa alla richiesta di convalida, che quindi non si presenta, nelle fattispecie indicate, come indispensabile.

### **3.2 L'udienza di convalida: i soggetti**

Se non ricorrono le condizioni per ordinare l'immediata liberazione del soggetto, il magistrato del pubblico ministero deve richiedere la convalida

dell'arrestato all'autorità giurisdizionale<sup>73</sup>. A differenza del caso di fermo, dove l'autorità giudiziaria può essere solo il giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo dove il fermo è stato eseguito; nel caso di arresto, invece, può essere anche il giudice del dibattimento. Dunque, la competenza a decidere sulla convalida, e, pertanto a celebrare la relativa udienza, spetta al giudice delle indagini preliminari competente in relazione al luogo in cui l'arresto è stato operato, anche se tale luogo è diverso rispetto a quello di consumazione del reato. Si deve, altresì, specificare che l'art. 328, 1° comma, bis, del c.p.p., introdotto dal decreto - legge 20 novembre 1991, n.387, convertito nella legge del 20 gennaio 1992, n.8 prevede che “quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'art.51, 3° comma, bis<sup>74</sup>, le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ha sede il giudice competente”.

---

<sup>73</sup> IELO; sub. art. 391 c.p.p.

<sup>74</sup> Si tratta dei “reati mafia”, per la precisione “i delitti, consumati o tentati, di cui agli art.416, sesto comma, 600,601,602,416bis del c.p.p., per i delitti avvalendosi delle condizioni previste del predetto 416bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art.74 del testo unico approvato con D.P.R.

Questa disposizione ha suscitato controversia tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, poiché si è posto l'interrogativo se in tema di convalida dell'arresto sia competente il "giudice distrettuale" art. 328 bis, c.p.p., oppure il giudice del luogo in cui l'arresto sia stato operato.

Parte della dottrina ha ritenuto che, in tale materia, la competenza spetti esclusivamente al giudice del luogo ove è avvenuto l'arresto<sup>75</sup>. Si è così affermato che quando l'udienza di convalida sia tenuta dal giudice ragione loco, non solo l'eventuale ordinanza di convalida costituisce un provvedimento nullo, ma tale deve considerarsi anche l'ordinanza di adozione d'urgenza di misura cautelare art.291, 2° comma, c.p.p.<sup>76</sup>.

La prevalente giurisprudenza sostiene che "l'art.390 c.p.p., che prevede per la convalida dell'arresto la competenza del giudice per le indagini preliminari del luogo dove l'arresto è stato eseguito e l'art. 391, 5° comma, stesso codice, che prevede la competenza dello stesso, giudice a disporre l'applicazione delle misure coercitive, configurano un'ipotesi di competenza funzionale; dette norme derogano alla

---

<sup>75</sup> LATTANZI-LUPO; *Codice di procedura penale- rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. V, Padova, 2003, p.688

<sup>76</sup> SPANGHER; cit., p. 436

regola generale contenuta nell'art.328 c.p.p., la quale prevede che per determinati reati (quelli indicati nell'art. 51, 3° comma bis, c.p.p.) le funzioni di giudice per le indagini preliminari siano esercitate, salvo specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto, nel cui ambito ha sede il giudice competente; ne consegue che la convalida dell'arresto, in quanto oggetto della specifica disposizione di legge di cui all'art.390, rientra nella clausola di salvaguardia contenuta nel predetto art.328 (cioè “salve specifiche disposizioni di legge”)<sup>77</sup>. In un'altra sentenza è stato ribadito che “la competenza per la convalida in capo al giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo ove l'arresto è stato eseguito, ha carattere assolutamente inderogabile e costituisce regola valida per ogni tipo di reato - compresi i reati indicati nell'art.51, 3° comma bis, c.p.p - che abbia determinato il provvedimento coercitivo”<sup>78</sup>.

La decisione sulla convalida costituisce un atto dovuto, preliminare rispetto alla declaratoria di incompetenza per territorio in ordine al fatto oggetto dell'addebito in capo alla persona dell'arrestato<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cass., sez. VI, 18 ottobre 1999, n.216374

<sup>78</sup> Cass., sez. I, 13 aprile 1995, p. 159

<sup>79</sup> Cass., sez. II, 30 gennaio 1992, Addei, Cass., 1993, n. 1558

L'art. 39 c.p.p. prevede che, l'udienza di convalida si svolga in camera di consiglio e ciò comporta che, per quanto non diversamente disposto o comunque non incompatibile con la peculiarità dell'udienza in questione, trovi applicazione l'art.127 c.p.p.<sup>80</sup>.

Non è causa di nullità la presenza, in camera di consiglio, di un funzionario di polizia: la formula "l'udienza si svolge senza la presenza del pubblico ministero" (art. 127, 6° comma, del c.p.p.) intende escludere la presenza di un numero indeterminato di persone, ma "nulla vieta che vi possono essere ammessi coloro che hanno o non hanno avuto parte nel procedimento"<sup>81</sup>.

Va precisato che l'udienza può tenersi anche in giorno festivo art. 14 disse. reg. c.p.p.; inoltre, non si applica ai termini per la convalida la sospensione nel periodo feriale. All'udienza di convalida deve necessariamente essere presente il difensore dell'arrestato. Mentre la partecipazione del difensore è necessaria, quella dell'arrestato è eventuale, come inequivocabilmente chiarito dal 3° comma dell'art.391 c.p.p., secondo cui il giudice sente il difensore, e non anche l'arrestato che non ha potuto o si è rifiutato di comparire. Qualora

---

<sup>80</sup> Per cui il verbale è "di regola" (come precisato dalla Corte cost., 3 dicembre 1990, n.529)

<sup>81</sup> Cass., sez. VI, 15 dicembre 1989, Muraria, 1990 n.25



l'interessato compaia, il giudice per le indagini preliminari ha l'obbligo di procedere al suo interrogatorio, la violazione di tale obbligo, secondo una decisione della Cassazione<sup>82</sup>, importa una nullità "intermedia" attinente all'intervento dell'imputato, che però deve essere dedotta subito dopo la lettura dell'ordinanza in udienza, a norma dell'art.182, 2° comma, c.p.p., pena la decadenza comminata dal comma 3 del medesimo art.182. Secondo il testo originario<sup>83</sup> dell'art.391 c.p.p. il pubblico ministero era parte necessaria dell'udienza di convalida; dopo le modifiche apportate all'art.391 c.p.p. dall'art.25 del d. lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 la sua partecipazione è però divenuta puramente eventuale; tale organo può infatti scegliere di non presenziare, stimando sufficiente un contraddittorio "cartolare", basato sulle richieste scritte presentate al giudice per le indagini preliminari in relazione alla convalida e ad eventuali misure cautelari, sorrette dal deposito degli elementi su cui tali richieste si fondono. Va, peraltro, precisato che il pubblico ministero non è tenuto a presentare le richieste in ordine alla libertà personale dell'arrestato unitamente a quella di convalida e non è escluso che,

---

<sup>82</sup> Caa., sez.VI, 6 dicembre 1989

<sup>83</sup> AMATO-D'ANDRIA; *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990

una volta presentate, le possa modificare o integrare a seguito delle ulteriori emergenze investigative intercorse fra la richiesta di convalida e l'udienza<sup>84</sup>. Va poi rammentato che ai sensi dell'art. 72 r.d 30 gennaio 1941, n.12 (ordinamento giudiziario), come sostituito dall'art.22 D.P.R 22 settembre 1988, n. 499 e successive modificazioni, presso il tribunale in composizione monocratica, i vice procuratori onorari e gli uditori giudiziari con almeno quattro mesi di tirocinio possono essere delegati a svolgere, con riferimento ai procedimenti di volta in volta indicati, le funzioni del pubblico ministero nell'udienza di convalida e, nel caso di giudizio direttissimo, anche per la partecipazione al contestuale giudizio.

