

**TRATTATO TEORICO PRATICO
DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE**

diretto da Giulio Illuminati e Livia Giuliani

Volume V

**LE INDAGINI PRELIMINARI
E L'UDIENZA PRELIMINARE**

a cura di

DANIELE NEGRI



G. Giappichelli Editore

TRATTATO TEORICO PRATICO
DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

diretto da Giulio Illuminati e Livia Giuliani

Volume V

LE INDAGINI PRELIMINARI E L'UDIENZA PRELIMINARE

a cura di

DANIELE NEGRI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-6125-2

Pubblicato on-line nel mese di febbraio 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino



Opera distribuita con licenza creative commons
attribuzione – non commerciale – Non opere derivate 4.0 internazionale

Indice sommario

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XIX
<i>Opere di carattere generale</i>	XXI
Introduzione	XXIII
di Francesco Caprioli	

Capitolo I

Notizie di reato e condizioni di procedibilità

di Barbara Lavarini

Sezione I

La notizia di reato

1. Premessa	1
2. L'accezione "sostanziale": i contenuti informativi minimi	2
2.1. La pseudo-notizia di reato	6
2.2. I soggetti e le modalità di acquisizione	9
3. L'accezione "formale": <i>notitiae criminis</i> qualificate e non qualificate	14
3.1. La denuncia	16
3.2. L'informativa di polizia giudiziaria	18
3.3. Il referto	20
3.4. La "denuncia" anonima	21
4. La <i>notitia criminis</i> nella dinamica del procedimento	23
5. Il registro delle notizie di reato: profili generali	24
5.1. L'iscrizione nel registro come atto obbligatorio dai molti profili discrezionali	26
5.2. Iscrizioni <i>omnibus</i> , aggiornamenti, nuove iscrizioni	28
5.3. L'accesso al registro	31

pag.

Sezione II Le condizioni di procedibilità

1. Nozione	33
2. La compatibilità costituzionale	35
3. La declaratoria di improcedibilità	38
3.1. La riproponibilità dell'azione penale in deroga al <i>ne bis in idem</i>	39
4. Gli atti esperibili in attesa della condizione	40
5. La querela: nozione	42
5.1. Legittimazione	43
5.2. Forma, modalità di presentazione, termini	47
5.3. Rinuncia e remissione	50
5.4. Il ricorso immediato al giudice di pace come equipollente della querela (<i>cenni</i>)	54
6. L'istanza e la richiesta	56
7. L'autorizzazione a procedere: nozione e casi	57
7.1. Profili procedimentali	59
8. L'autorizzazione <i>ad acta</i> : nozione e casi	61
8.1. L'autorizzazione <i>ad acta</i> per i parlamentari fra Costituzione e legge attuativa	63
9. Le condizioni di procedibilità atipiche	66
Bibliografia	70

Capitolo II

Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare

di *Giulia Mantovani*

1. Le misure precautelari nel quadro dei principi costituzionali	76
2. Le modalità d'individuazione delle fattispecie che consentono l'esercizio del potere precautelare	79
3. L'arresto in flagranza	80
4. Il potere di arresto: titolarità ...	84
5. ... contenuto e natura ...	86
6. ... tipologia	86
6.1. L'arresto obbligatorio in flagranza	87
6.1.1. Ambito di operatività: una selezione <i>quoad poenam</i> ...	87
6.1.2. ... ed ulteriori ipotesi di arresto obbligatorio	88
6.2. L'arresto discrezionale in flagranza	90
6.2.1. Ambito di operatività: una selezione <i>quoad poenam</i> ...	92
6.2.2. ... ed ulteriori ipotesi di arresto discrezionale	92
6.3. L'arresto facoltativo in flagranza	94

	<i>pag.</i>
7. Potere di arresto e delitti perseguibili a querela	94
8. L'arresto in flagranza "differita"	95
9. L'arresto fuori flagranza (cenni)	96
10. Il fermo di indiziato di delitto	97
11. I presupposti del fermo: gravi indizi di delitto ...	98
11.1. ... e pericolo di fuga	99
12. Il fermo successivo all'estinzione della custodia cautelare per motivi formali o per omesso interrogatorio di garanzia	102
13. Il potere di fermo: titolarità e modalità di esercizio	104
13.1. Il fermo d'iniziativa della polizia giudiziaria	105
14. L'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare	106
15. Cause ostative all'esercizio del potere precautelare	108
16. Il procedimento successivo all'esecuzione di un arresto o di un fermo: finalità e soggetti	108
17. I doveri di informazione della polizia giudiziaria: nei confronti dell'arrestato o fermato e dei suoi familiari ...	109
17.1. ... nei confronti del difensore ...	110
17.2. ... e nei confronti dell'ufficiale di polizia giudiziaria e del pubblico ministero	112
18. I doveri di documentazione della polizia giudiziaria	112
19. I doveri di consegna della polizia giudiziaria	114
20. Doveri e poteri del pubblico ministero incidenti sulla difesa tecnica dell'arrestato o del fermato: designazione del difensore d'ufficio e nomina dell'interprete	116
20.1. Il differimento del colloquio con il difensore	117
21. Prerogative del pubblico ministero in tema di collocazione dell'arrestato o del fermato	120
22. L'interrogatorio del pubblico ministero	121
23. Il potere-dovere di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato: presupposti	123
23.1. Titolarietà	124
23.2. Conseguenze in tema di accesso alla riparazione per ingiusta detenzione	126
23.3. Rapporti con la richiesta di convalida	127
24. Le richieste del pubblico ministero: la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo ...	130
25. ... e le richieste cautelari	133
25.1. L'ampliamento dell'area della coercizione cautelare	134
26. La <i>discovery</i> degli atti che supportano le richieste del pubblico ministero	137
27. Il destinatario delle richieste del pubblico ministero	139
28. Funzione, oggetto e natura del giudizio sulla convalida	142
29. La fissazione dell'udienza di convalida	147

	<i>pag.</i>
30. Lo svolgimento dell'udienza di convalida	149
30.1. La presenza facoltativa del pubblico ministero	152
30.2. La partecipazione necessaria del difensore	152
30.3. Il ruolo dell'arrestato o del fermato	154
30.4. L'interrogatorio	154
30.4.1. L'interrogatorio del fermato e la reiterazione della misura cautelare a norma dell'art. 302	158
31. La decisione sulla convalida della misura precautelare	159
32. Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida	162
33. I rapporti con la decisione in materia cautelare	165
Bibliografia	169

Capitolo III

Le indagini di polizia giudiziaria

di *Elga Turco*

1. Le indagini di polizia giudiziaria: profili generali	175
2. L'attività di informazione	179
3. L'attività di investigazione: gli atti atipici	185
3.1. L'identificazione dell'indagato e del "potenziale testimone"	188
3.2. L'assunzione di sommarie informazioni dall'indagato	192
3.3. Le "altre" sommarie informazioni	199
3.4. Le perquisizioni a iniziativa della polizia giudiziaria	204
4. L'attività di assicurazione: l'acquisizione di plichi e di corrispondenza	211
4.1. Gli accertamenti e i rilievi urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone	212
4.2. Il sequestro probatorio	219
5. L'attività preventiva: in particolare, il sequestro <i>ex art. 321 comma 3-bis</i>	221
6. L'assistenza difensiva nel corso dell'attività "a sorpresa" a iniziativa della polizia giudiziaria	222
7. La documentazione dell'attività di polizia giudiziaria e la relativa utilizzazione processuale	226
7.1. La fonoregistrazione di colloqui "pilotata" dalla polizia giudiziaria e la testimonianza <i>de relato</i>	232
Bibliografia	236

pag.

Capitolo IV **Le indagini del pubblico ministero**

di Carlo Renoldi

1. L'attività di indagine del pubblico ministero	241
2. Atti diretti e atti delegati	248
3. I rapporti tra diversi uffici del pubblico ministero e il coordinamento investigativo nell'ambito di indagini collegate	255
4. L'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e anti-terrorismo	259
5. Il coordinamento investigativo nella prospettiva sovranazionale	265
6. La avocazione delle indagini	267
7. Assunzione di informazioni	272
8. Citazioni di persone informate sui fatti	276
9. La presentazione spontanea al pubblico ministero della persona sottoposta a indagini	277
10. L'invito a presentarsi e l'accompagnamento coattivo	279
11. L'interrogatorio di una persona imputata in un procedimento connesso	285
12. Individuazione di persone e di cose	288
13. Gli accertamenti tecnici compiuti dal pubblico ministero	295
14. La documentazione degli atti di indagine del pubblico ministero	306
15. Poteri coercitivi del pubblico ministero	311
Bibliografia	314

Capitolo V

L'esercizio del diritto di difesa nelle indagini preliminari

di Donatella Curtotti

1. Premessa	321
2. I diritti della difesa in un modello di indagini preliminari alla ricerca di identità. Dal "peccato originale" ad oggi, passando per la disciplina delle investigazioni difensive	324
3. La tutela "multilivello": il graduale potenziamento delle garanzie informative	332
4. La garanzia linguistica in fase investigativa	334
5. L'asimmetria tra pubblico ministero e difesa: l'esempio emblematico delle menomazioni difensive patite in caso di accertamenti tecnici non ripetibili	341
6. Gli spazi operativi dell'investigazione del difensore: le criticità nell'audizione delle persone in grado di riferire circostanze utili alle indagini	346

	<i>pag.</i>
7. La ricerca sullo stato dei luoghi e delle cose	353
8. L'accesso ai luoghi	357
9. Gli atti non ripetibili	367
Bibliografia	374

Capitolo VI

Gli accertamenti genetici nelle indagini preliminari

di *Chiara Gabrielli*

1. Premessa	379
2. La raccolta di reperti geneticamente rilevanti	381
3. Il prelievo coattivo di campioni biologici	385
3.1. L'ipotesi ordinaria	387
3.2. L'ipotesi d'urgenza	390
3.3. Cause di invalidità del prelievo	391
4. Modalità alternative di approvvigionamento	394
5. Le fasi di tipizzazione e di comparazione	398
6. Il prelievo a fini di identificazione	400
Bibliografia	403

Capitolo VII

L'incidente probatorio

di *Elvira Nadia La Rocca*

1. L'incidente probatorio tra dinamiche accusatorie ed esigenze di assunzione anticipata della prova	407
2. La progressiva metamorfosi dell'istituto	410
3. Il concetto di "atto non rinviabile"	414
4. I casi di incidente probatorio: inquadramento generale	417
4.1. L'audizione della persona inferma o impedita	419
4.2. La testimonianza "inquinata"	420
4.3. L'esame della persona sottoposta ad indagini e dell'imputato in procedimento connesso	421
4.4. Il confronto, la perizia e la ricognizione	423
4.5. Incidente probatorio nei procedimenti per delitti a sfondo sessuale	425
4.6. La perizia complessa	428
5. Figure affini	429
6. Caratteri procedurali. La domanda di parte e le decisioni del giudice	431
6.1. <i>Discovery</i> anticipata e fisionomia del diritto al confronto	433
6.2. Il differimento dell'incidente probatorio	436
6.3. L'udienza camerale e il rinvio alle "forme del dibattimento"	437

	<i>pag.</i>
6.4. La “rogabilità” dell’incidente probatorio	440
6.5. Particolari modalità di assunzione della prova e dichiaranti “vulnerabili”	441
7. Il regime di utilizzabilità soggettiva e l’efficacia della prova assunta	443
Bibliografia	448

Capitolo VIII

Il controllo sui tempi dell’indagine

di *Barbara Lavarini*

1. Premessa	451
2. Termini “base” e termini “massimi”	453
3. Il <i>dies a quo</i>	455
4. La sospensione	459
5. La proroga: profili generali e presupposti	460
5.1. Il procedimento	465
5.2. Le proroghe “speciali”	470
6. L’inosservanza dei termini d’indagine: profili generali	471
6.1. L’inutilizzabilità degli atti d’indagine tardivi	472
6.2. L’avocazione	476
7. I tempi dell’indagine nel procedimento “di pace”	478
8. Prospettive <i>de iure condendo</i>	479
Bibliografia	481

Capitolo IX

La chiusura delle indagini

di *Ercole Aprile*

1. Premessa	483
2. L’obbligatorietà dell’azione penale ed il controllo sulle scelte del pubblico ministero	485
3. I presupposti dell’archiviazione	488
4. (<i>Segue</i>) La c.d. archiviazione “in fatto”	492
5. I moduli procedimentali	495
6. (<i>Segue</i>) L’archiviazione per la particolare tenuità del fatto	505
7. I provvedimenti del giudice	509
8. L’avocazione del procuratore generale	521
9. La riapertura delle indagini	523
Bibliografia	527

pag.

