

Gruppo di Studio e Ricerca Scuola di Formazione e Qualificazione dell'Avvocato Penalista

XVI CORSO DI FORMAZIONE DEL PENALISTA

Aprile 2022 - Aprile 2024

Lezione del 15.07.2022

Materia: Diritto processuale penale

Relatore: Avv. Stefano Gallo

Tutor: Avv. Pierpaolo Provenzano

Argomento: *LE MISURE PRECAUTELARI*

SCHEDE DIDATTICHE n. 1

NORMATIVA DI RIFERIMENTO:

Art. 5 C.E.D.U.

Art. 13 Costituzione

Artt. 379- 391 Libro V, Titolo VI, Codice di procedura penale

DOTTRINA:

La difesa d'ufficio – Le misure precautelari, Unione delle Camere Penali Italiane, di Katia La Regina, serie diretta da Giorgio Spangher

Vergine, Arresto in flagranza e fermo di indiziato, in Spangher, Trattato di procedura penale, III, Torino, 2009, 405

Filippi, Arresto in flagranza e fermo, in Cassese, Dizionario di diritto pubblico, I, Milano, 2006, 429

Dalia, Ferraioli, Manuale di diritto processuale penale, Padova, 1997, 228

Scomparin, Arresto e fermo, in Chiavario, Marzaduri, Libertà e cautele nel processo penale, Torino, 1996, 231

Teoria e pratica del diritto - Arresto e Fermo - di Angelo Ferraro, Giuffrè Editore (anno 1994)

Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Diritto processuale penale, II, Milano, 2006, 72

Compendio di diritto processuale penale, Nel Diritto Editore, VIII Edizione, 2019
Dalia, Ferraioli, Manuale di diritto processuale penale, Padova, 1997, 234
Marandola, Fermo (Dir. pen. proc.), in AA.VV., Il Diritto, 6, Milano, 2007, 386)
D'Ambrosio, Vigna, Commento al nuovo codice di procedura penale, Roma, 1990, 403
Vergine, Arresto in flagranza e fermo di indiziato, in Spangher, Trattato di procedura penale, III, Torino, 2009, 434

*** **

Fonti costituzionali e sovranazionali

Art. 13 Cost.

La libertà personale è inviolabile.

- 1. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*
- 2. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*
- 3. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.*
- 4. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.*

La disposizione suesposta afferma l'invulnerabilità della libertà personale, uno dei supremi principi della Costituzione italiana, di stampo fortemente liberale, che può essere derogata solo in specifici casi, analiticamente determinati da fonti di natura costituzionale o sovranazionale. Sono, infatti, specificatamente indicati, dalla CEDU e dalla Costituzione italiana, i casi nei quali sia possibile adottare provvedimenti privativi della libertà personale di un soggetto, prima dell'intervento di un provvedimento giurisdizionale.

Nel contesto nazionale, l'art. 13, III co., Cost. consente che «*in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza*» possa adottare «*provvedimenti provvisori*» di restrizione della libertà personale, che «*si intendono revocati e restano privi di ogni effetto*» qualora non siano «*comunicati entro quarantotto ore*

all'autorità giudiziaria», e da questa convalidati nelle quarantotto ore successive. Su tale norma - che delinea un potere «sucedaneo a quello riconosciuto in via di principio all'autorità giudiziaria» dall'art. 13, II co., Cost. - si fonda la legittimità delle disposizioni sull'arresto in flagranza e il fermo dettate dal codice di rito, riguardo alle quali non si è mancato di sottolineare che nel disciplinare i due istituti, il Legislatore, per verità, ha operato un'interpretazione restrittiva della previsione costituzionale, identificando l'autorità di pubblica sicurezza con la polizia giudiziaria così come ha inteso per Autorità giudiziaria la sola Autorità giurisdizionale.

Conformemente ai principi di rango primario, l'arresto in flagranza e il fermo sono, dunque, strumenti coercitivi che consentono alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero di privare dello *status libertatis* chi si trovi in date situazioni normativamente definite, esercitando un potere con effetti circoscritti nel tempo e *sub iudice*, in quanto la garanzia giurisdizionale interviene *ex post*. Sicché il controllo giudiziale in tempi brevissimi riporta rapidamente il procedimento in binari ordinari.