### **3.3 La dinamica dell'udienza di convalida**

Si rende opportuno, in questa sede, fornire un quadro d'insieme sull'iter della convalida, esponendone i momenti fondamentali. La sequenza dinamica è così scandita: il giudice del luogo dove è stato compiuto l'arresto, ricevuta la richiesta del pubblico ministero, fissa l'udienza di convalida entro 48 ore dalla

---

<sup>84</sup> LATTANTI-LUPO; *Codice di procedura penale – rassegna giurisprudenziale e dottrina*, Padova, Vol. IV, 2003

medesima richiesta e ne dà avviso allo stesso pubblico ministero ed al difensore<sup>85</sup>.

L'udienza, come già detto, si svolge in camera di consiglio, e, di regola, nel luogo in cui l'arrestato è custodito, salvo che il giudice ritenga "per specifici motivi di necessità e urgenza" di disporre la comparazione davanti a sé. A tal punto il pubblico ministero, se presente, espone i motivi dell'arresto e formula le proprie richieste in merito alla convalida e all'eventuale applicazione di una misura cautelare (che possono anche essere presentate solo in forma cartolare): l'interrogatorio e le osservazioni difensive seguono le deduzioni dell'accusa. Il giudice decide, quindi, sulla convalida e sull'eventuale applicazione delle misure coercitive (ove richieste dal pubblico ministero) di cui ricorrono i presupposti<sup>86</sup>. Le condizioni e le esigenze cautelari, a cui il giudice deve avere riguardo, ai fini dell'applicazione di eventuali misure, sono quelle previste dagli art. 273 e 274 c.p.p., così come espressamente richiamate dall'art.391, 5° comma, del c.p.p. La misura coercitiva, inoltre, può essere richiesta dal pubblico ministero e disposta dal giudice anche qualora la persona arrestata sia stata

---

<sup>85</sup> FILIPPI; *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990.

<sup>86</sup> CHIAVARIO; *La riforma del processo penale ...Appunti al nuovo codice*, Torino, 1990.

rimessa immediatamente in libertà a norma dell'art.121 disp.<sup>87</sup>. L'alternativa all'applicazione di una misura cautelare coercitiva è data, ovviamente, dalla liberazione dell'arrestato effetto che si raggiunge altresì qualora il giudice non decide sulla convalida entro 48 ore dalla richiesta del pubblico ministero. Ciò discende dal fatto che l'arresto non costituisce titolo autonomo per il proseguimento dello stato di privazione della libertà personale. L'ordinanza che decide sulla convalida va comunicata al pubblico ministero e notificata all'arrestato a norma dell'art. 127 c.p.p., mentre al difensore va notificato l'avviso di deposito art.293, 3° comma del c.p.p. Infine i provvedimenti adottati dal giudice, in esito all'udienza di convalida, sono così impugnabili: ricorribile per Cassazione quello sulla convalida, per via "ordinaria" (cioè attraverso riesame, appello e ricorso per Cassazione) quello sull'applicazione (eventuale) di misure cautelari.

---

<sup>87</sup> CARCANO-IZZO, *Arresto, fermo e le misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990

### **3.4 L'interrogatorio dell'arrestato da parte del giudice per le indagini preliminari**

Il codice di procedura penale prevede che il giudice per le indagini preliminari debba procedere all'interrogatorio dell'arrestato. L'interrogatorio, che assuma rilevanza centrale nel sub procedimento precautelare, si pone come obbligo per il giudice e come facoltà per il ristretto. La funzione che esso è chiamato ad assolvere è di controllo e garanzia poiché il suo risultato rappresenta un formidabile contributo utilizzabile al fine di verificare la legittimità della misura<sup>88</sup>. L'esistenza di connotati autodifensivi<sup>89</sup> poi, è comprovata dalla sua non coercibilità, dalle sanzioni previste per la sua omissione - trattasi di nullità intermedio<sup>90</sup> - e dalle modalità di assunzione. In ordine a tale ultimo aspetto, non v'è dubbio che per il suo espletamento debbano osservarsi le regole generali dettate negli art. 64 e 65 c.p.p., ivi compreso il riconoscimento della facoltà di non rispondere<sup>91</sup>. Ai sensi dell'art.392, 3° comma, c.p.p. il giudice, nel corso dell'udienza di convalida, “procede

---

<sup>88</sup> SPANGHER ; *Il trattato di procedura penale*, Vol. III, 2009

<sup>89</sup> CUVVA ; *L'interrogatorio del giudice per le indagini preliminari nell'udienza di convalida*, 1990, p. 488

<sup>90</sup> FILIPPI; *L'arresto in flagranza*, p.318

<sup>91</sup> Cass., 15 gennaio 2004, Mansueto, in Arch. Nuova Proc. Pen., 2004, p. 408

l'interrogatorio dell'arrestato, salvo che questi non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire"<sup>92</sup>.

A proposito di tale interrogatorio, non pochi problemi interpretativi ed operativi si sono posti, soprattutto nei primi anni di vigenza dell'attuale codice di rito. La legittimazione del giudice all'interrogatorio non è stata invero priva di contrasti nell'ambito della Commissione redigente del codice di procedura penale, per timore di far rivivere, in capo all'organo giurisdizionale, ruoli propulsivi di investigazione che non gli competono in un sistema accusatorio, il quale non ammette commistione tra i ruoli rispettivamente del pubblico ministero e del giudice. La scelta in senso positivo è, infine, stata accolta sul presupposto che in certe ipotesi l'interrogatorio dell'indagato o imputato avrebbe finalità di garanzia<sup>93</sup>.

E' in quest'ottica che si trovano previsioni d'interrogatorio ad opera del giudice per le indagini preliminari, in relazione a vari momenti del procedimento, quali l'interrogatorio di persona in stato di custodia cautelare (art.294 c.p.p.), l'interrogatorio dell'imputato nell'udienza preliminare (art. 421 c.p.p.)

---

<sup>92</sup> CHIAVARIO; *“La riforma del processo penale, appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990.

<sup>93</sup> CUVA ; *“l'interrogatorio del giudice per le indagini preliminari nell'udienza di convalida”*, la giustizia penale, Vol. III, 1990 p.488

e nel giudizio abbreviato. L'interrogatorio in sede di convalida si connota come mezzo eminentemente difensivo, col quale l'imputato riceve contestazione del fatto e comunicazione degli elementi di prova e può esporre le proprie difese. L'arrestato gode ovviamente del diritto all'autodeterminazione e al silenzio e correlativamente è vietato usare nei suoi confronti metodi o tecniche influenti sulla libertà di autodeterminazione o alteranti la sua capacità di ricordare e valutare i fatti (art. 642 c.p.p.). Le dichiarazioni acquisite in violazione dei divieti ora citati sarebbero affette da inutilizzabilità, ai sensi dell'art.191 c.p.p., "rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e gradi del procedimento".

In passato ci si era chiesti se l'interrogatorio dell'imputato in sede di udienza di convalida dell'arresto esimesse il giudice, a fronte dell'applicazione in esito a tale udienza di una misura cautelare, dal dovere di procedere, nei termini art. 294 c.p.p., all'interrogatorio "di garanzia"<sup>94</sup>.