Capitolo X
Le indagini per reati commessi da persone ignote

di *Francesco Caprioli*

1.	Premesse	533
2.	Il controllo giurisdizionale sui contenuti dell'indagine	538
3.	Il controllo giurisdizionale sui tempi dell'indagine	541
4.	L'archiviazione per essere ignoto l'autore del reato	546
5.	La riapertura delle indagini	551
	Bibliografia	555

Capitolo XI
Il segreto investigativo

di *Daniela Chinnici*

1.	Nozione di segreto	557
	1.1. Definizione di segretezza	558
2.	Segreto e sistema processuale	558
	2.1. Segreto investigativo e sistema a orientamento accusatorio	558
	2.2. Dalla necessità del "segreto istruttorio" nel c.p.p. 1930 alla specificità del "segreto investigativo" degli «atti di indagine» nel c.p.p. 1988	561
	2.3. <i>Ratio</i> del segreto investigativo "a raggio limitato"	564
3.	Segreto investigativo e sistema a orientamento accusatorio	564
4.	Il segreto sui documenti	568
5.	Divieto di pubblicazione di atti e immagini	568
	5.1. Premessa	568
	5.2. Ambito del divieto di pubblicazione	570
	5.3. Atti e contenuto	571
	5.4. <i>Ratio</i> del divieto di pubblicazione	572
6.	Desegretazione e segretazione	573
7.	Profili sanzionatori	575
	Bibliografia	577

Capitolo XII
Udienza preliminare

di *Fabio Cassibba e Serena Quattrocolo*

Introduzione

1.	L'udienza preliminare: «due volte nella polvere, due volte sull'altar»	580
----	--	-----

	<i>pag.</i>
2. La funzione di filtro: caduta, “fulgore” e ricaduta	581
3. Perfezionamento dell'imputazione e giurisprudenza creativa	584
4. Il colpo inferto dal legislatore: il giudizio immediato custodiale	585

Sezione I

Richiesta di rinvio a giudizio e fissazione dell'udienza

1. Il perdurante squilibrio tra il rilievo funzionale e la debolezza strutturale nella disciplina dell'udienza preliminare	588
2. Il deposito della richiesta di rinvio a giudizio	590
2.1. Le nullità della richiesta di rinvio a giudizio in rapporto alla disciplina <i>ex art. 415-bis</i>	591
2.2. Le regole per i procedimenti <i>ex art. 416 comma 2-bis</i>	593
3. Il contenuto della richiesta di rinvio a giudizio	594
4. L'imputazione	595
4.1. La “perfettibilità” dell'imputazione generica secondo le Sezioni Unite	598
4.2. Le imputazioni alternative	601
4.3. L'imputazione “ipertrofica”	603
5. La conoscenza degli atti	606
5.1. L'inutilizzabilità degli atti non depositati	607
5.2. La pretesa facoltà del pubblico ministero di selezionare gli atti	608
6. Verso l'instaurazione del contraddittorio camerale: la fissazione dell'udienza e gli avvisi	610

Sezione II

Costituzione e partecipazione delle parti

1. Evoluzioni normative dell'udienza preliminare e funzione della verifica sulla costituzione delle parti	616
2. La costituzione delle parti private eventuali: la parte civile	619
2.1. La costituzione del responsabile civile	623
2.2. ... e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria	625
3. La costituzione dell'imputato: il dilemma tra conoscenza effettiva e legale	626
4. (<i>Segue</i>) Vizi del processo cognitivo della <i>vocatio in ius</i> dell'imputato	628
4.1. Difetto o nullità della notificazione	629
5. (<i>Segue</i>) L'assoluta impossibilità a comparire	632
5.1. Caso fortuito e forza maggiore	633
5.2. L'impedimento a comparire dell'imputato ...	634
5.3. ... e delle alte cariche dello Stato	638
6. Altri difetti di costituzione della “difesa”: l'impedimento a comparire del difensore	642

	<i>pag.</i>
6.1. Impedimento e nomina del sostituto processuale	643
7. La scelta non partecipativa dell'imputato	647
7.1. Verifica di ipotesi di assenza "qualificata"	648
7.2. Accertamento dell'assenza "non qualificata"	649
8. (<i>Segue</i>) Sospensione per "irreperibilità"	653
8.1. Il "sub-procedimento" di sospensione dell'udienza preliminare per irreperibilità dell'imputato	656
9. Comparizione dell'imputato nel corso dell'udienza preliminare	661

Sezione III Svolgimento ed epiloghi decisori

1. Le indagini suppletive	664
1.1. La legittimazione e gli atti	666
2. Il contraddittorio camerale: l'ammissione di atti e documenti	668
3. (<i>Segue</i>) Lo svolgimento della discussione e il contributo narrativo dell'imputato	669
4. L'attività probatoria <i>ex artt. 421-bis e 422</i> : profili generali	671
5. Il supplemento investigativo <i>ex art. 421-bis</i>	675
5.1. I destinatari e l'oggetto dell'ordinanza <i>ex art. 421-bis</i>	676
5.2. L'avocazione <i>ex art. 421-bis</i> comma 2	680
6. L'acquisizione delle prove decisive per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere <i>ex art. 422</i>	683
7. L'innesto dell'incidente probatorio nell'udienza preliminare	685
8. La modifica dell'imputazione: la sfera dell'art. 423	687
9. (<i>Segue</i>) Le insufficienti garanzie difensive	689
10. La riqualificazione giuridica del fatto	693
11. La deliberazione e la conoscenza dei provvedimenti	696
12. La sentenza di non luogo a procedere: le regole di giudizio	699
13. (<i>Segue</i>) Non imputabilità e misure di sicurezza	702
14. (<i>Segue</i>) La "sommatoria" motivazione	704
15. (<i>Segue</i>) I contenuti eventuali della sentenza di non luogo a procedere	705
16. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere	709
17. Il decreto che dispone il giudizio: i requisiti della <i>vocatio in iudicium</i>	712
18. (<i>Segue</i>) L'enunciazione in forma chiara e precisa dell'accusa	715
19. (<i>Segue</i>) L'"irrituale" motivazione del decreto che dispone il giudizio	717
Bibliografia	721

Capitolo XIII**La revoca della sentenza di non luogo a procedere**di *Fabio Cassibba*

1. La revoca della sentenza di non luogo a procedere: un istituto ancora attuale?	731
2. L'effetto preclusivo della sentenza di non luogo a procedere	736
2.1. I limiti soggettivi e oggettivi	736
2.2. Formule di proscioglimento ed efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere	737
2.3. Gli atti preclusi: a) il nuovo esercizio dell'azione penale	739
2.4. (<i>Segue</i>) b) l'attività d'indagine	742
2.5. (<i>Segue</i>) c) l'applicazione di misure cautelari	744
3. I presupposti per la revoca	747
3.1. L'inoppugnabilità della sentenza di non luogo a procedere	747
3.2. La sopravvenienza delle nuove prove	748
4. La domanda di revoca	751
4.1. Legittimazione	751
4.2. Forma e contenuto	753
4.3. L'individuazione del giudice	754
5. La delibazione preliminare di ammissibilità	755
6. Il contraddittorio camerale: profili generali	756
7. L'accoglimento della domanda: l'effetto ablativo della revoca	758
8. La nuova udienza preliminare	761
9. La riapertura delle indagini e gli epiloghi	763
10. Il ricorso per cassazione	766
Bibliografia	769

Capitolo XIV**Gli adempimenti successivi al decreto che dispone il giudizio**di *Andrea Scella*

1. La costituzione del fascicolo dibattimentale	771
2. L'inserimento di atti su accordo delle parti	777
3. La modalità <i>coram partibus</i> di formazione del fascicolo	779
4. La trasmissione degli atti e la messa a disposizione dell'ordinanza cautelare al giudice del dibattimento	780
5. Il residuale fascicolo del pubblico ministero	782
Bibliografia	783

pag.

Capitolo XV
L'attività integrativa d'indagine

di *Fabio Cassibba*

1. L'attività integrativa d'indagine tra completezza e continuità investigativa	785
2. La centralità del dibattimento e il divieto di compiere atti garantiti <i>ex art. 430 comma 1</i>	789
3. Il metodo dialettico e il divieto di assumere informazioni <i>ex art. 430-bis</i>	793
4. La separazione funzionale delle fasi: il c.d. terzo fascicolo e il suo regime di conoscenza	795
5. (<i>Segue</i>) Le richieste al giudice del dibattimento e il transito degli atti nel fascicolo del pubblico ministero	799
Bibliografia	805

Capitolo II Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare

di *Giulia Mantovani*

Sommario

1. Le misure precautelari nel quadro dei principi costituzionali. – 2. Le modalità d'individuazione delle fattispecie che consentono l'esercizio del potere precautelare. – 3. L'arresto in flagranza. – 4. Il potere di arresto: titolarità ... – 5. ... contenuto e natura ... – 6. ... tipologia. – 6.1. L'arresto obbligatorio in flagranza. – 6.1.1. Ambito di operatività: una selezione *quoad poenam* ... – 6.1.2. ... ed ulteriori ipotesi di arresto obbligatorio. – 6.2. L'arresto discrezionale in flagranza. – 6.2.1. Ambito di operatività: una selezione *quoad poenam* ... – 6.2.2. ... ed ulteriori ipotesi di arresto discrezionale. – 6.3. L'arresto facoltativo in flagranza. – 7. Potere di arresto e delitti perseguibili a querela. – 8. L'arresto in flagranza "differita". – 9. L'arresto fuori flagranza (cenni). – 10. Il fermo di indiziato di delitto. – 11. I presupposti del fermo: gravi indizi di delitto ... – 11.1. ... e pericolo di fuga. – 12. Il fermo successivo all'estinzione della custodia cautelare per motivi formali o per omesso interrogatorio di garanzia. – 13. Il potere di fermo: titolarità e modalità di esercizio. – 13.1. Il fermo d'iniziativa della polizia giudiziaria. – 14. L'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare. – 15. Cause ostative all'esercizio del potere precautelare. – 16. Il procedimento successivo all'esecuzione di un arresto o di un fermo: finalità e soggetti. – 17. I doveri di informazione della polizia giudiziaria: nei confronti dell'arrestato o fermato e dei suoi familiari ... – 17.1. ... nei confronti del difensore ... – 17.2. ... e nei confronti dell'ufficiale di polizia giudiziaria e del pubblico ministero. – 18. I doveri di documentazione della polizia giudiziaria. – 19. I doveri di consegna della polizia giudiziaria. – 20. Doveri e poteri del pubblico ministero incidenti sulla difesa tecnica dell'arrestato o del fermato: designazione del difensore d'ufficio e nomina dell'interprete. – 20.1. Il differimento del colloquio con il difensore. – 21. Prerogative del pubblico ministero in tema di collocazione dell'arrestato o del fermato. – 22. L'interrogatorio del pubblico ministero. – 23. Il potere-dovere di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato: presupposti. – 23.1. Titolarietà. – 23.2. Conseguenze in tema di accesso alla riparazione per ingiusta detenzione. – 23.3. Rapporti con la richiesta di convalida. – 24. Le richieste del pubblico ministero: la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo ... – 25. ... e le richieste cautelari. – 25.1. L'ampliamento dell'area della coercizione cautelare. – 26. La *discovery* degli atti che supportano le richieste del pubblico ministero. – 27. Il destinatario delle richieste del pubblico ministero. – 28. Funzione, oggetto e natura del giudizio sulla convalida. – 29. La fissazione dell'udienza di convalida. – 30. Lo svolgimento dell'udienza di convalida. – 30.1. La presenza facoltativa del pubblico ministero. – 30.2. La partecipazione necessaria del difensore. – 30.3. Il ruolo dell'arrestato o del fermato. – 30.4. L'interrogatorio. – 30.4.1. L'interrogatorio del fermato e la reiterazione della misura cautelare a norma dell'art. 302. – 31. La decisione sulla convalida della misura precautelare. – 32. Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida. – 33. I rapporti con la decisione in materia cautelare. – *Bibliografia.*

1. Le misure precautelari nel quadro dei principi costituzionali.

L'art. 13 comma 2 Cost. riserva il potere di restrizione della libertà personale all'«**autorità giudiziaria**». Il comma successivo ammette interventi “sostitutivi” da parte dell'«**autorità di pubblica sicurezza**», purché caratterizzati dalla provvisorietà: essi «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». Tali «provvedimenti provvisori» – si è osservato – possono «consistere in interventi non solo privativi, ma anche soltanto restrittivi della libertà personale», non ostando l'art. 13 comma 3 Cost. alla previsione legislativa di «un catalogo di misure [...] analoghe a quelle attribuite all'autorità giudiziaria»¹. È pacifico che all'«autorità di pubblica sicurezza» sono riconducibili «tutti gli organi della polizia giudiziaria nell'esercizio delle loro tipiche funzioni *post delictum*»². Ma l'attuale codice di rito confina anche il potere di restrizione della libertà personale del pubblico ministero nell'alveo dell'eccezione alla regola, ricollegandovi effetti soltanto provvisori e subordinandolo alla convalida da parte del giudice³. Senza dubbio «coerente con l'impostazione globalmente “accusatoria” della ricodificazione»⁴, l'introduzione di una vera e propria riserva di giurisdizione soddisfa – quantomeno – «una significativa propensione del sistema costituzionale per l'affidamento di quel potere al giudice»⁵.

Alla luce dell'art. 13 comma 3 Cost., il legislatore ordinario è vincolato a circoscrivere l'esercizio “sostitutivo” del potere di restrizione della libertà personale nell'ambito di «casi eccezionali di necessità ed urgenza», che deve indicare «tassativamente». Sotto il profilo dell'**eccezionalità** dell'iniziativa dell'«autorità di pubblica sicurezza», da parte della Corte costituzionale si è affermato che essa «*in re ipsa*, vale a dire nel fatto in sé – previsto dal testo costituzionale – che gli organi di polizia debbono provvedere in sostituzione dell'autorità giudiziaria»⁶. In verità, il requisito dell'eccezionalità parrebbe comunque portatore di un'esigenza selettiva, ossia della richiesta – al legislatore ordinario – di circoscrivere tassativamente l'area di criminalità in rapporto alla quale si può ritenere ragionevole che si rinunci a subordinare la restrizione della libertà personale ad un previo atto motivato dell'«autorità giudiziaria»⁷. Sacrificio che, in ogni caso, ai sensi del-

¹ L. Filippi, *Ma l'arresto*, 3549.