Per quel che riguarda il profilo sovranazionale, per l'applicazione di una misura privativa della libertà personale non basta che siano soddisfatte le condizioni generali di applicabilità previste dal diritto interno, ma è necessario che tali condizioni siano, nell'ambito nazionale, chiaramente definite, in modo da permettere ad ogni cittadino di conoscere le conseguenze derivanti da un suo determinato comportamento, posto che, diversamente, si pongono in violazione dell'art. 5, par. 1, lett. e, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Art. 5 C.E.D.U.

Diritto alla libertà e alla sicurezza.

“1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

- a) se è detenuto legittimamente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;*
- b) se è stato oggetto di un arresto o di una detenzione legittima per inosservanza di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale ovvero per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge;*
- c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono fondati motivi per sospettare che abbia commesso un reato o ci sono fondati motivi per ritenere necessario di impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;*
- d) se si tratta della detenzione legittima di un minore, decisa per sorvegliare la sua educazione, o di sua legale detenzione al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;*

e) se si tratta della detenzione legittima di una persona per prevenire la diffusione di una malattia contagiosa, di un alienato di mente, di un alcoolizzato, di un tossicodipendente o di un vagabondo;
f) se si tratta dell'arresto o della detenzione legittima di una persona per impedirle di entrare clandestinamente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione.

2. Ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e degli addebiti contestati.

3. Ogni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1, lettera c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante il procedimento. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza.

4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso davanti ad un tribunale affinché esso decida, entro breve tempo, sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione eseguiti in violazione alle disposizioni di questo articolo ha diritto ad un indennizzo”.

La tutela che tale disposizione appresta al diritto di libertà è rigorosa nella misura in cui formula un catalogo esaustivo, soggetto ad una interpretazione restrittiva, delle ipotesi in cui ne è consentita la privazione e fissa garanzie precise al riguardo, conferendo all'Autorità giudiziaria il ruolo di vero e proprio garante della libertà personale. E, invero, l'art. 5, C.E.D.U. stabilisce analiticamente i casi nei quali è consentito limitare tale diritto, in particolare per il mantenimento dell'ordine pubblico e per assicurare la repressione degli illeciti, demandando alla legge di fissarne i modi.

Le disposizioni derivanti dal diritto comunitario si vanno dunque a sommare alle garanzie approntate dalla Costituzione, creando un vero e proprio doppio livello di tutela.

*** **

L'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.).

Il codice di rito prevede che, in casi eccezionali di necessità ed urgenza, sia consentito all'Autorità di pubblica sicurezza di emanare provvedimenti provvisori di privazione della libertà personale.

Condizione imprescindibile per l'esecuzione dell'arresto è lo stato di flagranza, previsto dall'art. 382 c.p.p., che prevede tre situazioni distinte: la flagranza in senso proprio (quando

il soggetto viene colto nell'atto di commettere il reato); la quasi flagranza (che deriva dalla situazione che si verifica allorché subito dopo il reato un soggetto è inseguito dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che abbia commesso il reato immediatamente prima).

Il comma II dell'art. 382 c.p.p. precisa, inoltre, che nei reati permanenti lo stato di flagranza perdura sino a quando sia cessata la permanenza.

Ricorrendo tali presupposti, l'Autorità di pubblica sicurezza, prima di procedere all'arresto obbligatorio, deve verificare che vi siano i presupposti per l'esecuzione.

I reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio sono individuati mediante due distinti criteri. Il primo, di natura quantitativa, impone in via generale l'adozione della misura per le fattispecie per le quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni (art. 380, I co., c.p.p.); il secondo criterio, di natura qualitativa, si traduce in un elenco tassativo di figure di illecito puntualmente considerate (art. 380, II co., c.p.p.). Peraltro, talvolta nel catalogo dei reati legittimanti è possibile intravedere una tecnica di individuazione "mista". Difatti, con le lett. a), c) e i) il legislatore ha indicato la categoria di reati prevedendo altresì un'ulteriore specificazione quantitativa legata alla pena edittale prevista per i singoli delitti rientranti in detta categoria.