In altre parole, ci si chiedeva se, disposta una misura cautelare nei confronti dell'arrestato, il giudice dovesse effettuare l'interrogatorio previsto dall'art.

---

<sup>94</sup> CONTI-MACCHIA; *Il nuovo processo penale, lineamenti della riforma*, Roma, 1990

294 c.p.p., anche se l'imputato era già stato precedentemente sottoposto ad interrogatorio in sede di udienza di convalida. La problematica è stata ormai ampiamente superata. Il decreto legislativo 14 gennaio 1991, n.12 ha infatti chiarito, modificando l'art. 294 c.p.p., che l'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale deve avere luogo solo se il giudice "non vi ha proceduto nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto"<sup>95</sup>.

La modifica normativa è seguita ad una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamata a decidere se "l'audizione dell'arrestato, compiuta dal giudice nell'udienza di convalida dell'arrestato, equivalga all'interrogatorio (art. 294 c.p.p.), qualora alla convalida segua l'applicazione di una misura di custodia cautelare, si da rendere l'interrogatorio ultroneo"<sup>96</sup>.

Le Sezioni Unite avevano affermato che l'audizione dell'arrestato nel giudizio di convalida, condotto dal giudice con le modalità di cui agli art. 64 e 65 c.p.p., attua le finalità dell'interrogatorio art 294 c.p.p., che pertanto qualora sia applicata una misura cautelare non doveva essere ripetuto.

---

<sup>95</sup> D'ANRIA; *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. V, Torino, 1991.

<sup>96</sup> Cass., S.U., 23 novembre 1990, Colombo, in Cass. Pen. 1991 p.137



Le Sezioni Unite erano giunte a tale conclusione rilevando che rilevando che l'audizione dell'arrestato art.391, 3° comma del c.p.p. e l'interrogatorio di persona sottoposta a misura cautelare art. 294 c.p.p. sono due strumenti che perseguono lo stesso fine, cioè quello "di controllo e garanzia" finalizzato, con l'instaurazione del contraddittorio con l'interessato, "all'immediata verifica della sussistenza dei presupposti della misura cautelare". Differente è ovviamente la soluzione se l'arrestato non compare all'udienza di convalida, perché non vi è allora il contraddittorio e diviene, perciò, inevitabile dar luogo all'interrogatorio, per non far estinguere la misura cautelare<sup>97</sup>.

Inoltre, occorre precisare che in sede di interrogatorio, l'arrestato avrà diritto ad essere assistito da un'interprete, qualora non conosca la lingua italiana. Il principio, che promana da un intervento della Corte Costituzionale<sup>98</sup> riferibile all'interpretazione dell'art.143 c.p.p. è stato lucidamente esteso all'interrogatorio reso in sede di convalida delle sezioni unite<sup>99</sup>. La mancata nomina dell'interprete

---

<sup>97</sup> Cass., sez. IV, 10 luglio 2002, De Giglio, n. 222399

<sup>98</sup> C. Cost. 19 gennaio 1993, n.10

<sup>99</sup> Cass., S.U. 24 settembre 2003, Zalagaitais, in Cass. Pen. 2003 103 Cass. Pen. 19 settembre 2003

cagionerebbe, dunque, una nullità a regime intermedio<sup>100</sup>, pur se l'impossibilità assoluta di procedere all'interrogatorio per irreperibilità dell'interprete non incide sulla possibilità di emettere il provvedimento di convalida<sup>101</sup>.

Sotto il profilo della documentazione, anche l'interrogatorio art. 391 c.p.p., concernente un soggetto in vinculis, andrà verbalizzato con le forme richieste dell'art. 141 bis c.p.p., in mancanza delle quali diverrà inutilizzabile, senza che, tuttavia, esso provochi delle interferenze negative sull'efficacia della custodia cautelare correlata alla mancata osservanza del termine perentorio di cinque giorni richiesto dall'art. 294 c.p.p.<sup>102</sup>.

### **3.5 Le garanzie di assistenza difensive nel giudizio di convalida**

Nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, "le garanzie di assistenza difensiva nel giudizio sulla convalida, di cui è menzione nella direttiva 34 della legge delega<sup>103</sup>, sono assicurate

---

<sup>100</sup> Cass. Pen. 19 settembre 2003

<sup>101</sup> Cass. Pen. 23 febbraio 2006, Singh, in CED n. 233860

<sup>102</sup> GIULIANI ; *Interrogatorio di garanzia inutilizzabile per l'inosservanza delle modalità di documentazione prescritte dall'art. 141 bis c.p.p. e perdita di efficacia della misura detentiva art.302 c.p.p.*

<sup>103</sup> Tale direttiva prevede "garanzie di assistenza difensiva nel giudizio di convalida".

mediante la previsione” - recata dall’art.391, 2° comma, del c.p.p. - “che, nell’ipotesi di mancata reperibilità o comparizione del difensore di fiducia o di ufficio, il giudice designi un altro difensore immediatamente reperibile secondo la procedura prevista” dall’art 97, 4° comma del c.p.p., e, prima ancora, dal fatto che la presenza del difensore all’udienza di convalida sia prevista come “necessaria” e non solo “consentita”, come negli altri procedimenti camerati. Il giudice deve dare “senza ritardo” avviso della data di fissazione dell’udienza al pubblico ministero e al difensore. Per tale avviso non è prevista alcuna forma specifica, per cui parte della dottrina ritiene possa essere dato col telefono, col telegrafo o con altri mezzi che garantiscono la conoscenza dell’atto (art.149 e 150 c.p.p.)<sup>104</sup>. Sempre in tema di avviso al difensore della data fissata per l’udienza esistono, comunque, contrastanti circa i limiti di applicabilità delle norme sulle notificazioni. Circa l’attività da svolgere ai fini del “reperimento” del difensore, si è sostenuto in giurisprudenza che “l’espressione <non è stato reperito>, di cui all’art.391, 2° comma del c.p.p. e l’art. 97, 4° comma del c.p.p., va

---

<sup>104</sup> FILIPPI; *L’arresto in flagranza nell’evoluzione normativa*, Padova, 1990, p.315

interpretata nel senso letterale di <non rintracciato in base alle notizie conosciute dal giudice><sup>105</sup> e che “le norme sulla notificazione (attività a forma vincolata) non esauriscono la gamma delle possibili iniziative dirette a reperire il difensore, prevedendo l’art.391, 2° comma del c.p.p. un’attività a forma libera, che prende in considerazione il solo risultato dell’avvenuto o mancato reperimento del legale”. Inoltre la Cassazione ha stabilito che “in caso di irreperibilità del difensore di fiducia, l’ufficio non è tenuto a farlo ricercare in luoghi diversi dal domicilio risultante dagli atti ovvero dall’albo professionale”<sup>106</sup>.

Con riguardo, poi, all’avviso al difensore, la Cassazione ha affermato che “in materia di convalida dell’arresto, al giudice per le indagini preliminari non è imposto alcun termine specifico per avvisare il difensore della fissazione della relativa udienza, prevedendo solo l’art. 390, 2° comma del c.p.p. che l’avviso deve essere dato “senza ritardo”. Deve escludersi, pertanto, che la procedura di convalida comporti l’applicazione del termine di 24 ore, che previsto in via generale dall’art. 364 c.p.p., è però incompatibile con il procedimento di convalida,

---

<sup>105</sup> Cass., Sez. VI, 11 novembre 1991, Animashau, in Cass. Pen, 1993, n.535

<sup>106</sup> Cass., Sez. VI, 24 settembre 1992, Ulargiu, in Juris data.

caratterizzato dalla necessità di espletare i relativi adempimenti in tempi brevi, pena la perdita d'efficacia dell'arresto<sup>107</sup>.