² V. Grevi, *Libertà*, 78.

³ V. M. Chiavario, *Libertà*, 5.

⁴ M. Chiavario, *Diritto processuale*, 719.

⁵ V. Grevi, *Libertà*, 74.

⁶ C. cost., 14.7.1971, n. 173; v., altresì, C. cost., 20.4.1977, n. 64.

⁷ V. C. cost., 15.11.1989, n. 503, su cui si sofferma F. Caprioli, *Presupposti*, 411, nota 11. Sull'«eccezionalità – nell'ottica del legislatore delegante – dell'istituto dell'arresto obbligatorio in flagranza», v. C. cost., 16.2.1993, n. 54.

l'art. 13 comma 3 Cost., è ammissibile soltanto se il provvedimento restrittivo risulta **necessario ed urgente**, tanto da non permettere di attendere l'intervento di quest'ultima. In dottrina si è autorevolmente rimarcato come «necessità ed urgenza» siano «concetti di relazione»⁸, che qualificano il rapporto tra mezzo e fine. Nel contesto dell'art. 13 comma 3 Cost., il mezzo s'identifica nei provvedimenti restrittivi della libertà personale provvisoriamente adottati dall'«autorità di pubblica sicurezza». L'individuazione del fine deve obbligatoriamente collocarsi entro la cornice della Carta fondamentale⁹. Per lungo tempo, tuttavia, la Corte costituzionale non ha preteso che il legislatore ordinario orientasse finalisticamente in modo determinato le fattispecie legittimanti l'esercizio di un potere «sostitutivo» in materia di restrizione della libertà personale¹⁰. Un deciso cambiamento – com'è noto – si è registrato con la **sentenza n. 223 del 2004**¹¹, ove si è affermato a chiare lettere che, «a norma dell'art. 13, terzo comma, Cost., all'autorità di polizia è consentito adottare provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale solo quando abbiano **natura servente** rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione, tra cui in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria». Se ne ricava l'indicazione, per il legislatore ordinario, di evitare la previsione di misure provvisoriamente restrittive della libertà personale al di fuori dell'area della coercizione cautelare¹² (ma dovrebbe comunque ritenersi ammesso «che vi siano situazioni nelle quali la “precautela” – riconosciuta legittima in funzione dell'interruzione di un'attività criminosa anche non particolarmente grave – sfugge poi ad ogni possibilità di “conversione” in misure cautelari vere e proprie, o, quantomeno, in misure più stabilmente limitative della libertà personale»¹³). Se, poi, sia opportuna la previsione legislativa di ipotesi di arresto al di fuori dell'ordinario ambito della coercizione cautelare, che tuttavia si amplia proprio in virtù dell'arresto legittimamente eseguito (dove la possibilità di uno sbocco per la precautela), è questione che meriterebbe una riflessione¹⁴.

Per potersi giustificare nella suddetta chiave “servente”, i «provvedimenti provvisori» dell'«autorità di pubblica sicurezza», in ogni caso, dovrebbero altresì afferrare a situazioni nelle quali le finalità dell'intervento restrittivo appaiano destinate ad essere frustrate dall'attesa dell'«atto motivato dall'autorità giudiziaria». Da

⁸ F. Caprioli, *Presupposti*, 412.

⁹ Cfr. Giul. Amato, *Art. 13 Cost.*, 10 s.; F. Caprioli, *Presupposti*, 412 s.; L. Filippi, *Ma l'arresto*, 3550; V. Grevi, *Libertà*, 89.

¹⁰ V., diffusamente, F. Caprioli, *Presupposti*, 414 ss.

¹¹ C. cost., 15.7.2004, n. 223, commentata, fra gli altri, da S. Allegrezza, *Incostituzionale*, 4697; E. Calcagno, *Permanenza illecita*, 299; E. Gallucci, *Illegittima la previsione*, 3997.

¹² *Infra*, 25.1.

¹³ V. M. Chiavario, *La riforma*, 152 s. Cfr., altresì, F. Viggiano, *Cautele*, 129.

¹⁴ Cfr. F. Caprioli, *Presupposti*, 421. *Infra*, 25.1.

quest'angolo visuale emergono significative perplessità in ordine al perdurante automatismo dell'arresto obbligatorio in flagranza¹⁵. Infatti, per quanto riguarda i reati che vi sono soggetti *quoad poenam*, il «fatto della sorpresa in flagranza [...], seppure collegat[o] al parametro della gravità del reato, non basta ad assicurare il rispetto dell'art. 13 comma 3 Cost.», in primo luogo proprio sotto il profilo dell'integrazione del presupposto della «necessità ed urgenza» della restrizione della libertà personale¹⁶. Né si può sostenere che ciascuna delle fattispecie ad oggi «qualitativamente» selezionate per essere sottoposte all'arresto obbligatorio in flagranza abbia struttura e connotazioni criminologiche tali da fondare ragionevolmente una presunzione assoluta di necessità di un immediato intervento restrittivo¹⁷. Trattando invece di fattispecie di arresto discrezionale, la Corte costituzionale ha sottolineato che resta «all'autorità di pubblica sicurezza di verificare la ricorrenza in concreto della necessità ed urgenza dell'intervento», a fronte della descrizione legislativa di situazioni tali «da prospettare come possibile la necessità del provvedimento»¹⁸. Il Giudice delle leggi ha poi evidenziato che, nell'attuale ordinamento processuale penale, le ipotesi di arresto discrezionale richiedono «pur sempre la sussistenza, nei singoli casi concreti, dei presupposti ai quali l'art. 381, quarto comma, subordina in via generale l'adozione di tale misura» («gravità del fatto ovvero [...] pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto»); ed ha ulteriormente precisato che, «trattandosi di misura precautelare provvisoria facoltativa, essa può essere adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile»¹⁹.

Nel prosieguo, un cenno verrà fatto anche all'arresto in flagranza “differita” ed ai casi di arresto fuori flagranza: il primo non pacificamente conciliabile, quantomeno, con il requisito dell'urgenza dell'intervento restrittivo²⁰; i secondi censurabili tutte le volte in cui il legislatore «nulla precisa [...] circa i criteri di esercizio

¹⁵ V. F. Caprioli, *Indagini*, 552.

¹⁶ V. Grevi, *Libertà*, 91.

¹⁷ È nota la copiosa giurisprudenza costituzionale che ha contrastato il proliferare di presunzioni assolute alla base di provvedimenti limitativi della libertà personale, ribadendo che esse «violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»: per tutte, C. cost., 21.7.2010, n. 265.

¹⁸ C. cost., 20.4.1977, n. 64; v. anche, con riferimento, in generale, alle «misure restrittive della libertà personale emanate da autorità di pubblica sicurezza», C. cost., 4.12.2002, n. 512.

¹⁹ C. cost., 24.7.1996, n. 305, che è stata richiamata da Cass., Sez. V, 16.12.2005, Ralmondas, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1105 (commentata da K. La Regina), per concludere che «il controllo di ragionevolezza del Giudice della convalida sull'uso del potere discrezionale» della polizia giudiziaria «altro non è [...] che il controllo sulla effettiva sussistenza delle condizioni che eccezionalmente legittimano l'esercizio di tale potere e non può non investire altresì la prognosi di una misura “stabile”, alla stregua dei criteri di cui all'art. 274».

²⁰ *Infra*, 8.

della relativa facoltà» o, comunque, descrive «situazioni nelle quali potrebbero anche non sussistere gli estremi della necessità e dell'urgenza»²¹.

2. Le modalità d'individuazione delle fattispecie che consentono l'esercizio del potere precautelare.

La selezione legislativa delle fattispecie che consentono l'esercizio del potere precautelare mira a circoscrivere a monte l'intervento restrittivo in assenza di un previo atto giurisdizionale in ragione della gravità dell'illecito misurata dalla pena stabilita dalla legge (criterio "quantitativo") e/o in virtù della tipologia del reato (criterio "qualitativo"). Il riferimento alla pena edittale esige l'individuazione dei fattori rilevanti ai fini del **computo**. Provvede l'art. 379 attraverso un **rinvio formale all'art. 278**²²: dunque, contano gli stessi elementi che valgono a definire la pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari personali²³. Nella determinazione della «pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato», ove la sanzione della **reclusione**²⁴ sia espressamente **prevista soltanto nel minimo edittale** e non anche nella misura massima, quest'ultima deve essere individuata in ventiquattro anni, secondo la regola generale dettata dall'art. 23 comma 1 c.p.²⁵. In giurisprudenza si è altresì escluso l'arresto in flagranza per delitti tentati per i quali, *ex art. 56 c.p.*, non risulti comminata una pena superiore nel massimo a tre anni di reclusione²⁶.

L'art. 278 nega rilevanza alla **continuazione**, alla **recidiva** ed alle **circostanze del reato**, eccettuate le «circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e [...] quelle ad effetto speciale», cui si aggiungono l'aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) e l'attenuante del danno patrimoniale o del lucro di speciale tenuità (art. 62 n. 4 c.p.): il computo delle circostanze specificamente selezionate è finalizzato – invero non del tutto coerentemente²⁷ – a garantire che vi sia proporzione tra il disvalore del fatto e la

²¹ V. Grevi, *Libertà*, 99. *Infra*, 9.

²² Cfr. F. Vergine, *Arresto*, 399.

²³ Sul ruolo dell'art. 278 nella materia cautelare v., diffusamente, F. Viggiano, *Cautele*, 83 ss.

²⁴ C. cost., 7.6.1996, n. 188, ha precisato che gli artt. 280, 287, 380, 381 e 384, nel riferirsi alla pena della reclusione, non escludono dal proprio ambito di operatività i casi di reati militari punibili con la reclusione militare.

²⁵ V., ai fini della determinazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, Cass., Sez. Un., 24.4.2002, Fiorenti, in *Cass. pen.*, 2002, 3358.

²⁶ Cass., Sez. V, 7.2.2000, Conte, in *Cass. pen.*, 2001, 1244.

²⁷ Sulla difficoltà di individuare un fondamento coerente della selezione effettuata dal legislatore nell'art. 278, cfr., in termini generali, A. De Caro, *Presupposti*, 94. Con specifico rife-

portata del sacrificio imposto al soggetto con l'applicazione di una misura cautelare personale o precautelare²⁸.

Non molto risalente è l'intervento con cui le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione si sono espressamente pronunciate sulla **recidiva reiterata**, escludendo che se ne possa tener conto ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari²⁹.

3. L'arresto in flagranza.

La prima misura precautelare disciplinata dal codice di rito è l'arresto in flagranza³⁰. Tradizionalmente si articola la nozione di flagranza, ora delineata dall'art. 382, nello stato di **flagranza** c.d. "**propria**" e nello stato di **flagranza** c.d. "**impropria**" (o "quasi-flagranza")³¹. Requisiti comuni sono la contestualità dell'intervento restrittivo rispetto alla percezione diretta, da parte di chi procede all'arresto, dell'"appartenenza materiale" del fatto di reato al soggetto o di circostanze tipizzate dal legislatore in quanto altamente indizianti in ordine alla sussistenza di tale nesso³², nonché la contiguità temporale di quell'intervento rispetto al fatto illecito³³.

rimento all'inserzione dell'aggravante di cui all'art. 61 numero 5 c.p. fra gli elementi rilevanti per la determinazione della pena ai fini cautelari, in senso critico v., fra gli altri, F. Alonzi, *Note*, 89 s.; P. Sechi, sub *art. 4*, 399.

²⁸ Cfr. E. Zappalà, V. Patané, *Le misure*, 334 s.

²⁹ Cass., Sez. Un., 24.2.2011, Naccarato, *CED*, 2011/249482.

³⁰ La misura precautelare dell'arresto in flagranza si caratterizza – sottolinea Cass., Sez. Un., 24.11.2015, Ventrice, in *www.cortedicassazione.it* – per l'inscindibilità della «attività di privazione della libertà personale» e della «deliberazione di chi esegue l'arresto (di esercitare la relativa potestà)»: la precautela «consiste (e si esaurisce) nella sua materiale esecuzione, perché è dalla legge prevista come essenzialmente attuosa».

³¹ Nel senso che «il sintagma "quasi flagranza" resta ormai privo di ogni valore giuridico-concettuale e assume nella accezione corrente la funzione di espressione puramente indicativa» del secondo e del terzo caso di flagranza descritti dal primo comma dell'art. 382, Cass., Sez. Un., 24.11.2015, Ventrice, cit.

³² V. D. Negri, *Fumus*, 95 s. Cfr. Cass., Sez. VI, 21.10.2008, Manuguerra, *CED*, 2008/241918.

³³ Cass., Sez. III, 17.6.2014, Pasceri, *CED*, 2014/260084, sostiene che, ai fini del riconoscimento della flagranza (o "quasi flagranza"), «il fatto percettivo dell'ufficiale di polizia giudiziaria [...] può essere arricchito, se necessario, da conoscenze anteriori [come quelle tratte da attività di intercettazione, pedinamento, osservazione e controllo], senza che in tal caso il fatto percettivo perda di sostanza e di contestualità». Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 12.6.2013, Deplano, *CED*, 2013/257215.