In particolare, il legislatore, nel formulare l'art. 380, II comma, c.p.p., ha ritenuto sussistente l'esigenza di arresto in flagranza anche al di fuori dei limiti sanzionatori previsti dal I comma, a salvaguardia dell'ordine costituzionale [lett. a) ed i) e talune previsioni della lett. l)]; della sicurezza e incolumità pubblica [lett. b), g), h) ed e), prima ipotesi]; a fini di lotta a forme di criminalità organizzata [lett. l) ed m)] anche di tipo mafioso [lett. l bis)] o, ancora, a tutela della libertà, incolumità e sicurezza individuale rispetto a comportamenti posti in essere con mezzi di violenza personale.

La *ratio legis* sottesa alle previsioni del II comma del citato art. 380 c.p.p. è l'esigenza di tutela della collettività che, in quanto tale, prescinde dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza; infatti, in sede di convalida dell'arresto, il Giudice deve limitarsi a verificare l'esistenza delle condizioni legittimanti la privazione della libertà personale.

L'art. 380, III comma, del codice di rito prevede, infine, che, in caso di delitto perseguibile a querela di parte, si procede all'arresto in flagranza soltanto qualora la querela sia proposta,

anche con dichiarazione orale resa all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente sul luogo. La remissione della querela impone l'immediata liberazione dell'arrestato.

Si è osservato, in proposito, come la disposizione sia applicabile alla sola fattispecie del furto ex art. 626, I comma, c.p. con uso momentaneo della cosa sottratta, essendo questa l'unica ipotesi di reato elencato nella norma in commento non perseguibile d'ufficio.

*** **

Flagranza e quasi flagranza.

Per poter procedere all'arresto nei casi indicati negli artt. 380 e 381 c.p.p. occorre la flagranza di reato.

La nozione di flagranza di reato è contenuta nell'art. 382 c.p. a mente del quale: *“È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero 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.*

Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza”.

Pertanto, lo stato di flagranza è la condizione di chi viene colto nell'atto di commettere il reato (**c.d. flagranza propria**) ovvero di 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 (**c.d. quasi flagranza o flagranza impropria**).

Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che la flagranza sussiste tutte le volte in cui sia possibile stabilire un nesso tra soggetto e reato, in specie con l'elemento materiale di questo, dovendo le condotte in cui l'illecito si sostanzia essere ancora in corso, e, cioè, dovendo sussistere un rapporto di contestualità tra il comportamento del reo e l'intervento della polizia giudiziaria (**Cass. Pen. Sez. IV, 28.6.1996, n. 1746**).

Con riguardo alla "**quasi flagranza**" è argomento dibattuto in giurisprudenza, quello secondo il quale viene ritenuto rilevante, o meno, il momento iniziale dell'inseguimento del reo e la sua relativa genesi per l'affermazione della sussistenza della flagranza del reato.

Seguendo un primo e più restrittivo indirizzo esegetico, la Suprema Corte aveva escluso la "quasi flagranza" collegata all'inseguimento *"qualora l'inseguimento dell'indagato da parte della polizia giudiziaria sia stato iniziato non già a seguito e a causa della diretta percezione dei fatti" da parte della polizia giudiziaria, bensì "per effetto e solo dopo l'acquisizione di*

informazioni da parte di terzi" (cfr, ex multis, Cass. Pen., Sez. IV, 5.2.2004, n. n. 17619, nonché Cass. Pen., Sez. V, 22.04.2010, n. 20539); secondo un diverso orientamento, invece, l'ipotesi di flagranza impropria risulterebbe integrata *"anche nel caso in cui l'inseguimento (...) sia iniziato (...) per le informazioni acquisite da terzi (inclusa la vittima), purchè non sussista soluzione di continuità fra il fatto criminoso e la successiva reazione diretta ad arrestare il responsabile del reato"* (Cass. Pen., Sez. V, 7.6.1999, n. 2738 nonché Cass. Pen., Sez. II, 4.11.2015, n. 44498).

A dirimere tale contrasto è intervenuta la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 39131 del 24/11/2015, con la quale, in adesione all'orientamento più restrittivo, è stato affermato che **"non può procedersi all'arresto in flagranza sulla base di informazioni della vittima o di terzi fornite nella immediatezza del fatto"**.