D'altro canto, una garanzia difensiva piena postula che il difensore sia posto in grado di esercitare il suo mandato causa cognita, al quale fine egli deve avere a disposizione un certo lasso di tempo; di qui si è sostenuto, in dottrina, che, pur non nella misura ordinaria prevista dall'art. 108 c.p.p., possa comunque essere concesso un termine a difesa e ciò nonostante il diverso avviso espresso nella relazione al progetto preliminare<sup>108</sup>.

Per quel che attiene alle conseguenze derivanti dal mancato avviso dell'udienza al difensore di fiducia, che pertanto non abbia partecipato alla medesima, vi è concordia nella giurisprudenza della Suprema Corte sul fatto che ciò importi la nullità dell'ordinanza di convalida la stessa giurisprudenza ritiene, poi, prevalentemente, da un lato che l'omissione non possa invece determinare la nullità dell'ordinanza applicativa di misura cautelare che, sia pure nell'ambito della stessa udienza, sia stata adottata ai sensi dell'art. 391, 5° comma del c.p.p. e, dall'altro,

---

<sup>107</sup> Cass., Sez. VI, 5 marzo 1999 n.839

<sup>108</sup> DUBOLINO-BAGLIONE-BARTOLINI; *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1992

che l'audizione dell'interessato avvenuta all'udienza di convalida in assenza del difensore di fiducia non preavvisato non possa ritenersi equipollente all'interrogatorio art. 302 c.p.p., sicchè il provvedimento applicativo della misura perde efficacia, a norma del detto articolo, se il giudice non procede all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare entro il termine stabilito dall'art.294<sup>109</sup>.

Detti orientamenti giurisprudenziali sono così stati motivati: da una parte non può dubitarsi che l'omissione dell'avviso integri una nullità attinente all'assistenza dell'imputato e che, come tale, sia d'ordine generale art.178 lett. c) c.p.p.; dall'altra ordinanza applicativa della misura cautelare costituisce un'entità ontologicamente autonoma rispetto alla convalida, di tal che, ai fini della sua validità e del perdurare della sua efficacia, occorre considerarla come un provvedimento a sé, in nulla collegato alla convalida e, dunque, sottoposto solo alle disposizioni generali relative ai provvedimenti applicativi di misure cautelari personali. Vi è poi da chiedersi se la nullità, che consegue all'omesso avviso

---

<sup>109</sup> Cass., Sez. II, 13 dicembre 1991

al difensore fiducia, sia assoluta a norma dell'art. 179 c.p.p.; in proposito può osservarsi che, mentre nessun dubbio sussiste sulla configurabilità di una nullità assoluta nel caso in cui nessun difensore sia stato presente all'udienza è, invece, discutibile se tale nullità ricorra nel caso in cui all'udienza abbia presenziato comunque un difensore d'ufficio nominato, art.97, 4° comma del c.p.p. La soluzione affermativa implica un'interpretazione "stretta" dell'espressione "suo difensore", che figura all'art.179 c.p.p., intendendo così non "difensore di lui", bensì "proprio difensore", laddove "proprio" indica una situazione, per così dire, di "appartenenza" che si instaurerebbe all'atto dell'originaria designazione del difensore. Tale soluzione appare preferibile sembrando più coerente con l'esigenza di effettività della difesa a cui presidio è posta la norma de qua<sup>110</sup>.

Sembra utile, infine, rilevare come la Cassazione abbia anche ritenuto che la disposizione dell'art. 489, 5° comma del c.p.p. in tema di sospensione o rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore "è applicabile solo in fase dibattimentale, e non è, pertanto, estendibile alle udienze dinanzi al giudice per

---

<sup>110</sup> FERRARO ; *Arresto e fermo*, Padova, 1994,p.110

le indagini preliminari previste dagli art. 294 e 391 c.p.p.<sup>111</sup>.

### **3.6 L'acquisizione degli elementi per la decisione di convalida**

Il giudice, ai fini della decisione, dispone degli elementi previsti dagli art.390 e 391 c.p.p., che entrano a fare parte fin dall'originale fascicolo dell'udienza di convalida. Al riguardo occorre distinguere tra gli elementi che sono acquisiti in relazione:

a) alla convalida: a tali fini vengono sicuramente in considerazione i verbali di arresto o di fermo e la documentazione concernente l'osservanza dei termini previsti dagli art.386 comma 3° e 4° e 390 del c.p.p.. E' logico ritenere che di questi ultimi atti il pubblico ministero debba effettuare il deposito fin dalla formulazione della richiesta di convalida (come stabilito dall'art.122 disp. att., la cui elencazione non è comunque preclusiva); inoltre rileverà l'eventuale interrogatorio dell'arrestato da parte del giudice.

b) alla misura cautelare: a norma dell'art. 390 comma 3 bis e 291 c.p.p. il pubblico ministero dovrà presentare al giudice gli elementi su cui la richiesta di

---

<sup>111</sup> Cass., Sez.II, 16 dicembre 1991, Mosca.



applicazione della misura si fonda. Sembra logico, in questa sede, consentire al pubblico ministero di produrre tutti gli atti che ritiene opportuni ai fini di cui all'art.391, 5° comma del c.p.p., fra i quali, ad esempio, potranno essere ricompresi l'interrogatorio previsto dall'art. 388 c.p.p. e l'attività d'indagine compiuta dopo l'arresto.

Anche la Cassazione, anteriormente al sopravvenire del d.lgs. n.12 del 1991, aveva già avuto modo di affermare che “ nel caso in cui il pubblico ministero si rivolga al giudice per le indagini preliminari per chiedere, da un lato, la convalida dell'arresto, e dall'altro l'applicazione di una misura coercitiva prevista dalla legge, la produzione di documenti per questo secondo scopo non soggiace a limitazione alcuna” giacché il pubblico ministero “è autorizzato a presentare al giudice per le indagini preliminari, per la misura coercitiva, tutti gli elementi in suo possesso, sui quali la relativa richiesta si fonda, a norma dell'art.291 c.p.p.”<sup>112</sup>.

Si vuole dire, in sintesi, che - ferma restando l'opportunità di non appesantire l'udienza - il fascicolo di questa dovrà essere necessariamente costituito dagli

---

<sup>112</sup> Cass. Sez. i, 9 febbraio 1990, Duracino, n.183649

atti che consentono al giudice e alle parti di controllare la legittimità della misura cautelare; ma che, al fine di adottare corrette determinazioni sulla libertà personale dell'arrestato, il giudice dovrà essere messo in condizioni di conoscere anche gli elementi sui quali il pubblico ministero fonda la sua richiesta di misura cautelari stabili, nonché quelli che, all'inverso, il difensore ritiene opportuno prospettare "a discarico". Non può trattarsi di mere prospettazioni o illustrazioni orali<sup>113</sup>.

Più precisamente, al difensore dovrà essere consentito di prospettare proprie deduzioni, anche, se del caso, producendo documenti sia all'udienza di convalida che prima di questa. Precisiamo che, in seguito all'inserzione nel codice di procedura penale, ad opera della legge 7 dicembre 2000, n.397, del titolo VI bis, sulle investigazioni difensive, l'art.391 octies c.p.p. stabilisce espressamente che il difensore può presentare elementi di prova a favore del proprio assistito direttamente al giudice, nei casi in cui lo stesso deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> FERRARO ; *Arresto e fermo*, Padova,1994, p.114

<sup>114</sup> BARTOLINI-BAGLIONE ; *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992.