Nel caso della flagranza c.d. “propria”, è la **percezione** stessa **della condotta criminosa**³⁴, ove sia raggiunta almeno la soglia del tentativo³⁵, a legittimare l'arresto contestuale³⁶. Tuttavia, colui che coglie il soggetto nell'atto di commettere il reato, ma non lo blocca nello stesso momento, non perde per ciò soltanto il potere di procedere all'arresto. Infatti, secondo quanto emerge dal primo comma dell'art. 382, l'arresto resta consentito pure all'esito di un **inseguimento**, che – si ammette in giurisprudenza – potrebbe anche protrarsi a lungo dopo il fatto di reato³⁷. Non mancano prese di posizione a favore della legittimità dell'intervento restrittivo nei confronti di persona colta nell'atto di commettere il reato, ma poi rintracciata soltanto dopo essere riuscita a dileguarsi, mentre colui che l'aveva vista in azione continuava a cercarla senza soluzione di continuità: in tal caso, in verità, l'arresto riguarda un individuo posto in relazione con l'illecito in quanto riconosciuto come colui che in precedenza è stato sorpreso nell'atto di commetterlo³⁸. Diverso dal caso in cui è direttamente la polizia ad assistere alla commissione di un reato (eventualmente mettendosi subito all'inseguimento del fuggitivo) è quello degli ufficiali o agenti che sopraggiungono allertati dalla vittima o da terzi. Le

³⁴ Cass., Sez. II, 6.7.2007, Di Benedetto, *CED*, 2007/237802, precisa che la percezione dell'illecito rilevante ex art. 382, «oltre che di tipo visivo [...], può essere anche di tipo uditivo [...], laddove il fatto reato sia commesso per mezzo del telefono o di altro sistema di comunicazione fonica».

³⁵ Fra le altre, Cass., Sez. II, 10.11.2010, Califano, *CED*, 2010/249169. In dottrina, cfr. L. Filippi, *L'arresto*, 280.

³⁶ V. Cass., Sez. IV, 28.6.1996, Rasem, *CED*, 1996/205333. Per una lettura che aggira il requisito della percezione sensoriale della condotta criminosa in atto, appellandosi alla «certezza interiore» della commissione dell'illecito, cfr. Cass., Sez. VI, 8.2.1993, Martino, *CED*, 1993/194519: in senso critico, K. La Regina, *L'udienza*, 138 s. Puntualizza che «l'arresto deve essere considerato come avvenuto nella flagranza di reato qualora l'indagato venga colto nella commissione del reato e trattenuto dalla polizia giudiziaria, non rilevando a tal fine la formalizzazione del verbale dopo alcune ore», Cass., Sez. I, 10.5.2005, Cicconi, in *Cass. pen.*, 2006, 3714.

³⁷ Ammettono che l'inseguimento rilevante ex art. 382 possa protrarsi anche per un tempo notevolmente lungo Cass., Sez. II, 15.5.1998, Barone, *CED*, 1999/212711; Cass., Sez. IV, 12.4.1995, Bianchi, *CED*, 1995/202108; Cass., Sez. VI, 28.11.1990, Innocenti, *CED*, 1991/186332. V., ora, Cass., Sez. Un., 24.11.2015, Ventrice, cit., secondo cui «la ratio della previsione normativa dell'inseguimento risiede [...] nella estensione della possibilità della esecuzione dell'arresto dell'autore del reato, in luogo diverso da quello di commissione del delitto e dopo apprezzabile intervallo di tempo dalla relativa consumazione, nella ipotesi che il reo, pur essendo stato scorto nell'atto della perpetrazione, sia riuscito a darsi alla fuga».

³⁸ V. Cass., Sez. II, 15.5.1998, Barone, cit. Nel senso che l'inseguimento rilevante ex art. 382 è «da intendersi anche come attivazione di iniziative per il rintraccio, coi mezzi organizzativi e di comunicazione di cui è dotata la forza dell'ordine», di colui che la polizia ha colto nell'atto di commettere il reato, cfr. Cass., Sez. V, 31.3.2010, Festa, *CED*, 2010/247248. Però, cfr. altresì Cass., Sez. VI, 3.4.2012, Rotolo, *CED*, 2012/252872, che, ai fini dell'integrazione del presupposto della flagranza “impropria”, esige che la persona sia riconducibile «all'illecito sulla base della continuità del controllo, anche indiretto, eseguito da coloro i quali si pongano al suo inseguimento»; inoltre, v. Cass., Sez. VI, 14.1.2004, Morabito, *CED*, 2004/228466.

Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁹ hanno condivisibilmente escluso che il concetto di inseguimento rilevante *ex art.* 382 possa estendersi fino a comprendere ogni attività di ricerca intrapresa subito dopo il reato e proseguita senza soluzione di continuità fino all'arresto⁴⁰, inclusa quella avviata semplicemente sulla scorta delle informazioni raccolte dalla polizia nell'immediatezza del fatto⁴¹. In tal caso l'arresto riguarderebbe, invero, un individuo posto in relazione con l'illecito sulla base (della valutazione) delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi: risulterebbe così smarrita quella specificità di presupposti alla quale soprattutto è affidato il compito di contenere le iniziative della polizia privative della libertà personale in assenza di un previo atto giurisdizionale. Alla luce di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nemmeno la diretta percezione di una fuga⁴² già incominciata autorizza all'arresto chi non abbia personalmente colto, «in tutto o in parte», il «comportamento criminale [...] nella attualità della sua concreta esplicazione»: infatti, «la mera fuga (già incoata) di taluno dal *locus commissi delicti* non permette (in difetto della denuncia degli astanti) di inferire la reità del fuggitivo [...]; e l'inseguimento, qualora sia intrapreso non immediatamente, bensì sulla scorta delle dichiarazioni acquisite dai testimoni, non corrisponde alla previsione dell'art. 382, comma 1, cod. proc. pen., in quanto la disposizione esige che l'indagato sia inseguito “subito dopo il rea-

³⁹ Cass., Sez. Un., 24.11.2015, Ventrice, cit. In ossequio al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, v. Cass., Sez. IV, 24.2.2016, Mhedby, in *D&G*, 1.4.2016, Cass., Sez. VI, 23.2.2016, Bassano, in *www.cortedicassazione.it*, Cass., Sez. V, 20.1.2016, Albano, *CED*, 2016/266166.

⁴⁰ Cfr., in ordine ad un'ipotesi di arresto discrezionale, Cass., Sez. IV, 28.4.2011, C.F., in *Ind. pen.*, 2012, 541, con commento critico di G. Bellantoni.

⁴¹ In senso contrario alla posizione ora assunta dalle Sezioni Unite, v. Cass., Sez. VI, 12.4.2016, Baicu, *CED*, 2016/267127, Cass., Sez. V, 15.12.2015, in *D&G*, 25.2.2016, Cass., Sez. II, 3.7.2015, Isaia, in *D&G*, 5.11.2015, Cass., Sez. III, 6.5.2015, B.C.A., *CED*, 2015/263663, Cass., Sez. IV, 5.5.2015, Bellinati, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 40, 71, Cass., Sez. II, 10.11.2010, Califano, cit., Cass., Sez. IV, 20.6.2006, Sali, *CED*, 2006/234816, Cass., Sez. V, 7.6.1999, Giannatiempo, *CED*, 1999/214469, Cass., Sez. IV, 12.4.1995, Bianchi, cit. L'indirizzo maggioritario già escludeva, invece, la legittimità dell'arresto di persona individuata al termine di ricerche iniziate subito dopo il fatto sulla base delle indicazioni raccolte dalla polizia sopraggiunta quando la condotta criminosa non è più in corso. Tale orientamento riconosce, dunque, che le dichiarazioni della vittima o di altri non costituiscono un elemento idoneo a mantenere un determinato individuo in collegamento “materiale” con un illecito non più in atto. Di recente, cfr. Cass., Sez. III, 24.6.2015, Amistà, *CED*, 2015/264734, Cass., Sez. VI, 14.10.2014, P., *CED*, 2014/260718, Cass., Sez. I, 3.10.2014, Quaresima, *CED*, 2014/260527, Cass., Sez. VI, 3.4.2014, E.B., *CED*, 2014/259770, Cass., Sez. IV, 7.2.2013, Ceconi, *CED*, 2013/254966, Cass., Sez. VI, 3.4.2012, Rotolo, cit., Cass., Sez. III, 13.7.2011, Z., *CED*, 2011/250861, Cass., Sez. VI, 20.4.2010, R., *CED*, 2010/247379. Per un'ampia ricostruzione del quadro giurisprudenziale prima dell'intervento delle Sezioni Unite, v. G. Bellantoni, *Problematiche*, 548 ss.; recentemente, A. Marandola, *La perdurante (e gravosa) incertezza*.

⁴² Sul tema cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 145.

to”». Dunque, con riguardo ai casi in cui la polizia intervenga senza più cogliere direttamente il comportamento criminoso, l'arresto è ancora possibile, ma soltanto subordinatamente alla **“sorpresa” del soggetto «con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima»** (seconda ipotesi di flagranza c.d. “impropria” ex art. 382 comma 1)⁴³. Un atteggiamento rigoroso nella definizione della natura e dell'oggetto della percezione legittimante l'arresto è necessario. Innanzitutto, l'arresto può sì aver luogo nonostante la mancata percezione del fatto criminoso, ma la presenza delle cose o tracce che lo giustifica deve essere colta direttamente dalla polizia⁴⁴. Inoltre, essa deve consentire agli operanti di porre l'arrestato in collegamento con la perpetrazione dell'illecito senza la mediazione di elementi di conoscenza ulteriori, neppure di natura confessoria⁴⁵. In ossequio alla predetta esigenza di rigore, poi, l'arresto dovrebbe ritenersi legittimo soltanto ove la presenza degli oggetti o dei segni rilevati non trovi «ragionevoli spiegazioni alternative» alla commissione del reato da parte dell'arrestato⁴⁶. Affinché l'intervento restrittivo sia legittimo, deve altresì esserci contiguità cronologica con il fatto criminoso. Le cose o tracce, infatti, debbono essere colte **immediatamente** dopo la perpetrazione dell'illecito⁴⁷, non necessariamente in seguito ad attività investigativa, ma anche in modo casuale⁴⁸. Al fine

⁴³ V. Cass., Sez. V, 3.7.2014, Ruggirello, *CED*, 2014/262097: «Il requisito della sorpresa del reo con cose o tracce del reato non richiede la diretta percezione dei fatti da parte della polizia giudiziaria, né che la “sorpresa” non avvenga in maniera casuale, ma solo l'esistenza di una stretta contiguità fra la commissione del fatto e la successiva sorpresa del presunto autore di esso con le “cose” o le “tracce” del reato e dunque il susseguirsi, senza soluzione di continuità, della condotta del reo e dell'intervento degli operanti a seguito della percezione delle cose o delle tracce».

⁴⁴ V. Cass., Sez. IV, 16.9.2008, Olivieri, *CED*, 2008/241756, Cass., Sez. I, 11.12.1996, Palmarini, *CED*, 1997/207085.

⁴⁵ V., in particolare, Cass., Sez. I, 11.12.1996, Palmarini, cit. Cfr., inoltre, Cass., Sez. V, 17.2.2004, Piromallo, *CED*, 2004/227534, Cass., Sez. V, 21.6.1999, Carrozzino B., *CED*, 1999/214473. Le informazioni provenienti dalla persona offesa o da terzi potranno mettere gli operanti sulle tracce di una certa persona, ma non costituire l'elemento che collega questa al fatto criminoso, il nesso dovendo emergere dai dati materialmente percepiti dalla polizia: esclude che gli abiti, per il solo fatto di corrispondere alla descrizione degli indumenti dell'aggressore fatta dalla vittima, costituiscano cose o tracce legittimanti l'arresto di chi li indossa immediatamente dopo il reato Cass., Sez. III, 13.7.2011, Z., cit.; diversamente, è stato ritenuto giustificato l'intervento restrittivo nei confronti di persona sorpresa con indumenti sporchi di fango e di sangue, in quanto tracce idonee a far apparire il soggetto quale autore dell'omicidio appena consumato (Cass., Sez. I, 17.11.1995, Ventra, *CED*, 1995/203166). Per il riconoscimento della legittimità dell'arresto di persona sorpresa con la cosa di cui è stata denunciata l'illecita sottrazione v. Cass., Sez. IV, 10.11.2009, Leone, *CED*, 2010/246496, Cass., Sez. IV, 16.9.2008, Olivieri, cit.

⁴⁶ Cfr. F. Caprioli, *Indagini*, 550.

⁴⁷ V. Cass., Sez. IV, 12.4.1995, Bianchi, cit.

⁴⁸ V. Cass., Sez. IV, 10.11.2009, Leone, cit.; Cass., Sez. IV, 16.9.2008, Olivieri, cit.; Cass., Sez. I, 11.12.1996, Palmarini, cit.

di individuare il limite oltre il quale l'arresto è precluso, nonostante la presenza di cose o tracce manifestamente indizianti, il legislatore ha evitato di quantificare rigidamente il tempo massimo che può trascorrere dal momento di commissione del fatto⁴⁹: evidentemente, le interpretazioni più restrittive del parametro dell'"immediatezza"⁵⁰ finiscono per rendere del tutto marginale il potere d'arresto della polizia sopraggiunta una volta allertata dalla vittima o da terzi.