Appare invece ancor più complesso individuare ipotesi di flagranza nei reati abituali, con particolare riferimento a quelli che avvengono tra le mura domestiche, spesso di difficile percezione. Sul punto, è ritenuto legittimo l'arresto in flagranza *"ove sia contestato un reato abituale, anche quando il bagaglio conoscitivo del soggetto che procede all'arresto deriva da pregresse denunce della vittima, relative a fatti a cui egli non abbia assistito personalmente, purché tale soggetto assista ad una frazione dell'attività delittuosa, che, sommata a quella oggetto di denuncia, integri l'abitualità richiesta dalla norma, ovvero sorprenda il reo con cose o tracce indicative dell'avvenuta commissione del reato immediatamente prima"* (Fattispecie relativa al delitto di cui all'art. 612 bis c.p.) (Cass. Pen., Sez. V, 3.12.2018-21.2.2019, n. 7915).

*** **

Facoltà di arresto da parte di privati art. 383 c.p.p.

Art. 383 c.p.p.: *"Nei casi previsti dall'articolo 380 ogni persona è autorizzata a procedere all'arresto in flagranza, quando si tratta di delitti perseguibili di ufficio.*

La persona che ha eseguito l'arresto deve senza ritardo consegnare l'arrestato e le cose costituenti il corpo del reato alla polizia giudiziaria la quale redige il verbale della consegna e ne rilascia copia".

La possibilità per il privato di incidere legittimamente sulla libertà altrui mediante l'arresto, evoca la norma sostanziale dell'art. 51 c.p. che scrimina le condotte, altrimenti illecite, realizzate nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere.

In base a tale previsione, che vuole garantire una coerenza globale dell'ordinamento, non è peraltro sufficiente che la legge attribuisca un dato diritto per escludere automaticamente la punibilità di ogni condotta attuata al fine di esercitarlo; occorre anche che sia prevista e permessa quella concreta azione posta in essere, che di regola costituirebbe reato.

L'arresto in flagranza di reato da parte del privato, nei casi consentiti dalla legge, si sostanzia nell'esercizio di fatto dei poteri anche coattivi che sono propri della polizia giudiziaria. In giurisprudenza, invero, si ritiene che quando il privato si limiti ad invitare il presunto reo ad attendere l'arrivo della polizia, nel frattempo avvertita, non si versi nella fattispecie di cui all'art. 383 c.p.p., ma di una semplice denuncia, permessa a ciascun cittadino in qualsiasi situazione di violazione della legge penale. (**Cass. Pen., Sez. V, 17/07/2017, n. 49047**).

Quanto alle tempistiche indicate solo sommariamente al comma 2 dell'art. 383 c.p.p., e, dunque, che il privato consegni l'arrestato alla polizia giudiziaria senza ritardo, si afferma che questa operazione deve essere svolta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare che una misura eccezionale si trasformi in un sequestro di persona dell'arrestato (**Cass. Pen., Sez. V, 23/10/2018, n. 48332**).

Determinante ai fini della legittimità dell'arresto è la circostanza che la persona arrestata non sia trattenuta dai privati, intervenuti nell'operazione, oltre il tempo strettamente necessario per l'esecuzione della consegna agli organi di polizia. (**Cass. Pen., Sez. V, 04/05/1993, n. 1603**).

*** **

L'arresto facoltativo (Art. 381 c.p.p.)

L'arresto facoltativo compete unicamente agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria, che a loro discrezione, ex art. 381 c.p.p., possono arrestare chi sia colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisca la pena della reclusione superiore nel massimo ad anni tre ovvero di un delitto colposo per il quale la legge stabilisca la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

L'arresto facoltativo in flagranza è altresì previsto dal comma II dell'art. 381 c.p.p. se la flagranza concerna i delitti indicati dalla precedente disposizione.

Ad ogni modo, per completezza, nei casi di arresto facoltativo eseguito per reati perseguibili a querela, l'esecuzione della misura precautelare è subordinato alla proposizione della querela stessa.

I criteri che governano l'applicazione o meno della misura sono sanciti all'art. 381 c.p.p. e riguardano la gravità del fatto ovvero della pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto.