Sarebbe, poi, certamente contrario ai principi del contraddittorio, emergenti dall'art.391, 3° comma del c.p.p., che degli atti prodotti non intervenga la discovery e che su gli stessi le parti non possano interloquire. Sul punto può ancora osservarsi che, richiamando la distinzione sopra effettuata, per quanto attiene agli elementi che riguardano la decisione sull'eventuali applicazioni di misure coercitive, vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 291 e 390 comma 3 bis c.p.p. e, dunque, deve ritenersi consentito al pubblico ministero di produrre qualsivoglia elemento che ritenga idoneo a sorreggere le sue richieste, avendo, comunque, il medesimo l'obbligo di produrre tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Quanto agli elementi relativi alla convalida, sembrano, al contrario, ammissibili più "ampie" acquisizioni probatorie del giudice sui indicazione delle parti – sempre che, ovviamente le stesse possano essere espletate nei tempi ristretti fissati per la decisione - ; diversamente opinando, infatti, il controllo del giudice sull'arresto (controllo che giova evidenziarlo- è l'unico a cognizione piena, essendo consentito avverso l'ordinanza che decide sulla convalida il solo ricorso per Cassazione) rischierebbe

di risolversi in una mera formalità<sup>115</sup>. Analizzando, ora, come avviene la formazione del fascicolo per l'udienza di convalida, consideriamo il compito a cui è chiamato il giudice. Egli è richiesto di due distinte decisioni: l'una relativa alla convalida, che si risolve in un controllo sulla legittimità dell'arresto; l'altra concernente l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge ovvero la liberazione dell'arrestato. La Cassazione<sup>116</sup> ha sottolineato che “nell'udienza di convalida è soggetto al contraddittorio l'intero tema decidendo, comprensivo della convalida dell'arresto e della conversione di esso nelle misure di coercizione previste dalla legge, sulla base degli atti posti a disposizione dal pubblico ministero” e che, inoltre, “proprio in virtù del contraddittorio che impronta la fase processuale in parola, e che postula la partecipazione del pubblico ministero e della difesa su basi di sostanziale parità, il pubblico ministero ha l'onere di presentare al giudice gli elementi utili per la formazione del suo convincimento, soprattutto quando questi debba verificare, ai fini della utilizzabilità dei risultati, la legittimità degli atti del pubblico ministero di ricerca della prova”. Ne consegue che gli elementi

---

<sup>115</sup> FERRARO; cit., p.115

<sup>116</sup> Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1990, Rakitina, n.67

che il giudice deve acquisire ai fini della decisione vanno logicamente distinti a seconda che attengono all'una o all'altra delle statuizioni in parola, e che, nel caso in cui il pubblico ministero non ritenga di chiedere l'applicazione di misure cautelari, tema decidendo si restringa alla sola convalida. Per quanto riguarda la richiesta cartolare da parte del pubblico ministero, la Cassazione<sup>117</sup> ha posto in luce come nell'ipotesi in cui il pubblico ministero richieda al giudice la convalida dell'arresto e l'emissione di una misura cautelare a carico dell'indagato e non ritenga di comparire alla relativa udienza, il giudice non può rigettare la richiesta per il solo fatto che questa non appaia sorretta da motivazione, incombendo su di lui in ogni caso il dovere di valutare gli elementi che si desumono dagli atti che accompagnano la richiesta stessa, trasmessi ai sensi dell'art. 390, comma 3-bis, del c.p.p.”.

Tale asserto è condiviso da una parte della dottrina, atteso che il comma 3-bis citato richiede solo che il pubblico ministero trasmetta gli “elementi” sui quali fonda le richieste, e tale dizione pare dover essere interpretata appunto nel senso di materiale verificabile

---

<sup>117</sup> Cass., Sez. V, 22 maggio 1991, Stajanovic, n. 347

ed “apprezzabile” dal giudice e non in quello di “considerazioni” svolte dal pubblico ministero in ordine alla fondatezza delle sue richieste<sup>118</sup>.

In senso opposto si è sostenuto che il pubblico ministero debba “enucleare dal materiale in suo possesso ed esporre specificamente gli elementi per i quali ritiene in primo luogo che l’arresto sia stato legittimamente eseguito e in secondo luogo che sia necessaria una misura coercitiva<sup>119</sup>,aggiungendo che “sembrerebbe doversi concludere che il giudice non possa surrogarsi al pubblico ministero nell’individuazione degli elementi di prova da questo non evidenziati, pur se risultanti dagli atti”, di tal che “l’omessa o insufficiente indicazione degli elementi non comporterà il cumularsi, nel giudice, delle funzioni del pubblico ministero, ma una pronuncia negativa sulla convalida o sull’emissione della misura”<sup>120</sup>.

### **3.7 La decisione sulla convalida e i tempi della decisione del giudice**

Conclusa la fase per così dire, “istruttoria”, il giudice, a norma dell’art. 391, 4° comma del c.p.p., provvede

---

<sup>118</sup> FERRARO; *Arresto e fermo*, cit., p.155

<sup>119</sup> SALVI; *Commento al nuovo codice di procedura penale*,1993

<sup>120</sup> SALVI; *Commento al nuovo codice di procedura penale*,1993

alla convalida con ordinanza, “quando risulta che l’arresto è stato legittimamente eseguito e sono stati osservati i termini previsti dagli artt. 386, 3° c. e 390 c.p.p.”, diversamente, egli deve pronunciarsi negativamente sulla richiesta di convalida e disporre che l’arrestato, ove non lo sa già ex art.121 disse. att., venga posto in libertà (salva l’eventualità che si faccia comunque luogo all’applicazione di una misura coercitiva). In sede di convalida, la verifica del giudice concernente la sussistenza del reato e la responsabilità dell’arrestato va contenuta nei confini del cosiddetto fumus.

Il giudice deve cioè limitarsi ad accertare il rispetto delle condizioni di legittimità relative agli estremi della flagranza, alla configurabilità di una delle ipotesi legittimanti l’arresto, all’osservanza dei termini. Nel caso, invece, in cui sia investito tanto della questione relativa alla convalida, quanto della richiesta di applicazione di misure cautelare, dovrà vagliare la sussistenza dei presupposti ex artt. 273 e 274 c.p.p., così come richiamati dall’art. 391, 5° comma del c.p.p. Ugualmente è precluso al giudice in sede di convalida qualsiasi apprezzamento sull’elemento soggettivo del reato, “il cui accertamento forma oggetto del giudizio

di colpevolezza ed è perciò demandato alle successive fasi processuali<sup>121</sup>.