4. Il potere di arresto: titolarità ...

Nell'attuale assetto normativo, la titolarità del potere di arresto spetta sia agli **ufficiali** che agli **agenti di polizia giudiziaria**⁵¹. Con l'art. 214 disp. att. sono state abrogate le disposizioni di leggi o decreti che prevedevano «l'arresto o la cattura da parte di organi giudiziari che non esercitano funzioni penali»⁵². Al **pubblico ministero** è stato espressamente riconosciuto il potere-dovere di disporre l'arresto quando un reato per il quale esso è previsto è commesso in udienza, purché non si tratti di illecito concernente il contenuto della deposizione testimoniale: in tal caso, infatti, l'arresto in udienza è comunque precluso, a prescindere dalla pena editale, per evitare che il testimone sia inopportunamente intimidito dall'incombere di un potere restrittivo esercitabile nei suoi confronti (art. 476). Nonostante il silenzio serbato sul punto dalla legge-delega, l'attuale codice ha mantenuto la legittimazione all'arresto in flagranza in capo ai **privati**, non di rado i soli ad essere presenti sul luogo del delitto. L'ambito entro cui può esplicarsi il potere restrittivo di questi ultimi è quello dei delitti perseguibili d'ufficio per i quali la flagranza rende obbligatorio l'arresto da parte della polizia giudiziaria (art. 383). Tale delimitazione tende a circoscrivere gli interventi restrittivi del privato entro l'area dei reati di significativa gravità, segnando un confine che tuttavia, per il singolo, può essere non agevole individuare con certezza.

Sotto il profilo della legittimazione all'arresto, le questioni di maggior rilievo sono quelle concernenti **i limiti della sfera d'intervento concessa al pubblico**

⁴⁹ Fra le altre, Cass., Sez. II, 28.9.1998, Apice, *CED*, 1998/211654; Cass., Sez. I, 17.11.1995, Ventra, cit. Esclude che la locuzione «immediatamente prima» contenuta nell'art. 382 legittimi l'arresto quando fra la condotta criminosa e la percezione di cose o tracce altamente indizianti appaiono intercorse alcune ore Cass., Sez. IV, 17.11.1999, Matrisciano D., *CED*, 2000/215441; invece, nel senso della legittimità di un arresto effettuato poche ore dopo i fatti, quando i carabinieri avevano sorpreso il soggetto con cose e tracce altamente indizianti, cfr. Cass., Sez. I, 24.11.2011, Vinetti, *CED*, 2012/252915.

⁵⁰ V. L. Filippi, *L'arresto*, 283; K. La Regina, *L'udienza*, 150.

⁵¹ Per un caso di annullamento dell'ordinanza di convalida di un arresto posto in essere da un soggetto privo della qualifica di agente o ufficiale di polizia giudiziaria, v. Cass., Sez. II, 10.6.2015, Mancini, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 42, 79.

⁵² V. F. Casa, *Flagranza*, 520; M. Nunziata, *Abrogato*, 7 s.

ministero e la compatibilità del potere riconosciuto ai privati con il quadro costituzionale di riferimento. Per quanto riguarda il primo aspetto, genera diffuse perplessità un potere di disporre l'arresto circoscritto ai casi dei reati commessi in udienza. Tale limite, infatti, sarebbe in contrasto con la posizione di sovraordinazione funzionale rispetto alla polizia giudiziaria riconosciuta al **pubblico ministero** nel nostro ordinamento. Renderebbe evidente l'incoerenza soprattutto l'impossibilità, per il magistrato, di rimediare ad un'eventuale inerzia della polizia nei casi di arresto obbligatorio⁵³. Tali perplessità sono da alcuni ritenute superabili in virtù della necessaria interpretazione sistematica degli artt. 380 ss., che dovrebbero essere letti in connessione con gli artt. 55 comma 2 e 56 comma 1: converrebbe, infatti, evitare la stravaganza, «non impost[a] da formule positive insuperabili», di un pubblico ministero dotato di «poteri minori rispetto ai subordinati»⁵⁴. Stempera comunque la questione il dato dell'assoluta prevalenza delle occasioni che si offrono alla polizia, piuttosto che al pubblico ministero, per cogliere la flagranza: dato, questo, verosimilmente non ignorato dal legislatore delegante, che omise di menzionare il pubblico ministero fra i titolari del potere di arresto in flagranza, poi seguito dal legislatore delegato⁵⁵. A ciò si aggiunga che, seppure in ordine ad una fascia di reati più limitata rispetto a quella per cui è contemplato l'arresto, il pubblico ministero che, nella sua veste istituzionale, si trovasse a cogliere una persona nello stato descritto dall'art. 382 potrebbe fronteggiare un fondato pericolo di fuga del soggetto disponendone il fermo a norma dell'art. 384⁵⁶. Tuttavia, la questione dei limiti della sfera d'intervento concessa al pubblico ministero è pur sempre aperta. Essa sembrerebbe prestarsi ad assumere rilievo pratico soprattutto in ordine ai casi di flagranza "permanente" (art. 382 comma 2)⁵⁷ oppure "differita".

Quanto alla titolarità del potere di arresto riconosciuta al **privato**, già sotto la vigenza del codice Rocco la **Corte costituzionale** valutò la sua compatibilità con l'art. 13 comma 3 Cost.⁵⁸. Il contrasto denunciato dal giudice rimettente fu escluso. Vigente il nuovo codice di rito, l'art. 383 è uscito indenne da un giudizio di costituzionalità concernente presunte carenze, in ipotesi lesive dell'ultima subdirettiva dell'art. 2 n. 32 della legge-delega, nella disciplina della titolarità degli adempimenti successivi alla consegna della persona arrestata da un privato⁵⁹.

⁵³ V., fra gli altri, D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 7; M. Chiavario, *La riforma*, 147; L. Scomparin, *Arresto*, 246 s.

⁵⁴ Così F. Cordero, *Procedura*, 492 s. Dello stesso avviso F. Caprioli, *Indagini*, 549; K. La Regina, *L'udienza*, 136 s., con particolare riferimento ai «casi di flagranza "provocata"».

⁵⁵ Cfr. M. Chiavario, *La riforma*, 146 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 136; L. Scomparin, *Arresto*, 246.

⁵⁶ V. M. Chiavario, *La riforma*, 147.

⁵⁷ Cfr. A. Masiello, *Dubbi*, 647 s.

⁵⁸ C. cost., 10.6.1970, n. 89, con nota critica di E. D'Angelo, *Sull'illegittimità*, in *Giur. cost.*, 1970, 1120 ss.

⁵⁹ V. C. cost., 20.11.1998, n. 374 (ord.).

5. ... contenuto e natura ...

L'esercizio del potere di arresto si traduce in un intervento implicante una **coartazione fisica della persona**, posta nella custodia altrui e privata della libertà di sottrarsi⁶⁰. Quand'anche il contatto materiale tra il soggetto e la polizia giudiziaria nasca da un comportamento volontario del primo, nel momento in cui egli non gode più della libertà di interromperlo deve considerarsi in stato di arresto⁶¹. Qualora la polizia intervenga allertata da un privato, se il secondo si è limitato ad invitare la persona ad attendere l'arrivo della prima, l'arresto dovrà ritenersi operato dall'ufficiale o agente che – sopraggiunto – trattenga il soggetto, mentre la condotta del privato sarà qualificabile come «semplice comportamento di denuncia consentito a ciascun cittadino in qualsiasi situazione di violazione di legge penale» e non nelle sole ipotesi di cui all'art. 383⁶². Diversamente, la condotta del privato integrerà gli estremi dell'arresto, e ne dovrà quindi rispettare i limiti di applicabilità, quando sia in essa ravvisabile una «forma di coazione», come nelle ipotesi di «accompagnamento coattivo del soggetto presso un ufficio di polizia» o di «apprensione mediante esercizio della coazione previa dichiarazione dell'intento di eseguire l'arresto»⁶³. Il potere d'arresto **non** implica di per sé quello di far **uso delle armi**. La sussistenza dei presupposti legittimanti l'arresto non consente, infatti, di utilizzare le armi al di là dei casi previsti dall'art. 53 c.p.⁶⁴.

6. ... tipologia.

Gli artt. 379 ss. contemplano tre forme di esercizio del potere d'**arresto**: esso può essere **obbligatorio** (art. 380), **discrezionale** (art. 381) oppure **facoltativo** (art. 383)⁶⁵. Nei primi due casi la titolarità è della **polizia giudiziaria**. Cambia semplicemente la modalità di valutazione dell'interesse pubblico all'intervento restrittivo, la cui sussistenza rende comunque doverosa l'applicazione della precautelata. Quanto all'arresto obbligatorio, la valutazione *de qua* è operata in astratto dal legislatore; la discrezionalità dell'arresto, invece, implica che alla polizia giudiziaria sia lasciato un margine di apprezzamento in concreto circa la gravità del fatto e la pericolosità del soggetto, quali parametri per valutare la sussistenza di quell'interesse nel caso di specie. È «autenticamente facoltativo» l'arresto ad ope-

⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. VI, 20.11.2003, Buono, *CED*, 2004/229015.

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. I, 17.11.1995, Ventra, cit. In dottrina, v. L. Filippi, *L'arresto*, 312.

⁶² Cass., Sez. V, 17.2.2005, Dobrin, *CED*, 2005/231223. V. F. Vergine, *Arresto*, 425 s.

⁶³ Cass., Sez. IV, 15.12.1999, Maaroufi, *CED*, 2000/215450.

⁶⁴ V. Cass., Sez. V, 22.4.1999, Traverso L.F., *CED*, 1999/213641.

⁶⁵ Per tale tripartizione v., per tutti, F. Cordero, *Procedura*, 493 s.

ra dei **privati**⁶⁶. A differenza della denuncia, che talvolta è obbligatoria (art. 333 comma 1), l'arresto *ex art. 383* può sempre essere omesso dal comune cittadino, pur sussistendone i presupposti⁶⁷. Tale regime è stabilito in considerazione dei pericoli per l'incolumità fisica che un intervento del genere può comportare⁶⁸.

6.1. *L'arresto obbligatorio in flagranza.*

Nella flagranza ("propria" o "impropria") di uno dei delitti individuati dall'art. 380, si procede, in assenza di un previo atto giurisdizionale, ad un intervento privato della libertà personale che **prescinde dall'accertamento in concreto della pericolosità** del soggetto, del quale la polizia giudiziaria non viene onerata. Terminata la breve vita concessa alla misura precautelare in conformità alla Costituzione, sarà un giudice a decidere se un'ulteriore restrizione dovrà avere luogo in ragione della sussistenza di una o più esigenze cautelari, eventualmente oggetto di una presunzione legale di carattere soltanto relativo. L'ottica del legislatore parrebbe, dunque, quella della predisposizione di un meccanismo di salvaguardia ispirato al "principio di precauzione": in presenza di una situazione altamente indiziante quale la flagranza, riferita a reati di particolare gravità, l'applicazione della restrizione precede la verifica dell'effettiva ricorrenza di un pericolo nel caso specifico.

L'art. 380 definisce la fascia di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza in ragione della gravità astratta dell'illecito, misurata dall'entità della pena edittale (comma 1) oppure dalla natura dell'interesse tutelato o dalla combinazione di entrambi i parametri (comma 2). Quest'ultima soluzione⁶⁹ appare perlopiù opportuna qualora si ricorra ad un criterio "qualitativo" che individua un'ampia categoria di reati, per evitare che la precautela possa risultare obbligatoriamente applicabile anche in ipotesi che non consentono il ricorso ad una misura cautelare coercitiva.

6.1.1. *Ambito di operatività: una selezione quoad poenam ...*

In ossequio all'art. 2 n. 32 lett. *a* della legge-delega, l'arresto obbligatorio in flagranza è innanzitutto previsto per i **delitti consumati o anche soltanto tentati punibili con un'elevata pena detentiva**: l'ergastolo oppure la reclusione non in-

⁶⁶ F. Caprioli, *Indagini*, 552.

⁶⁷ Cfr. F. Casa, *Flagranza*, 523; D. Lacchi, *Arresto*, 81; F. Vergine, *Arresto*, 425. Secondo Cass., Sez. III, 11.7.1995, Pace, in *Giust. pen.*, 1996, II, 504, l'art. 383 attribuirebbe al privato un «diritto potestativo».

⁶⁸ Al fine di spiegare la facoltatività dell'esercizio del potere di arresto spettante ai privati, C. cost., 10.6.1970, n. 89, richiamò anche le possibili «ragioni di dubbio circa la sussistenza dei requisiti [...] necessari a legittimare l'arresto» *ex art. 242 c.p.p. abr.*

⁶⁹ Sul ricorso ad una tecnica selettiva «mista» v. F. Vergine, *Arresto*, 405.

feriore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti (non presente nella legge-delega soltanto per una “svista”, il riferimento alla pena perpetua è stato inserito dal legislatore delegato⁷⁰). Nel caso di mancata consumazione, la soglia sanzionatoria stabilita dall’art. 380 comma 1 deve essere raggiunta dalla pena specificamente stabilita dalla legge per il delitto tentato. Benché il limite normativamente fissato potesse ritenersi di per sé sufficiente ad escludere i delitti colposi, il legislatore delegato ha preferito un’estromissione espressa⁷¹.

6.1.2. ... ed ulteriori ipotesi di arresto obbligatorio.

Il secondo comma dell’art. 380 estende l’area di operatività dell’arresto obbligatorio ad **ulteriori ipotesi di delitti flagranti non colposi**. Anche per tale serie di reati è espressamente previsto che, ai fini dell’arresto, è sufficiente il tentativo. Tendenzialmente si tratta di fattispecie criminose punibili con una pena detentiva inferiore alla soglia fissata nel primo comma. Tuttavia, non è escluso che nell’elenco nominativo compaiano delitti già compresi nella fascia di reati individuata in base al criterio “quantitativo”, soprattutto a seguito di sopravvenuti inasprimenti sanzionatori: si pensi, ad esempio, al reato di riduzione in schiavitù (art. 380 comma 2 lett. *d*). Peraltro, un’eventuale modifica di segno opposto, che mitigasse la pena, non avrebbe in sé ricadute in materia precautelare. L’inclusione nell’elenco di cui all’art. 380 comma 2, infatti, sgancia l’operatività dell’arresto obbligatorio in flagranza dal presupposto sanzionatorio.