Riguardo alla motivazione sui presupposti dell'arresto facoltativo, si ritiene che la polizia giudiziaria è tenuta ad indicare le ragioni che l'hanno indotta ad esercitare il proprio potere di privare della libertà in relazione alla gravità del fatto o alla pericolosità dell'arrestato, "ma tale indicazione non deve necessariamente concretarsi nella redazione di una apposita motivazione del provvedimento, essendo sufficiente che tali ragioni emergano dal contesto descrittivo del verbale d'arresto o dagli atti complementari in modo da consentire al giudice della convalida di prenderne conoscenza e di sindacarle" (**Cass. pen. Sez. VI Sent., 06/05/2009, n. 31281**).

Peraltro, ai fini della legittimità dell'arresto facoltativo in flagranza, non è necessaria la presenza congiunta della gravità del fatto e della pericolosità del soggetto, ma è sufficiente, a norma dell'articolo 381, comma 4, c.p.p., che ricorra almeno uno dei detti parametri (**Cass. pen. Sez. IV, 01/03/2005, n. 15425**).

Nella pratica, in caso di arresto facoltativo in flagranza di reato, con riferimento al controllo dei requisiti della gravità del fatto e della pericolosità dell'arrestato che lo legittimano, il giudice deve limitarsi a una verifica dell'uso ragionevole dei poteri discrezionali affidati alla polizia giudiziaria e, ove ritenga che da tale discrezionalità si sia ecceduto, deve fornire in proposito adeguata motivazione. Tale controllo di mera ragionevolezza richiede, peraltro, che il giudice si ponga nella stessa situazione nella quale hanno operato gli agenti e verifichi se, sulla base degli elementi in quel momento conosciuti e conoscibili, la valutazione dell'arresto si sia mantenuta nei limiti della detta discrezionalità (**Cass. Pen., Sez. I, 22/09/2004, n. 38697; Cass. Pen., Sez. V, 13/03/2014, n. 22885**). Ancora,

Diversamente dalle ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza, i legittimati a procedere all'arresto facoltativo sono esclusivamente gli agenti od ufficiali di polizia giudiziaria.

In merito a tale limitazione, la giurisprudenza richiede osservanza scrupolosa della norma, ritenendo che non possa essere suscettibile di convalida l'arresto a cui abbia proceduto un operatore della polizia municipale fuori del territorio del comune di appartenenza e, quindi, fuori dell'ambito territoriale entro cui a questi avrebbe potuto riconoscersi la suddetta qualifica, ai sensi degli artt. 5, L. 7 marzo 1986, n. 65 e 57, comma 2, lett. b), c.p.p. Ciò, in particolare, disponendo il citato art. 57, comma 2, lett. b), c.p.p. che la qualifica di agenti di

polizia giudiziaria attribuita agli appartenenti alla polizia municipale è limitata nel tempo («quando sono in servizio») e nello spazio («nell'ambito territoriale dell'ente di appartenenza»), a differenza di altri corpi (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza) i cui appartenenti operano su tutto il territorio nazionale e sono sempre in servizio (**Cass. Pen., Sez. II, 10/06/2015, n. 35099**).

*** **

Fermo di indiziato di delitto (art. 384 c.p.p.)

Il fermo si presenta come atto tipico del pubblico ministero, fermo restando che anche la P.G. è autorizzata ad eseguirlo, in presenza dei seguenti requisiti:

- specifici elementi che fanno ritenere fondato il pericolo di fuga;
- gravi indizi a carico dell'indagato;
- delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni; delitto concernente le armi da guerra e gli esplosivi; delitto commesso per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico.

Tra i presupposti necessari per procedere al fermo non è annoverato lo stato di flagranza.

In via sussidiaria, il fermo può essere disposto ad iniziativa degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria laddove ricorrano i presupposti su indicati e prima che il pubblico ministero abbia assunto la direzione delle indagini (art. 348, comma 3, c.p.p.).

Il codice consente altresì il fermo della P.G. qualora l'indiziato venga successivamente individuato ovvero qualora siano sopravvenuti specifici elementi (es. possesso di documenti falsi) che rendano fondato il pericolo che stia per darsi alla fuga. Tuttavia, deve sussistere il prerequisite di una situazione di urgenza tale da non potersi attendere il provvedimento del pubblico ministero.

In ordine al pericolo di fuga, la giurisprudenza ha chiarito che *"la fondatezza del pericolo di fuga va verificata con valutazione "ex ante", desumendo da elementi concreti la rilevante probabilità che l'indagato si potesse dare alla fuga"* (**Cass. Pen., Sez. II, 04/10/2016, n. 52009**).