“Gli aspetti contrastanti che emergono dall’analisi della giurisprudenza in ordine all’ampiezza del potere di “riscontro” del giudice della convalida appaiono, invero, sintomatici del disagio di ricondurre nell’alveo di un controllo di legittimità quelle condizioni di “operatività” dell’arresto che sono definibili come “di merito”, in quanto implicanti necessariamente apprezzamenti soggettivi e relativi (dunque ontologicamente opinabili); condizioni che ben più propriamente possono invece formare oggetto di valutazione (stavolta “personale” e non “di controllo”) da parte del giudice in sede di decisione in ordine all’applicazione di una misura cautelare personale”<sup>122</sup>. Deve ancora notarsi come il Supremo Collegio sia dell’avviso che il giudice per le indagini preliminari, in sede di convalida dell’arresto, possa attribuire al fatto - reato, ai limitati fini dell’emanazione del provvedimento e senza alcun vincolo per le fasi ulteriori, una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dal pubblico ministero. La Cassazione ha così motivato: “non v’è dubbio che in linea generale,

---

<sup>121</sup> Cass., Sez. VI, 7 dicembre 1991, Lanciano, n.190041

<sup>122</sup> FERRARO; *Arresto e fermo*, cit. p.119



eccettuati i poteri del giudice del dibattimento (art.521), la modifica dell'imputazione è atto di competenza esclusiva del pubblico ministero. Se ciò non può essere posto in dubbio, non va però dimenticato che, in tanto si può parlare di modifica dell'imputazione, in quanto un'imputazione in effetti esista e sia configurabile la persona dell'imputato. Ma, secondo il nuovo codice, tanto avviene soltanto nel momento della chiusura delle indagini preliminari, allorché (art. 405) il pubblico ministero inizia l'azione penale elevando l'imputazione con uno degli atti tipici previsti nel detto articolo. Prima di tale fase manca un'imputazione in senso tecnico e si può parlare al più di addebiti sommari e provvisori"; da ciò il succitato potere del giudice per le indagini preliminari<sup>123</sup>.

Quanto alla motivazione del provvedimento di convalida, pare utile ricordare in questa sede come in una pronuncia della Cassazione, premesso che "la motivazione" dei provvedimenti giurisdizionali deve consentire la ricostruzione dell'iter logico seguita dal giudice per prevenire alla decisione adottata, al fine di verificarne la correttezza", si sia poi affermato che "non sia a tal fine sufficiente ripetere il contenuto del

---

<sup>123</sup> Cass., sez. I, 12 marzo 1990, Guallemi, n.92

testo normativo o far riferimento a vuote formule di stile, adattabili a qualsivoglia situazione e ad ogni sospetto”<sup>124</sup>.

Ancora in tema di motivazione, ricordiamo che la Cassazione ha affermato che “il giudice ha il potere-dovere di esaminare l’esistenza dei presupposti per la convalida dell’arresto e ciò indipendentemente dalle diverse conclusioni prese dal rappresentante del pubblico ministero di udienza. L’ordinanza che concede o nega la convalida dell’arresto deve motivare adeguatamente in merito all’esito di tale esame, che deve pur sempre essere limitato alla verifica dell’esistenza del *fumus commissi delicti*”<sup>125</sup>.

Il giudice che ha celebrato l’udienza di convalida deve coincidere con quello che ha emesso il provvedimento che decide sulla convalida stessa. La Cassazione<sup>126</sup>, nell’esprimersi su un caso in cui veniva lamentata la violazione dell’art. 525 c.p.p., poiché la decisione sulla convalida era stata emessa da un giudice diverso da quello che aveva tenuto la relativa udienza, ha affermato che “il principio di immutabilità del giudice è statuito dall’art.525, 2° comma del c.p.p., con riferimento al giudizio di cognizione e alla

---

<sup>124</sup> Cass., Sez. I , 4 luglio 1990, Diffido, n.122

<sup>125</sup> Cass., Sez V, 4 maggio 2000, n.2542

<sup>126</sup> Cass.,Sez V, 29 settembre 1998, n.5234

conseguente sentenza. Esso, tuttavia, postula la generale esigenza che ogni giurisdizionale provvedimento decisorio, emesso nel contraddittorio delle parti, pur se assunto con la forma dell'ordinanza, provenga dallo stesso giudice che ha diretto il procedimento. Difatti, soltanto il giudice che ha condotto il processo o il procedimento ha la cognizione piena dei risultati dell'indagine svolta e delle parti, funzionali alla decisione, ed è nelle condizioni di poter esercitare il libero convincimento iuxta alligata et provata. Immutabilità del giudice significa identità tra l'organo che regola l'iter procedimentale e l'organo che emette la decisione conclusiva. L'ordinamento giuridico non può tollerare, nel processo accusatorio e dispositivo, che è un modello generalmente adottato anche per i procedimenti camerale disciplinati dall'art 127 c.p.p., che il giudice decida sulla base di una procedura condotta in tutto o in parte da altro giudice. La norma (di cui all'art. 525, 2° comma, del c.p.p.) deve essere applicata, quindi, in via analogica, per l'identità di ratio, per tutti i procedimenti incidentali de libertate, svolti a norma dell'art.127 c.p.p., e dunque anche per la procedura di convalida, con la conseguenza che è affetta da nullità "speciale", assoluta e insanabile, l'ordinanza di convalida emessa

da un giudice diverso da quello che ha celebrato la relativa udienza”. Conviene, infine, ricordare che in giurisprudenza è stato sempre sostenuto non solo che “ai sensi dell’art.180 c.p.p., il cui disposto si estende in via analogica al giudizio di convalida dell’arresto, le nullità incorse prima dell’udienza di convalida possono essere rilevate e dedotte soltanto prima dei provvedimenti adottati dal giudice di detta udienza”<sup>127</sup>, ma anche che “la nullità dell’ordinanza di convalida dell’arresto per non essersi verificate le condizioni di cui all’art.391, 3° comma del c.p.p.<sup>128</sup> va eccepita, a pena di decadenza, subito dopo la lettura dell’ordinanza stessa in udienza, a norma dell’art.182, commi 2° e 3° del c.p.p.”<sup>129</sup>.

Andando invece ad analizzare per quanto concerne “il tempo delle decisioni” del giudice, queste, sono di norma adottate in udienza, ma nulla vieta, stante l’eventuale complessità della fattispecie esaminata e l’articolazione delle acquisizioni probatorie, che egli possa decidere fuori della stessa, come si desume dall’art. 391, 7° comma del c.p.p. in tema di

---

<sup>127</sup> Cass., Sez.I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, n.133

<sup>128</sup> Il comma 3° dell’art.391 c.p.p. così recita: “Il pubblico ministero, se comparso, indica i motivi dell’arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale. Il giudice procede quindi 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.

<sup>129</sup> 134 Cass., Sez. VI, 6 dicembre 1989, Centra, n. 610

comunicazioni e notificazioni delle ordinanze. In particolare il citato articolo, in sintonia col disposto degli artt. 127, comma 7° e 585 comma 2° lettera a) c.p.p., stabilisce che le ordinanze del giudice (quindi, sia quella che decide sulla convalida, sia quella che decide sulle misure) “se non sono pronunciate in udienza, sono comunicate o notificate a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione” e, se pronunciate in udienza, “sono comunicate al pubblico ministero e notificate all’arrestato, se non comparso”. I termini per l’impugnazione dei suddetti provvedimenti decorrono, a seconda dei casi, dalla loro lettura all’udienza, o dalla loro comunicazione o notificazione. In osservanza dell’art. 13 comma 3° della Cost., il tempo a disposizione del giudice per decidere sulla convalida è limitato alle quarantotto ore successive al momento in cui l’arrestato è stato posto a sua disposizione<sup>130</sup>, atteso che, dall’inutile corso di siffatto termine, consegue l’inefficacia dell’arresto, ai sensi dell’art.391, 7° comma del c.p.p. Va, peraltro, precisato che, non essendo la convalida “titolo cautelare” autonomo, se l’adozione di una misura cautelare non è disposta nel suddetto termine di

---

<sup>130</sup> Messa a disposizione che deve ritenersi integrata dalla richiesta di convalida formulata dal pubblico ministero ai sensi dell’art.390 c.p.p.