Secondo l’art. 2 n. 32 lett. *b* della **legge-delega**, l’estensione dell’area di operatività dell’arresto obbligatorio oltre i limiti segnati dal criterio “quantitativo” doveva interessare le ipotesi di flagranza di «altri delitti predeterminati, avuto riguardo a **speciali esigenze di tutela della collettività**». È noto che, ai fini della delimitazione del concetto di «esigenze di tutela della collettività», per il legislatore delegato costituì un punto di riferimento la sentenza n. 1 del 1980 della Corte costituzionale⁷². Tuttavia, il catalogo predisposto⁷³ non è andato esente da censure sotto il profilo della conformità alla direttiva impartita. La **sentenza n. 54 del 1993**⁷⁴ dichiarò l’art. 380 comma 2 lett. *e* in contrasto con l’art. 76 Cost. nella parte in cui prevedeva l’arresto obbligatorio in flagranza per il delitto di **furto**, aggravato dalla violenza sulle cose, ove concorresse la circostanza attenuante della **speciale tenuità del danno** arrecato. Lo scorporo di quest’ultima ipotesi è stato poi recepito nel testo dell’art. 380 comma 2 lett. *e* in forza dell’art. 10 comma 1,

⁷⁰ V. L. D’Ambrosio, *Art. 380*, 369; L. Scomparin, *Arresto*, 235.

⁷¹ V. F. Vergine, *Arresto*, 403.

⁷² C. cost., 23.1.1980, n. 1.

⁷³ Per una schematizzazione degli specifici obiettivi di tutela della collettività perseguiti dal legislatore delegato attraverso le singole previsioni dell’art. 380 comma 2, v. L. D’Ambrosio, *Art. 380*, 372 s.

⁷⁴ C. cost., 16.2.1993, n. 54.

legge 26.3.2001, n. 128. In quell'occasione la medesima circostanza attenuante fu riconosciuta ostativa anche all'applicazione dell'arresto obbligatorio nella flagranza dei delitti di furto in abitazione e furto con strappo (art. 380 comma 2 lett. *e-bis*)⁷⁵, contestualmente divenuti fattispecie autonome attraverso l'introduzione dell'art. 624-*bis* c.p. Ciò vale ora anche per le ulteriori ipotesi di furto aggravato ex art. 625 c.p. successivamente inserite nella lett. *e* dell'art. 380 comma 2.

L'**ampliamento dell'area di operatività dell'arresto obbligatorio** esprime una tendenza generale in rapporto alle modifiche dell'art. 380 comma 2 succedutesi nel tempo. Innanzitutto si può ricordare l'introduzione del riferimento alle «**armi clandestine**» nella lett. *g*, che venne operata già dall'art. 10 d.l. 13.5.1991, n. 152, convertito nella legge 12.7.1991, n. 203: in quel caso si trattò in verità di un'integrazione necessaria⁷⁶. Recentemente, hanno conosciuto un inasprimento sanzionatorio e sono transitati dall'area dell'arresto discrezionale a quella dell'arresto obbligatorio i **delitti di fabbricazione, detenzione o uso di documento di identificazione falso previsti dall'art. 497-*bis* c.p.** (art. 380 comma 2 lett. *m-bis*, inserita in sede di conversione del d.l. 18.2.2015, n. 7). Da ultimo, l'elenco dei delitti per i quali è prescritto l'arresto obbligatorio in flagranza è stato arricchito dall'inserimento dell'«**omicidio colposo stradale previsto dall'articolo 589-*bis*, secondo e terzo comma, del codice penale**» (art. 380 comma 2 lett. *m-quater*, introdotta dall'art. 1 comma 5 lett. *a*, legge 23.3.2016, n. 41): innesto – si noterà – che deroga al criterio selettivo generale della natura non meramente colposa dei delitti flagranti che impongono l'applicazione della precautela⁷⁷. Negli anni intercorsi, modifiche legislative dirette ad una maggiore penetrazione dell'arresto obbligatorio in flagranza nell'area della **criminalità mafiosa e terroristica** si ebbero in occasione della recrudescenza di tali fenomeni a livello nazionale o internazionale. Esse hanno portato all'abbassamento del livello di gravità del reato richiesto ai fini dell'applicabilità della misura di cui all'art. 380⁷⁸. Riconducibile all'esigenza di tutela da sviluppi criminosi lesivi delle condizioni di base della sicurezza collettiva appare, poi, l'innesto operato dall'art. 6 d.l. 26.4.1993, n. 122, convertito nella legge 25.6.1993, n. 205: esso allungò l'elenco dei delitti di pro-

⁷⁵ Per un commento alle modifiche apportate all'art. 380, fra gli altri, C. Bonzano, *Le modifiche*, 182 ss.; P. Sechi, sub *art. 10*, 438 ss.

⁷⁶ V. L. Scomparin, *Arresto*, 236. L'art. 380 comma 2 lett. *g*, considerato in relazione all'art. 5 ultimo comma legge 18.4.1975, n. 110 (nel testo precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 26.10.2010, n. 204), è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. Il giudice rimettente censurava la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza in rapporto alle ipotesi di porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di una pluralità di armi giocattolo prive di tappo rosso incorporato nella canna. C. cost., 8.6.1992, n. 260, ha risposto con una declaratoria di infondatezza della questione sollevata.

⁷⁷ V. A. Bigiarini, *Gli aspetti processuali*, 450.

⁷⁸ V. l'introduzione della lett. *l-bis* ad opera dell'art. 4 d.l. 8.6.1992, n. 306, conv. nella legge 7.8.1992, n. 356, nonché la modifica apportata alla lett. *i* dall'art. 13 d.l. 27.7.2005, n. 144, conv. nella legge 31.7.2005, n. 155.

mozione, costituzione, direzione e organizzazione di **associazioni vietate** contenuto nella lett. *l* dell'art. 380 comma 2, includendovi il riferimento a quelle che hanno tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Tra il 1998 ed il 2012, le integrazioni apportate alla lett. *d* e l'introduzione della lett. *d-bis* e poi della lett. *d-ter* hanno significativamente arricchito la selezione "qualitativa" effettuata dall'art. 380 comma 2 con riferimento alla **criminalità di matrice sessuale**. Si può ritenere che tali interventi si colleghino all'acquisita consapevolezza della direzione lesiva di tali reati verso la libertà individuale. D'altra parte, l'allarme e lo speciale sentimento di riprovazione che questo genere di criminalità suscita accresce l'insofferenza dell'opinione pubblica nei confronti dei tempi della giustizia. Nella cronica lentezza dell'*iter* ordinario, l'attrazione nella sfera di operatività dell'arresto obbligatorio in flagranza mira a favorire percorsi "speciali" più rapidi per certi tipi di illeciti⁷⁹. In particolare, si tratta d'incentivare l'instaurazione del giudizio direttissimo. Infine, risale al d.l. 14.8.2013, n. 93, convertito nella legge 15.10.2013, n. 119, l'inserimento, nel secondo comma dell'art. 380, della lett. *l-ter*, che si riferisce ai delitti di **maltrattamenti contro familiari e conviventi** (art. 572 c.p.) e di **atti persecutori** (art. 612-*bis* c.p.)⁸⁰.

Ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza sono contemplate anche al di fuori del codice. Sotto il profilo del trattamento processuale (oltre che sanzionatorio) rappresenta un settore assai sensibile agli umori delle maggioranze politiche quello dell'**immigrazione**. Ad esso si riferisce l'art. 12 comma 4 t.u. immigrazione, che prevede la misura in rapporto ai delitti di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o effettuazione del trasporto di persone ai fini dell'ingresso illegale nel territorio statale. Nonostante l'esistenza di questa disposizione, il suo contenuto precettivo è stato ripetuto nella lett. *m-ter*, inserita nel secondo comma dell'art. 380 in sede di conversione del d.l. n. 7/2015⁸¹.

6.2. L'arresto discrezionale in flagranza.

Nel caso dell'arresto in flagranza "facoltativo" o, meglio, discrezionale⁸², la privazione della libertà personale prescinde dalla previa emanazione di un atto

⁷⁹ Già con riferimento alle integrazioni apportate alla lett. *d* dell'art. 380 comma 2 dalla legge 3.8.1998, n. 269, G. Spangher, *Le norme*, 1232; con riguardo alla "nuova" lett. *d-bis*, K. La Regina, *L'udienza*, 159, A. Marandola, *I profili*, 954, S. Ruggeri, sub *art. 2*, 431 s.; da ultimo, in ordine alla lett. *d-ter*, M. Daniele, *Un ulteriore*, 69, che richiama l'art. 30 § 3 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (Lanzarote, 25.10.2007), ratificata dall'Italia con la legge 1.10.2012, n. 172.

⁸⁰ Nella stessa occasione – su altro versante – è stata introdotta la lett. *f-bis* per l'ipotesi aggravata del delitto di ricettazione, contestualmente innestata nel secondo periodo dell'art. 648 comma 1 c.p.

⁸¹ Per l'inutilità dell'innesto v. Gius. Amato, *Un intervento*, 85.

⁸² V., per tutti, F. Cordero, *Procedura*, 495.

giurisdizionale, ma non anche dall'**accertamento in concreto della pericolosità del soggetto**, del quale viene onerata la polizia giudiziaria (art. 381 comma 4). L'intervento restrittivo verrà eseguito nel singolo caso se e solo se giustificato «dalla **gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto** desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto» (comma 4). In giurisprudenza, dalla formulazione legislativa si desume che, per applicare la misura, basta uno dei due presupposti⁸³. In verità, sembra che la gravità del fatto concreto sia stata individuata *a priori* dal legislatore quale indice di pericolosità sufficiente ai fini dell'arresto in un'ottica di semplificazione della verifica demandata alla polizia giudiziaria nell'immediatezza del fatto. Sussistendo tale presupposto, dunque, per la legittimità dell'intervento restrittivo non si potrà esigere che, nel caso di specie, siano rilevabili anche altri e diversi indici di pericolosità⁸⁴. Per quanto concerne i criteri di valutazione della gravità in concreto del fatto⁸⁵ o della pericolosità del soggetto altrimenti desumibile⁸⁶, s'invoca il ricorso agli indici di cui all'art. 133 c.p.⁸⁷. Esso, tuttavia, non appare agevolmente praticabile⁸⁸ e non evita il manifestarsi di dubbi circa la puntuale osservanza dell'«esigenza di tassativa indicazione *ex lege* dei casi in cui è consentita l'adozione dei provvedimenti provvisori» *ex art. 13 comma 3 Cost.*⁸⁹.

Anche la fascia di reati per i quali la flagranza (“propria” o “impropria”) legittima l'arresto discrezionale è individuata attraverso il **criterio “quantitativo”** nel comma 1 dell'art. 381, mentre il primo capoverso si avvale del **criterio “qualitativo”**. Nell'ambito del medesimo articolo si segnala altresì – sul piano “qualitativo” – un'espressa esclusione dall'area degli illeciti suscettibili di condurre al-

⁸³ V. Cass., Sez. V, 26.10.2015, Koraj, *CED*, 2016/265885, Cass., Sez. V, 1.10.2015, Duni-sha, *CED*, 2016/266048, Cass., Sez. IV, 9.2.2012, D'Agostino, *CED*, 2012/253554, Cass., Sez. I, 30.3.2006, Solimeno, *CED*, 2006/234259, Cass., Sez. I, 16.6.2004, Di Fiore, *CED*, 2004/228852, Cass., Sez. VI, 17.4.2003, Scarpelli, *CED*, 2003/225494.

⁸⁴ Secondo L. D'Ambrosio, *Art. 381*, 383, nella prospettiva precautelare, «sembra [...] coerente ritenere che il riferimento alla *pericolosità* riproduca, in concreto, l'esigenza cautelare di cui all'art. 274.1 lett. *c* [...], ed al tempo stesso affermare che quello alla *gravità del fatto* riproduce, per un verso ed in gran parte, le esigenze di cui all'art. 274.1 lett. *a e b*, qualificando la gravità del fatto-reato nei suoi effetti [...], e, per altro verso, caratterizza il fatto nella sua interezza e non solo nella più limitata ottica in cui esso può rilevare in termini di valutazione *diretta* della pericolosità del suo autore [...].»

⁸⁵ Mentre i criteri “quantitativo” e “qualitativo” utilizzati nel primo e nel secondo comma dell'art. 381 “misurano” la gravità astratta del reato, i parametri indicati nel comma 4 sono funzionali all'apprezzamento della gravità del fatto in concreto: v., fra gli altri, A. Ferraro, *Arresto*, 35 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 168; F. Vergine, *Arresto*, 419.

⁸⁶ Sull'idoneità dell'incensuratezza quale indice di non pericolosità del soggetto rilevante *ex art. 381 comma 4*, in quanto «elemento noto, o immediatamente accertabile, da parte della P.G.», v. Cass., Sez. I, 28.6.2000, Mao, *CED*, 2000/217166.

⁸⁷ Sul punto v., fra gli altri, A. Ferraro, *Arresto*, 36; F. Vergine, *Arresto*, 419.

⁸⁸ V. D. Negri, *Fumus*, 96 s.

⁸⁹ Di recente, in tal senso, v. K. La Regina, *L'udienza*, 168.

l'arresto in flagranza, analoga a quella prevista dall'art. 476 comma 2. In tal senso opera il comma 4-*bis*, ostativo all'«arresto della persona richiesta di fornire informazioni dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero per reati concernenti il contenuto delle informazioni o il rifiuto di fornirle»⁹⁰.