Ancora, si rileva che nella motivazione della convalida del fermo il giudice deve far riferimento a concreti e specifici elementi di fatto risultanti dagli atti con riferimento ai parametri normativi che nella realtà consentono e legittimano la misura precautelare nei confronti di persona gravemente indiziata di reato, non essendo a tal fine sufficiente

l'utilizzazione di formule di stile, adattabili a qualsiasi situazione, senza che ciò comporti una verifica sulla ragionevolezza dell'operato della polizia giudiziaria cui è attribuita una sfera di discrezionalità (**Cass. Pen., Sez. III, 11/07/2013, n. 39452**).

Va evidenziato poi che la convalida del fermo deve aver ad oggetto solo il controllo di legittimità dell'operato della polizia giudiziaria, essendo autonoma rispetto all'eventuale successivo titolo di detenzione - indispensabile perché permanga lo stato custodiale -, e non richiede, per la sua adozione, la sussistenza delle condizioni legittimanti la misura cautelare (**Cass. pen. Sez. VI, 01/03/2016, n. 12291**).

*** **

Allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (art. 384-bis c.p.p.)

Con la Legge 15 ottobre 2013, n. 119 è stato inserito l'art. 384-bis c.p.p., rubricato "Allontanamento d'urgenza dalla casa familiare", il quale dispone che gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di disporre, previa autorizzazione del pubblico ministero, scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, o per via telematica, l'allontanamento urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti di chi è colto in flagranza dei delitti individuati nell'art. 282-bis, comma 6., c.p.p., relativi alla sfera familiare e della integrità psico-fisica dell'individuo.

Tale misura può essere adottata in presenza dei seguenti presupposti:

- la flagranza dei reati tassativamente indicati alla norma sopra indicata;
- fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa;
- autorizzazione del P.M.

Data la sua collocazione sistematica (cioè immediatamente dopo la disciplina dell'arresto e del fermo), la norma pare aver introdotto una nuova misura precautelare, alla quale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 385 e seguenti c.p.p.

Inoltre, si osservano le disposizioni di cui all'art. 381, comma 3, che ai fini dell'arresto in flagranza richiede la querela della persona offesa. Della dichiarazione orale di querela si dà atto nel verbale delle operazioni di allontanamento.

Del resto anche la giurisprudenza in materia ha avuto modo di precisare che "Il giudice è comunque tenuto a pronunciarsi sulla convalida del provvedimento con cui sia stato disposto l'allontanamento urgente dall'abitazione familiare da parte della polizia giudiziaria (articolo

384-bis del Cpp), e ciò anche nel caso in cui, per effetto dell'esecuzione della misura, non sia stato possibile eseguire l'interrogatorio a causa dell'assenza dell'interessato all'udienza di convalida. Infatti, a ogni misura precautelare deve seguire il rituale controllo del giudice anche nel caso in cui il soggetto abbia riacquisito la libertà (cfr. articolo 13, comma 3, della Costituzione e articolo 121, comma 2, delle disposizioni di attuazione del Cpp); con l'unica precisazione che, in tal caso, il giudizio incidentale è limitato al controllo di legalità sul provvedimento adottato, in ordine al quale il giudice deve limitarsi ad accertare il rispetto, ora per allora, delle condizioni legittimanti la misura" (**Cass. pen., Sez. VI, 16/01/2019, n. 22524**).

*** **

Doveri della polizia giudiziaria in caso di arresto o di fermo (Art. 386 c.p.p.)

L'art. 386 c.p.p. fissa gli adempimenti di rito ai quali la polizia giudiziaria è tenuta verso il pubblico ministero e l'indagato, una volta eseguito l'arresto o il fermo, ovvero quando abbia ricevuto in consegna una persona arrestata da un privato, ai sensi dell'art. 383, II co., c.p.p.