quarantotto ore, l'imputato deve essere posto immediatamente in libertà. Al riguardo, la Cassazione ha chiarito che nel caso in cui l'arrestato sia stato rimesso in libertà per qualsiasi ragione prevista dalla legge e, in particolare, nel caso di cui all'art. 121 disp. att. c.p.p., "l'esigenza che il giudizio di convalida sia richiesto entro il termine di cui all'art.390 c.p.p., e celebrato entro il termine di cui al successivo comma dello stesso articolo di legge, viene meno sia per una ragione logico sistematica sia per una ragione testuale, data che il 1° comma dell'art.390 stabilisce che la richiesta dell'udienza di convalida va avanzata nel termine di quarantotto ore dell'arresto, qualora il pubblico ministero non debba ordinare l'immediata liberazione dell'arrestato, dal che si deduce che, ove sia disposta la liberazione, il pubblico ministero non è più vincolato al rispetto del termine di quarantotto ore, ma non è esonerato dall'obbligo di sottoporre al controllo giurisdizionale il suo operato e quello della polizia giudiziaria, che da lui dipende<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Cass., Sez.IV , 10 marzo 1996, n.866

### 3.7.1 Le impugnazioni

Infine non ci resta che analizzare i mezzi d'impugnazione esperibili contro l'ordinanza che decide sulla convalida e contro quella che decide sull'eventuale richiesta di applicazione di misura coercitiva. Avverso il primo provvedimento, a norma dell'art. 391, 4° c. del c.p.p., "...il pubblico ministero e l'arrestato possono proporre ricorso per Cassazione". Questa possibilità, anche se il codice nulla dicesse, discenderebbe direttamente dall'art.111 7° c. della Cost., che, sancendo un'altra garanzia di legalità della giurisdizione, stabilisce che il ricorso per Cassazione deve essere sempre esperibile per violazione di legge contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale emessi dagli organi giurisdizionali sia ordinari sia speciali<sup>132</sup>.

"I provvedimenti, che a norma dell'art. 111, 7° c. della Cost. devono poter formare oggetto di ricorso, sono tutti i provvedimenti non altrimenti impugnabili, emessi da giudici ordinari o speciali, a) che la legge qualifica come sentenza o che, privi di tale qualifica legislativa, presentano la cosiddetta natura sostanziale di sentenza, o b) che, privi tanto della qualifica quanto

---

<sup>132</sup> DENTI; *Commento all'art. 111 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, tomo V.

della natura sostanziale di sentenza, incidono sulla libertà personale”<sup>133</sup>.

Come ci si avvede subito, nel caso b) rientra il provvedimento che decide sulla convalida dell’arresto o del fermo. Le norme, la cui violazione deve poter essere dedotta con il ricorso, sono: a) le norme di legge penale sostanziale e le norme di altra natura che siano richiamate o presupposte dalle norme di legge penale sostanziale, delle quali il giudice ha fatto applicazione nel provvedimento suscettibile di ricorso, b) le norme di legge processuale che il giudice ha applicato in tale provvedimento. I motivi del ricorso devono limitarsi a censurare il processo logico seguito dal giudice per giunger alla convalida, mentre deve ritenersi sottratta al giudizio di legittimità la valutazione di merito, riflettente le condizioni di base alle quali l’arresto fu eseguito dalla polizia. L’errore sulla definizione giuridica del fatto rientra nell’area del sindacato di legittimità solo in quanto sia ravvisabile con immediatezza e riguardi un errore manifesto di inquadramento del fatto e non comporti una valutazione sul merito<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> SCARPONE; *Elementi di procedura penale*, Padova, 1990, p.159

<sup>134</sup> BEVERE; *Coercizione personale*, Padova, 1998, p.23



La finalità del giudizio di convalida è solo quella di verificare la legittimità dell'operato della polizia e non quella di costruire titolo per il protrarsi della privazione della libertà. Ne deriva che non è sostenuto da interesse processualmente apprezzabile il ricorso presentato dal pubblico ministero contro l'ordinanza che abbia convalidato l'arresto limitatamente ad alcuni reati, poiché questo convalida, anche se parziale, costituisce comunque riconoscimento della legittimità dell'arresto<sup>135</sup>.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte "l'indagato è sempre portatore di un interesse concreto ed attuale a proporre ricorso per Cassazione contro il provvedimento di convalida<sup>136</sup>.

L'indagato, con questo ricorso, può far valere solo ragioni relative alla legittimità dell'arresto, mentre le doglianze sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari devono essere fatte valere mediante impugnazione avverso l'eventuale ordinanza applicativa di misura cautelare. Il ricorso va deciso dalla Corte di Cassazione in camera di consiglio con l'osservanza della disciplina generale stabilita dagli art. 610 e 611 del c.p.p. e non di quella prevista

---

<sup>135</sup> Cass., Sez. I, 6 febbraio 1992, Vitale, n.631

<sup>136</sup> Cass., Sez. I, 9 maggio 1990, Rizzi, n.113

dall'art.311 c.p.p. in tema di misure coercitive, mancando uno specifico richiamo, nell'art.391, alle forme da osservare<sup>137</sup>.

La mancata proposizione del ricorso per Cassazione o il suo rigetto impediscono ogni ulteriore verifica sullo stato di flagranza, essendosi formato sul punto un giudicato interno salvo l'accertamento di nuovi fatti processuali idonei a scardinare i presupposti della decisione<sup>138</sup>.

Contro il provvedimento che applica o rigetta la richiesta di una misura cautelare personale sono ammessi i seguenti mezzi d'impugnazione: 1) il riesame (art.390 c.p.p.), che previsto per i provvedimenti che dispongono misure coercitive, può essere proposto dall'indagato entro dieci giorni dall'esecuzione o notificazione del provvedimento e dal difensore entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura; la richiesta di riesame è presentata nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale ha sede la Corte di Appello o la sezione distaccata della Corte di Appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza (tribunale che

---

<sup>137</sup> Cass., Sez. III, 28 febbraio 1990, Franco, n.526

<sup>138</sup> BEVERE; cit., p.24

nel gergo forense viene denominato “tribunale della libertà”)<sup>139</sup>; 2) l’appello che, previsto contro i provvedimenti e da parte dei soggetti per cui non è esperibile il riesame, può essere proposto dal pubblico ministero, dall’indagato e dal suo difensore, con enunciazione contestuale dei motivi d’appello; 3) il ricorso per Cassazione, che, previsto contro le decisioni emesse dal tribunale della libertà in seguito a richiesta di riesame o di appello, va proposto entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell’avviso di deposito del provvedimento; infine l’indagato e il suo difensore possono proporre direttamente ricorso per Cassazione (c.d. ricorso per saltum).

### **3.8 L’arresto illegittimo e la riparazione per l’ingiusta detenzione**

L’art. 314 c.p.p. stabilisce, che chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ha diritto a un’equa riparazione per la custodia

---

<sup>139</sup> GUARINIELLO; cit., p.258

cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave<sup>140</sup>.

Lo stesso diritto spetta, ai sensi del comma 2°, al prosciolto per qualsiasi causa o al condannato che nel corso del procedimento sia stato sottoposto a custodia cautelare, quando con decisione irrevocabile risulti accertato che il provvedimento che ha disposto la misura è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p. Le disposizioni contenute nei primi due commi dell'art.314, si applicano, alle medesime condizioni, in forza del comma 3, a favore delle persone nei cui confronti sia stato pronunciato provvedimento di archiviazione ovvero sentenza di non luogo a procedere. Originariamente mancava, nella disciplina dici all'art.314 c.p.p., la previsione di un diritto alla riparazione a favore di chi avesse subito la detenzione ingiusta non per effetto di una misura cautelare, ma della misura dell'arresto in flagranza (art.380 e 381 c.p.p.)<sup>141</sup>.