6.2.1. *Ambito di operatività: una selezione quoad poenam ...*

L'art. 381 **comma 1** fissa **soglie sanzionatorie** diverse per i delitti non colposi e per quelli colposi così da consentire un accesso alla misura precautelare più contenuto in rapporto ai secondi. Tale distinzione era assente nell'art. 2 n. 32 della legge-delega, che si limitava a prevedere l'arresto discrezionale nella flagranza di «delitti punibili con la reclusione superiore nel massimo a tre anni». Poiché il legislatore delegato non fece altro che aumentare, per i reati colposi, lo scarto verso l'alto dal limite minimo fissato dalla direttiva, sembra da escludere una violazione dell'art. 76 Cost.⁹¹. Nello specifico, l'art. 381 comma 1 prevede l'arresto discrezionale in «flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni ovvero di un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni».

6.2.2. *... ed ulteriori ipotesi di arresto discrezionale.*

Il **comma 2** dell'art. 381⁹² tesse ad attuare la parte dell'art. 2 n. 32 della legge-delega che riferiva la misura anche ai casi di «delitti [flagranti] punibili con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni», purché «di particolare gravità» e «tassativamente indicati». A differenza di quanto accade nel comma precedente ed anche nell'art. 380, non si nomina il **tentativo**. Se ne è tratto che l'arresto sarebbe consentito soltanto nei confronti di chi è colto in flagranza di un delitto consumato⁹³. In senso contrario si è osservato che la sufficienza del tentativo ai fini dell'arresto deriverebbe, in via generale, dalla nozione stessa di stato di flagranza in senso «proprio» ex art. 382⁹⁴.

⁹⁰ Per un approfondimento sulle questioni sollevate dall'introduzione dell'art. 371-*bis* c.p. in tema di arresto in flagranza, v. L. Scomparin, *Arresto*, 247 s.

⁹¹ Sulla «puntuale osservanza dei principi costituzionali in tema di poteri normativi del legislatore delegato» solleva tuttavia qualche perplessità A. Ferraro, *Arresto*, 27 s.

⁹² Si ricordi che, a norma dell'art. 391 comma 5, «quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2, [...] l'applicazione della misura [cautelare coercitiva] è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280»: *infra*, 25.1.

⁹³ In dottrina v. A. Iazzetti, *Arresto*, 21; F. Vergine, *Arresto*, 410 s. In giurisprudenza escludono che l'art. 381 comma 2 si riferisca anche ai delitti tentati Cass., Sez. II, 5.10.2005, Bugday, *CED*, 2005/232933; Cass., Sez. II, 14.12.1998, Cocchia, *CED*, 1999/212258.

⁹⁴ In tal senso v. K. La Regina, *L'udienza*, 162 s.

Di regola, il **criterio “qualitativo”** attrae nell'area di operatività dell'arresto discrezionale fattispecie che non raggiungono la soglia sanzionatoria stabilita dal comma precedente⁹⁵. Tuttavia, non sempre è così: l'elenco del primo capoverso comprende anche reati già rientranti fra quelli individuati sulla base del parametro “quantitativo”. Tale situazione può essere il frutto di interventi di modifica operati sul codice penale⁹⁶. Inoltre, si registrano ipotesi in cui l'introduzione stessa nell'elenco nominativo è avvenuta nonostante l'appartenenza della fattispecie alla fascia di reati già individuabile sulla base del criterio “quantitativo”⁹⁷. In questi casi l'innesto non è stato operato per produrre effetti sul piano pratico⁹⁸ (fermo restando che risulterebbe ostativo all'“automatica” caducazione del potere di arresto in flagranza qualora in futuro intervenisse un abbassamento della pena edittale al di sotto della soglia fissata dal primo comma). La sua funzione è stata piuttosto quella di dare maggiore “visibilità” a determinate linee d'indirizzo politico⁹⁹.

In linea generale, rispetto ai delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio a norma dell'art. 380 comma 2, quelli menzionati nell'articolo seguente o tutelano interessi di rango inferiore o proteggono gli stessi beni ma da aggressioni meno significative. Sulla base del criterio “qualitativo”, ipotesi in cui è praticabile l'arresto discrezionale in flagranza a prescindere dalla pena edittale sono indivi-

⁹⁵ Per un esempio di reato, sanzionato con una pena inferiore alla soglia fissata nell'art. 381 comma 1, in rapporto al quale è stata ritenuta non irragionevole la scelta legislativa di ammettere comunque l'arresto, v. C. cost., 24.7.1996, n. 305, sulle cui implicazioni si sofferma K. La Regina, *L'udienza*, 380 ss.

⁹⁶ È il caso dell'art. 319 c.p. (richiamato nell'art. 381 comma 2 lett. b), che attualmente punisce il pubblico ufficiale responsabile del reato di corruzione ivi contemplato con la reclusione da sei a dieci anni, che l'art. 321 c.p. estende al corruttore. V. F. Vergine, *Arresto*, 415.

⁹⁷ Così è accaduto per i delitti previsti dall'art. 497-bis c.p., introdotti nella lett. m-bis dall'art. 13 d.l. n. 144/2005, conv. nella legge n. 155/2005, sebbene punibili con pena già di per sé idonea a legittimare l'arresto discrezionale (ora, comunque, i delitti in oggetto hanno subito un inasprimento sanzionatorio e sono transitati nell'area dell'arresto obbligatorio ex art. 380 comma 2); per il delitto di falsa attestazione o dichiarazione ad un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o altrui, inserito nella “nuova” lett. m-ter dall'art. 2 d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. nella legge 24.7.2008, n. 125, contestualmente all'innalzamento della pena per esso prevista nell'art. 495 c.p., elevata alla reclusione da uno a sei anni; per il delitto di fraudolente alterazioni al fine d'impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali, che quest'ultima riforma ha nel contempo introdotto nell'art. 495-ter c.p., sanzionandolo con la reclusione da uno a sei anni, e pure nell'art. 381 comma 2 lett. m-quater; per il delitto di lesioni colpose stradali gravi o gravissime previsto dall'art. 590-bis commi 2 e 3 c.p., inserito nella lett. m-quinqies dall'art. 1 comma 5 lett. b legge n. 41/2016, punito con la reclusione da tre a cinque anni o da quattro a sette anni a seconda che le lesioni cagionate siano gravi o gravissime.

⁹⁸ Sulla superfluità dell'innesto della lett. m-bis, L. Cordi, sub *art. 13*, 545; G. Della Monica, *Le nuove*, 401; A. Scaglione, *Il regime*, 579. In ordine all'introduzione delle lett. m-ter e m-quater, D. Manzione, sub *art. 2*, 150.

⁹⁹ Cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 166; F. Vergine, *Arresto*, 415.

duate anche **al di fuori del codice di rito** (v. gli artt. 189 comma 6 d.lgs. 30.4.1992, n. 285 [Codice della strada]; 8 comma 1-*bis* legge 13.12.1989, n. 401, contro la violenza negli stadi; 6 comma 2 d.l. n. 122/1993, convertito nella legge n. 205/1993, ove è attribuita alla polizia giudiziaria la “facoltà” di procedere all’arresto in flagranza con riguardo a fattispecie meramente contravvenzionali).

6.3. L’arresto facoltativo in flagranza.

A norma dell’art. 383, la facoltà di arresto del **privato** sorge soltanto nella flagranza (“propria” o “impropria”) dei delitti perseguibili d’ufficio compresi nell’art. 380. Poiché, ove eserciti il potere restrittivo attribuitogli dalla legge, il *quivis de populo* «assume la veste di organo di polizia [...] straordinario e temporaneo», la custodia materiale del soggetto arrestato non può che essere consentita «limitatamente al tempo [...] strettamente necessario ad operare la consegna [...] alla più vicina autorità»¹⁰⁰. Tale è il senso della locuzione «**senza ritardo**», utilizzata dall’art. 383 comma 2 al fine di indicare al privato il tempo che gli è concesso per eseguire la prescritta **consegna dell’arrestato** alla polizia giudiziaria senza che la custodia si trasformi in un sequestro di persona¹⁰¹. Il privato intervenuto deve consegnare «senza ritardo» alla polizia giudiziaria anche «**le cose costituenti il corpo del reato**», ossia «le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo» (art. 253 comma 2). Tale prescrizione implica evidentemente il riconoscimento del potere di prendere e trattenere temporaneamente le medesime cose. Tuttavia, «in assenza di una espressa assimilazione al custode di cose sequestrate», si è esclusa tale qualità in capo al privato che eserciti il potere *de quo* in ordine al corpo del reato¹⁰². Pertanto, egli non potrà essere chiamato a rispondere dei reati propri di quella figura. In rapporto alla condotta tenuta rispetto alle cose altrui, potrà incorrere però, in veste di pubblico ufficiale, nelle sanzioni previste per i delitti di peculato (art. 314 c.p.) o di danneggiamento (artt. 635 e 61 n. 9 c.p.).

7. Potere di arresto e delitti perseguibili a querela.

L’appartenenza del reato flagrante alla categoria dei delitti perseguibili a querela esclude, di per sé, la titolarità del potere di arresto in capo ai **privati**. Ove l’illecito rientri nel campo di operatività dell’arresto da parte della **polizia giudiziaria**, la **mancanza della querela** inibisce l’esercizio del potere nel caso concre-

¹⁰⁰ V., vigente ancora il codice Rocco, C. cost., 10.6.1970, n. 89.

¹⁰¹ V. Cass., Sez. V, 4.5.1993, Di Stanislao, *CED*, 1993/195385. In dottrina cfr., di recente, F. Vergine, *Arresto*, 430; cfr., altresì, L. D’Ambrosio, *Art. 383*, 395.

¹⁰² L. D’Ambrosio, *Art. 383*, 395 s.

to. Il divieto vale sia qualora il reato flagrante appartenga al novero degli illeciti di cui all'art. 380 sia ove rientri nella fascia delineata dall'articolo seguente. È evidente, tuttavia, che la preclusione è destinata ad incidere soprattutto sull'arresto discrezionale, essendo la perseguibilità a querela tendenzialmente estranea ai reati più gravi.

Per essere utile ai fini dell'arresto in flagranza, la querela deve essere proposta all'operatore di **polizia giudiziaria «presente nel luogo»** (artt. 380 comma 3 e 381 comma 3): sarà dunque illegittimo l'arresto eseguito nella flagranza di un delitto perseguibile a querela se questa sia stata successivamente proposta altrove, seppure nello stesso giorno¹⁰³. In deroga alla disciplina ordinaria (art. 337), nella flagranza di uno dei reati di cui agli artt. 380 o 381, la querela può essere proposta non soltanto ad un **ufficiale** ma anche ad un **agente** di polizia giudiziaria, mentre non è menzionato il pubblico ministero, tendenzialmente non presente nel luogo del fatto e di regola escluso dalla titolarità del potere di arresto¹⁰⁴. Ai fini della legittimità dell'arresto è utile anche la querela proposta con **dichiarazione resa oralmente**, fermo restando che non bastano un «annuncio» o una «riserva» di querela¹⁰⁵.

In caso di mancanza “sopravvenuta” della querela per **remissione**, l'arrestato deve essere posto immediatamente in libertà: al riguardo si è osservato che ciò dovrebbe avvenire anche se la remissione non è accettata¹⁰⁶.

8. L'arresto in flagranza “differita”.

A norma dell'art. 8 comma 1-ter legge n. 401/1989, «nei casi di cui al comma 1-bis, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 del codice di procedura penale colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto». Si parla, al riguardo, di **flagranza “differita”**. L'ambito (definito dal riferimento al comma 1-bis) è quello dei fenomeni criminosi che si verificano durante o in occasione di **manifestazioni sportive**.

Nell'ottica del legislatore, la previsione *de qua* consentirebbe di ridurre il pericolo che, in un contesto normalmente affollato e concitato, vengano sottoposte a restrizione persone estranee ai fatti¹⁰⁷. Tuttavia, in dottrina si è denunciato piuttosto

¹⁰³ Cass., Sez. III, 28.3.2012, Preziosi, *CED*, 2012/252381.

¹⁰⁴ V. L. D'Ambrosio, *Art. 380*, 368, nota 3.

¹⁰⁵ L. Filippi, *L'arresto*, 286.

¹⁰⁶ In tal senso v. L. Filippi, *L'arresto*, 286.

¹⁰⁷ Sul punto v. M.F. Cortesi, *Gli istituti*, 490 s.

sto un allargamento dei margini del potere di arresto di dubbia compatibilità con l'art. 13 comma 3 Cost., a partire dall'angolo visuale dell'urgenza necessaria per legittimare la provvisoria "sostituzione" dell'organo giurisdizionale nella materia delle restrizioni della libertà personale¹⁰⁸. Meglio sarebbe stato – si è talvolta osservato – optare per il fermo di indiziato di delitto, in quanto strumento «di più agevole adattamento alle particolarità dei contesti storico-fattuali considerati nella legge 401/1989»¹⁰⁹.

In ogni caso, alla luce dell'ultimo comma del suddetto art. 8, l'efficacia delle disposizioni di cui al comma 1-*ter* (ed al comma 1-*quater*¹¹⁰) non risulta protratta oltre il 30.6.2016.