Tali adempimenti compongono la prima fase dell'iter della convalida e possono così sintetizzarsi: a) dare notizia immediata dell'esecuzione della misura al P.M. del luogo dove l'arresto o il fermo è avvenuto (art. 386, I co., c.p.p.); b) porre a sua disposizione «al più presto, e comunque non oltre ventiquattrore dall'arresto o dal fermo, la persona in vinculis trasmettendo il verbale di arresto (art. 386, III co., c.p.p.) e a tal fine la L. 9.8.2013, n. 94, proprio per accelerare dette operazioni, prevede che ciò possa essere effettuato anche «anche per via telematica»; c) avvertire subito il fermato o l'arrestato del diritto di nominare un difensore di fiducia e provvedere a tutti i conseguenti atti informativi che servono a garantire l'effettività della difesa (artt. 386, I e II co., e 387 c.p.p.). Se tra le persone sottoposte allo strumento precautelare vi sono dei minorenni, nei loro confronti devono essere adottate particolari cautele sia nell'esecuzione della misura sia nell'accompagnamento o nella traduzione nel luogo di custodia, indicate dall'art. 20, D.Lgs. 28.7.1989, n. 272.

A tutela del diritto di difesa, questi obblighi di carattere informativo devono essere assolti ancor prima della formale documentazione dell'arresto o del fermo (**Cass. Pen., Sez. VI, 18.10.1996**).

La disposizione di cui al comma III dell'art. 386 c.p.p. risulta di particolare interesse, in quanto, nel caso di mancato rispetto del termine di ventiquattro ore per mettere a

disposizione del pubblico ministero l'arrestato od il fermato, si determina l'inefficacia della misura precautelare (art. 386, VII co., c.p.p.), con conseguente obbligo per il P.M. di disporre con decreto motivato la immediata liberazione dell'interessato (art. 389 c.p.p.).

*** **

Richiesta di convalida dell'arresto o del fermo (Art. 390 c.p.p.)

L'art. 390 c.p.p. dispone che entro quarantotto ore dall'arresto o dal fermo il pubblico ministero, qualora non debba ordinare la immediata liberazione dell'arrestato o del fermato, richiede la convalida al giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito e che quest'ultimo debba fissare l'udienza di convalida al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive dandone avviso, senza ritardo, al pubblico ministero e al difensore.

Nel caso in cui i termini di cui al comma I non vengano scrupolosamente osservati l'arresto o il fermo divengono inefficaci.

Quanto al rispetto dei termini di cui al comma secondo, l'art. 390, II co., c.p.p., si impone al giudice di fissare l'udienza di convalida «al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive» e di darne «avviso, senza ritardo, al pubblico ministero e al difensore», senza la previsione di una sanzione in caso di mancato rispetto del termine. Tale norma deve però essere esaminata in rapporto all'art. 13 Cost. il quale esige che i provvedimenti provvisori limitativi della libertà siano comunicati entro quarantotto ore dalla loro adozione all'autorità giudiziaria, e da questa convalidati «nelle successive quarantotto ore». A fronte di ciò, la formulazione dell'art. 390, II co., c.p.p., appare equivoca laddove prevede che, nel termine di quarantotto ore dalla richiesta, il giudice debba fissare l'udienza e non che debba pronunciare il provvedimento di convalida. Tuttavia, essa deve essere interpretata alla luce dell'art. 391, VII co., c.p.p. il quale, in linea con il dettato costituzionale, stabilisce che l'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata dal giudice nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a sua disposizione.

*** **

Udienza di convalida (Art. 391 c.p.p.)

La convalida dell'arresto o del fermo trova fondamento nella necessità - costituzionalmente imposta (art. 13, III co., Cost.) - che le iniziative precautelari degli organi dell'investigazione siano sottoposte rapidamente al controllo giurisdizionale sulla verifica di legalità dei tempi e dei presupposti di legge della esecuzione della misura provvisoria.

L'udienza si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del difensore dell'arrestato o del fermato e il giudice deve sentirlo «in ogni caso» (art. 391, III co., c.p.p.). Le garanzie di assistenza difensiva nel giudizio sono assicurate dalla previsione dettata dall'art. 391, II co., c.p.p. il quale dispone che, nell'ipotesi di mancato reperimento o di mancata comparizione del difensore di fiducia o d'ufficio, il giudice designi quale sostituto, a norma dell'art. 97, IV co., c.p.p. un altro difensore immediatamente reperibile.

Il P.M., invece, non ha l'obbligo di essere presente all'udienza di convalida, ma ha l'onere in questo caso di trasmettere al giudice le richieste in ordine alla libertà personale con gli elementi su cui le stesse si fondano.