La lacuna è stata colmata da una pronuncia “additiva” della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art.314 c.p.p. nella parte cui non

---

<sup>140</sup> SCOMPARIN; *Arresto e fermo* Vol. III

<sup>141</sup> CARCANO-IZZO; *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990.

prevedeva “alcun equo indennizzo dell’arresto che fosse stato poi prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato o nei cui confronti fosse stato adottato provvedimento di archiviazione o fosse stata pronunciata sentenza di non luogo procedere, né per chi, prosciolto per qualsiasi causa o condannato, fosse rimasto vittima di arresto non convalidato dal giudice con decisione irrevocabile o la cui convalida sia stata annullata dalla Corte di Cassazione su ricorso promosso ai sensi dell’art.391, 4°c. del c.p.p.”. La Corte ha motivato affermando che in tutti i casi sopra citati “la situazione in cui versa l’arrestato è speculare a quella regolata, per il colpito da misura cautelare, dai primi tre commi dell’art.314 c.p.p., e tuttavia per essi non è prevista alcuna possibilità di riparazione”. Tale trattamento discriminatorio viola l’art. 3 Cost. Inoltre la legge delega 16 febbraio 1987, n.81, al punto 100 dell’art.2 comma 1 prevede “l’esigenza che tutte le offese arrecate alla libertà personale mediante ingiusta detenzione siano riparate, indipendentemente dalla durata di questa e quale che sia l’autorità dalla quale la restrizione provenga”. Ma il legislatore, con una scelta

autonoma e illegittima, ha escluso dalle ipotesi ex art.314 c.p.p. la riparazione in seguito ad arresto “illegittimo” (nel senso sopra chiarito)<sup>142</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI, *Legge sull'ordine e libertà costituzionali*, dir. Pub., 1976.
- AMATO, *Commento all' art. 13 Cost.*, in commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, 1977; *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, 1976.
- AMATO - D'ANDRIA, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990.

---

<sup>142</sup> 147 Corte Cost., 2 aprile 1999, n.109

- BARABBA, *sub art. 380 c.p.p. in Codice penale e codice di procedura penale commentati*, a cura di D'ambrosio e Vigna XXIII ed. Larus Robuffo, 2001.
- BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, 1971; commento all' art. 2 Cost., in *Commentario, cit.*, 1975.
- BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, 1996, Cedam.
- BARTOLINI-BAGLIONE, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 1992.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2010.
- BELLIZZI, voce "*Flagranza (arresto in)*", in *Dig. Dir. Pen. Utet*, 1991.
- BEVERE, *Coercizione personale*, Giuffrè, 1998.
- CARCANO - IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel processo penale*, Cedam, Padova, 1990.
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 2° ed., 1982. *Prolifici disciplina della libertà nel processo penale. Voce Favor libertatis*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, 1968.
- CONTI - MACCHIA, *Il nuovo processo penale, lineamenti della riforma*, Buffetti, Roma, 1990.

- CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5° ed., 1984.
- CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giampichelli, Torino, 1989.
- CUTRONA, *sub art. 18 D.P.R. 448/88* in *Commento al codice di procedura penale a cura di Chiavario*, Utet, 1998.
- CUVA, *L'interrogatorio del giudice per le indagini preliminari nell'udienza di convalida, la giustizia penale*, vol. III, 1990.
- DALIA - FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, 2001; *Corso di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1992.
- D'AMBROSIO - VIGNA, *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, Larus Robuffo, 1989; *La pratica della polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 1993.
- D'ANDRIA, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Utet, Torino, 1991.
- DE FRANCO, *Voce, Riserva di legge*, in *Noviss dig. It.*, vol. XVI, 1969.
- DE LUCA, *Voce, Accompagnamento coattivo*, vol. I; *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, 1953: *Voce, Arresto*, Vol. III, 1958.
- DENTI, *Commento all' art. 111 Cost.*, tomo V.



- DI GIOVINE, *Introduzione alla studio della riserva di legge nell' ordinamento costituzionale italiano*, 1969.
- DI RAIMONDO, *Il sistema dell'amministrazione della pubblica sicurezza*, 1984.
- DRAGONE, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1993.
- DUBOLINO - BAGLIONE - BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, La Tribuna, 1992.
- FERRARO, *Arresto e fermo*, Milano, 1994.
- FERRU, *Studio sul processo penale*, Torino, 1992.
- FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Giuffrè Ed. 1999.
- GALEOTTI, *La libertà personale*, 1953.
- GARRAFFA, *Recenti sviluppi sulla normativa contro la violenza negli stadi*, Rivista di Diritto ed Economia dello Sport n.3/2010.
- GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Giuffrè, 2001.
- GREVI, *La libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè editore, 1976.
- GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, 1969.

- LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, 2011.
- LATTANTI - LUPO, *Codice di procedura penale-rassegna giurisprudenziale e dottrina*, Giure, vol. IV.
- MANZIONE, *voce Arresto*, d. penale, VI, Torino, 1992.
- MARZADURI, *Flagranza del reato*, Torino, 1982.
- MORTATI, *Istruzioni di diritto pubblico*, 9° ed., tomo II, 1976.
- PACE, *Voce "Libertà personale"*, vol. XXIV, 1974.
- PALOMBA, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, 1991.
- PESCIOTTO, *Sulla nozione di quasi flagranza nel processo penale*.
- PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, 3° ed., 1984.
- RAMAJOLI, *Le misure cautelari nel codice di procedura penale*, Padova, 1996.
- SALVI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, UTET, Torino, 1993.

- SCOMPARIN, *Arresto e fermo*, in *Libertà e cautela nel processo penale*, a cura di M. Chiavario e Marzaduri, Torino 1996, Vol. III.
- SPANGHER, *Il trattato di procedura penale*, Vol. III, Utet, 2009.
- TASSI, *sub art.18 D.P.R. 448/88*, in *Il processo penale minorile* a cura di Giostra, Giuffrè, 2001.
- VESSICHELLI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, 1994.

## **Ringraziamenti**

**Dedico la mia tesi di laurea a mio nonno Vincenzo, persona che grazie alla sua umiltà e onestà mi ha insegnato ad affrontare le tante circostanze della vita.**

**Vorrei adesso iniziare a ringraziare le altre persone che durante questo mio percorso mi sono state vicino.**

**Grazie alla mia fidanzata Lorena che mi è sempre stata accanto, durante questi anni, soprattutto nei momenti difficili, con rispetto ed amore.**

**Grazie a mia cognata Michelle, che mi ha sempre sopportato.**

**Grazie a mia sorella Rosy, a cui darei la vita .**

**Grazie a mia nonna Memma, che mi è sempre stata vicino.**

**Grazie a tutti i miei cugini Rocco, Ciccio, Daniela e Rossella, che con i loro sorrisi mi hanno sempre trasmesso il loro affetto.**

**Grazie al mio amico Nino da cui ho solo  
imparato cose positive.**

**Grazie a Silvana e Stefano, i miei futuri  
suoceri.**

**Grazie al mio coinquilino Alberto.**

**Grazie a Luca, persona splendida.**

**Ed infine un grazie alla mia adorata mamma,  
che è tutta la mia vita. Oggi se ho raggiunto  
questo traguardo è soprattutto merito dei suoi  
immensi sacrifici, e di questo gli sarò grato per  
sempre.**