Per quel che riguarda l'avviso della fissazione dell'udienza di convalida al difensore, non sono necessarie formali notificazioni, essendo sufficiente che vengano utilizzati mezzi di comunicazione astrattamente idonei a rendere il difensore a conoscenza della notizia.

Il mancato avviso dell'udienza al difensore di fiducia comporta, per costante giurisprudenza, la nullità dell'ordinanza di convalida (**Cass. Pen. Sez. II, 13.12.1991, Lagnese, in ANPP, 1992, 588**), ma non dell'eventuale ordinanza applicativa della misura cautelare che nell'ambito della stessa udienza, sia stata adottata ai sensi dell'art. 391, V co., c.p.p. (**Sezioni Unite Penali, 14.7.1999, Salzano**).

All'udienza di convalida, ove l'arrestato o il fermato compaiano, il loro interrogatorio è obbligatorio. La violazione di tale obbligo importa la nullità dell'ordinanza di convalida che, però, va eccepita subito dopo la lettura dell'ordinanza stessa in udienza, ex art. 182, II co., a pena di decadenza ex art. 182, III co., c.p.p. (**Cass. Pen. Sez. VI, 6.12.1989, Centra, in FI, 1990, II, 583**).

Il giudice, se ritiene che l'arresto o il fermo sono stati eseguiti in presenza di tutte le condizioni richieste dalla legge e che sono stati rispettati i termini previsti dagli artt. 386, III comma, e 390, I comma, c.p.p., convalida la misura precautelare con ordinanza (art. 391, IV co., c.p.p.) che deve essere adeguatamente motivata, e pronunciata o depositata entro le quarantotto ore successive al momento in cui la persona privata della libertà è stata messa a sua disposizione, a pena di sopravvenuta inefficacia dell'arresto o del fermo.

I poteri del giudice differiscono a seconda che si tratti di convalida dell'arresto o del fermo, data la sostanziale differenza di presupposti che ne legittimano l'esecuzione.

In un caso e nell'altro, comunque, la cognizione è limitata al fatto di reato come appare nella richiesta di convalida del pubblico ministero e il giudice non può modificarlo, ma solo valutare la sua esistenza in base agli elementi adottati. Al giudice, ad ogni modo, è consentito attribuire al fatto storico una qualificazione giuridica diversa ma ciò vale ai soli fini della decisione in oggetto (**Cass. Pen., Sez. IV, 20/09/2017, n. 46978**).

Per quanto concerne la convalida dell'arresto in flagranza, la giurisprudenza afferma che il giudice deve operare con giudizio *ex ante*, avendo riguardo alla situazione in cui la polizia giudiziaria ha provveduto, senza tener conto degli elementi non conosciuti o non conoscibili dalla stessa, che siano successivamente emersi (**Cass. Pen., Sez. III, 7/7/2010, n. 3098**).

Diversamente, quanto alla verifica del fermo di indiziato di delitto, la sostanziale differenza con l'arresto in flagranza risiede nella necessità che il giudice provveda anche all'accertamento circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al fatto attribuito all'indagato, fermo restando che, ai fini della convalida, è sufficiente che egli riscontri i presupposti legittimanti la misura precautelare nel momento in cui la stessa è stata adottata, a prescindere da situazioni di fatto successivamente verificatesi, come l'istanza di audizione o la presentazione spontanea dell'indagato al pubblico ministero prima che il fermo sia eseguito, le quali restano prive di rilievo. Il controllo della legittimità del provvedimento restrittivo investe altresì la fondatezza del presupposto del pericolo di fuga, e deve essere effettuato con riferimento a elementi specifici, dotati di una capacità di personalizzazione indirizzata proprio nei confronti del soggetto fermato, che traggano origine da circostanze concrete; sicché il *periculum libertatis* non può essere né presunto né ipotizzato sulla base del titolo di reato in ordine al quale si indaga. Per tali ragioni, la motivazione della convalida deve consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito dal giudice per pervenire alla decisione adottata al fine di verificarne la correttezza, e pertanto, deve a sua volta far riferimento ad elementi di fatto specifici e concreti risultanti dagli atti, riconducibili ai parametri normativi che legittimano il fermo di persona gravemente indiziata di reato (**Cass. Pen., Sez. III, 18/12/2003, 11/07/2013, n. 39452**).