9. L'arresto fuori flagranza (cenni).

Al di fuori del codice di procedura penale, non poche sono le disposizioni che prevedono casi di **arresto "anche fuori flagranza"**¹¹¹. Rispetto alle ipotesi già presenti prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, con l'art. 230 disp. att. trans. si stabilì che «le disposizioni dell'articolo 384 del codice [relative al fermo di indiziato di delitto] si osservano anche quando leggi o decreti prevedono [...] l'arresto fuori dei casi di flagranza per delitti punibili con la reclusione superiore nel massimo a tre anni». Tale previsione, evidentemente, non riguarda le ipotesi introdotte dopo l'entrata in vigore del "nuovo" codice, alcune di natura obbligatoria, altre "facoltativa". Alla prima categoria appartengono i casi di arresto "anche fuori flagranza" previsti dagli artt. 235 comma 3 e 312 comma 2 c.p. (come sostituiti dal d.l. 23.5.2008, n. 92, convertito nella legge 24.7.2008, n. 125,

¹⁰⁸ Fra gli altri, recentemente, M.F. Cortesi, *Gli istituti*, 493; K. La Regina, *L'udienza*, 175 ss. Nel senso della manifesta infondatezza di una questione di legittimità, *sub* art. 13 comma 3 Cost., della previsione dell'arresto in flagranza "differita" (seppure con riguardo ad un testo poi parzialmente modificato), v. Cass., Sez. VI, 18.4.2007, Dinoi, in *Giur. it.*, 2008, 2040, con nota di D. Perugia. Cfr., inoltre, Cass., Sez. VI, 16.12.2015, Mangiatordi, in *D&G*, 22.1.2016, con nota di L. Piras: la Corte sottolinea che «l'arresto differito in tanto può ritenersi legittimo in quanto siano richiamati i motivi che impongono, malgrado il superamento dello stato di flagranza o quasi flagranza, l'intervento per motivi di necessità o di urgenza e si operino a tal fine dei riferimenti alla condizione di fatto che dimostri l'impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza per comprovate "ragioni di sicurezza o incolumità pubblica" e, nel contempo, alla persistenza di tali condizioni di pericolosità».

¹⁰⁹ Così K. La Regina, *L'udienza*, 177.

¹¹⁰ Trattasi di disposizione concernente l'ampliamento dell'ordinario ambito della coercizione cautelare in dipendenza dall'arresto legittimamente eseguito.

¹¹¹ Si ricordi che, a norma dell'art. 391 comma 5, «quando l'arresto è stato eseguito [...] per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura [cautelare coercitiva] è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280»: *infra*, 25.1.

e poi modificati dalla legge 15.7.2009, n. 94), nonché dall'art. 13 comma 13-ter d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (comma aggiunto dalla legge 30.7.2002, n. 189, e poi sostituito dal d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito nella legge 12.11.2004, n. 271), tutti in materia di **immigrazione**. Alla seconda categoria sono riconducibili i casi di arresto “anche fuori flagranza” per il delitto di **evasione** (art. 3 d.l. 13.5.1991, n. 152, convertito nella legge 12.7.1991, n. 203) ed alcune ipotesi previste dal “**Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione**” (artt. 71 comma 2, 75 commi 2 e 3, 76 comma 1 d.lgs. 6.9.2011, n. 159).

Com'è stato segnalato, l'arresto “fuori flagranza” «finisce per configurare una misura che, non trovando alcun presupposto specificamente indicato dal legislatore, risulta lontana dall'arresto disciplinato dal codice»¹¹². Non agevole risulta superare i dubbi che si prospettano in ordine al rispetto del vincolo costituzionale al mantenimento del potere d'arresto entro «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge»¹¹³.

10. Il fermo di indiziato di delitto.

L'art. 384 traccia l'ambito entro cui è consentito il ricorso allo strumento precautelare del fermo, definisce i presupposti di applicazione della misura, individua i soggetti titolari del relativo potere. Si distingue nettamente la fattispecie di accompagnamento e trattenimento presso gli uffici della polizia giudiziaria a fini d'identificazione personale (art. 349). L'appartenenza all'**area dei reati** per i quali è contemplato il fermo *ex art. 384* è determinata dalla **pena edittale o dalla natura dell'illecito**. Sotto il primo profilo vi rientrano i **delitti puniti con l'ergastolo oppure con la reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni**. Dunque, il previo accertamento in concreto di un pericolo di fuga e l'attribuzione – di regola – del potere restrittivo all'autorità giudiziaria consentono al fermo un ambito di operatività più ampio di quello riconosciuto all'arresto obbligatorio in flagranza. La sufficienza di un legame tra il destinatario della misura ed il fatto che può essere meno qualificato di quello offerto dalla flagranza mantiene, invece, il fermo entro un'area più ristretta di quella per la quale la cautela giurisdizionale può essere anticipata attraverso l'arresto discrezionale da parte della polizia giudiziaria. L'ambito di operatività del fermo di indiziato di delitto coincide, tuttavia, con quello dell'arresto discrezionale in flagranza *ex art. 381* per i soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria, secondo quanto stabilisce l'art. 77 del c.d. “**Codice antimafia**”.

¹¹² M. Chiavario, *Diritto processuale*, 739.

¹¹³ Cfr. già V. Grevi, *Libertà*, 99; recentemente, L. Filippi, *Ma l'arresto*, 3547 ss., critico nei confronti del “salvataggio” dell'art. 9 legge 27.12.1956, n. 1423 (più volte modificato: oggi v. l'art. 75 d.lgs. 6.9.2011, n. 159) da parte della Corte costituzionale (v. C. cost., 26.11.2009, n. 313 (ord.); C. cost., 25.5.1989, n. 293 (ord.); C. cost., 20.4.1977, n. 64).

fia”. Indipendentemente dalla pena edittale, appartengono all’area dei reati per i quali è contemplato il fermo *ex art.* 384 i «**delitt[i] concernent[i] le armi da guerra e gli esplosivi**». In virtù dell’art. 13 comma 3 lett. *a* d.l. n. 144/2005, convertito nella legge n. 155/2005, un’ulteriore tipologia di illeciti è stata inserita nell’area dei reati per cui è previsto il fermo: si tratta dei **delitti commessi «per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico»**. In tale occasione, il legislatore non ha “combinato” il criterio “qualitativo” con quello “quantitativo”, che convivono, invece, nella lett. *i* dell’art. 380 comma 2¹¹⁴.

L’art. 384 non qualifica in senso soggettivo i delitti in ordine ai quali è contemplato il fermo: se ne ricava l’applicabilità della misura anche in rapporto ai **delitti colposi** rientranti nella suddetta fascia di reati¹¹⁵. Inoltre, l’assenza di un richiamo esplicito al **delitto tentato** non sembra implicarne l’esclusione dall’area di operatività del fermo¹¹⁶.

11. I presupposti del fermo: gravi indizi di delitto ...

Affinché il fermo sia legittimo, innanzitutto la persona deve essere «**gravemente indiziata di un delitto**» per il quale l’applicazione della misura è prevista dalla legge (art. 384 comma 1). L’operatività del fermo non è limitata all’eventualità della percezione diretta dei comportamenti, degli oggetti o dei segni che collegano un determinato soggetto ad un fatto cronologicamente contiguo all’intervento restrittivo *ex art.* 382¹¹⁷, ma vi si può ricorrere «anche fuori dei casi di flagranza». Ai fini del fermo, sono necessari indizi aventi «quella stessa connotazione di gravità richiesta dall’art. 273 c.p.p. per l’applicazione di misure di coercizione personale»¹¹⁸. Una differenza tra l’art. 273 e l’art. 384, tuttavia, si potrebbe rilevare, a rigore, nell’individuazione del punto di riferimento dei gravi indizi: nel primo caso la «colpevolezza», nel secondo «un delitto»¹¹⁹. Valorizza tale dif-

¹¹⁴ In senso critico v. R. Cantone, *Le modifiche*, 2519.

¹¹⁵ V. L. D’Ambrosio, *Art. 384*, 402.

¹¹⁶ In tal senso v., fra gli altri, L. D’Ambrosio, *Art. 384*, 402; A. Ferraro, *Arresto*, 45, «quantomeno per quel che attiene ai delitti individuati in relazione alla pena edittale prevista»; K. La Regina, *L’udienza*, 179.

¹¹⁷ Si è rilevato che, ricorrendo gli estremi di un fondato pericolo di fuga, l’arresto di una persona sorpresa con cose o tracce che la collegano alla commissione di un reato commesso non immediatamente prima deve essere ri-qualificato come fermo di p.g. e, in quanto tale, convalidato: Cass., Sez. I, 7.6.2001, Mandalà, *CED*, 2001/219547.

¹¹⁸ Cass., Sez. I, 9.3.1992, Criscuolo, *CED*, 1992/191163. In dottrina, fra gli altri, F. Catrioli, *Indagini*, 553; P. Corso, *Le misure*, 355; L. D’Ambrosio, *Art. 384*, 403 s.; K. La Regina, *L’udienza*, 179 s.; L. Scomparin, *Arresto*, 248 s.; F. Vergine, *Arresto*, 432.

¹¹⁹ Si riferiscono, comunque, alla necessaria presenza di gravi indizi di *colpevolezza* anche ai fini della legittimità del fermo Cass., Sez. IV, 7.10.2003, Colangeli, *CED*, 2003/226731;

ferenza la lettura secondo la quale, mentre i gravi indizi necessari per l'applicazione di una misura cautelare personale debbono necessariamente investire tutti gli aspetti – oggettivi e soggettivi – della fattispecie criminosa, si potrebbe ritenere che, «per legittimare il fermo, [...] i gravi indizi a carico di una persona abbiano a limitarsi agli aspetti materiali del fatto delittuoso (compresa, beninteso, la sua commissione da parte di quella persona)»¹²⁰.

Infine, in dottrina si è osservato che, «pur non essendovi una espressa indicazione in tal senso nell'articolo 384 [...], non vi sono ragioni per non ritenere che il fermo, disposto per delitto perseguibile a **querela**, debba considerarsi eseguito fuori dei casi previsti dalla legge ove la querela non sia stata proposta»¹²¹.

11.1. ... e pericolo di fuga.

Affinché il fermo sia legittimo, non è sufficiente che il destinatario sia gravemente indiziato di un delitto per il quale l'applicazione della misura è prevista dalla legge. È altresì necessaria la sussistenza di «specifici elementi che [...] fanno ritenere **fondato il pericolo di fuga**»¹²². Mentre, ai fini della legittimità dell'arresto, rileva una fuga in atto strettamente contigua al fatto criminoso, assunta quale elemento altamente indiziante, nel caso del fermo la fuga è invece un evento temuto, che s'intende scongiurare. In virtù dell'innesto operato dall'art. 11 comma 1 legge 26.3.2001, n. 128, l'«**impossibilità di identificare l'indiziato**» è ora espressamente nominata quale possibile indice di un pericolo di fuga dall'art. 384 comma 1. Di tale elemento bisogna tener conto ai fini del fermo, ma non c'è una presunzione legale di esistenza di un fondato rischio di fuga dell'indiziato che non possa essere identificato¹²³.

Significative sono le indicazioni giurisprudenziali circa la natura degli elementi da cui si può evincere il pericolo legittimante il fermo. Le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione hanno precisato la necessaria «specificità» degli elementi adottati nel senso della «**capacità di personalizzazione**», ravvisabile quando essi s'indirizzano «proprio nei confronti di quel singolo individuo» che s'intende fer-

Cass., Sez. VI, 31.5.1993, De Rimini, *CED*, 1993/195259; Cass., Sez. I, 11.11.1991, Fornelli, *CED*, 1991/188710.

¹²⁰ M. Chiavario, *Diritto processuale*, 730.

¹²¹ Così D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 54. Del resto, oltre all'art. 346, v., nel senso dell'inapplicabilità di una misura cautelare ai sensi dell'art. 273 comma 2 – la cui *ratio* è condivisa dall'art. 385 (*infra*, 15) – in difetto di una condizione di procedibilità, Cass., Sez. I, 9.5.1994, Tarek, *CED*, 1994/197879.

¹²² Nel senso che dal pericolo di fuga non si può prescindere neppure per il fermo *ex art. 77* d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia), v. Cass., Sez. VI, 23.11.2012, Ciociola, *CED*, 2013/254199, Cass., Sez. IV, 17.7.2012, Gancitano, *CED*, 2012/253234.

¹²³ Cfr. Cass., Sez. II, 7.4.2010, Sambe Mamadou, *CED*, 2010/246917. Sul punto, in dottrina, R. Giovagnoli, *Il fermo*, 193; K. La Regina, *L'udienza*, 184; G. Piziali, *L'adeguamento*, 241; P. Sechi, *sub art. 11*, 444.

mare¹²⁴. Ne deriva non soltanto che il pericolo di fuga non può essere ravvisato per il semplice fatto che un coindagato si è già sottratto alle investigazioni¹²⁵. In termini più generali, se ne possono ricavare indicazioni assimilabili a quelle emergenti dal requisito della **concretezza** che connota il pericolo di fuga rilevante a fini cautelari ai sensi dell'art. 274 lett. *b*, ove è ora espressamente chiarito che «le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»¹²⁶. Analogamente, per quanto riguarda la precautela prevista dall'art. 384, in giurisprudenza si riconosce che la sussistenza del pericolo di fuga non può essere affermata «sulla sola base del titolo di reato in ordine al quale si indaga»: infatti, «quest'ultimo elemento costituisce limite della esperibilità del fermo [...], non elemento che di per sé configuri la probabilità di fuga»¹²⁷. Affinché la misura possa ritenersi legittima, debbono essere adottati altri elementi, ossia comportamenti specifici del soggetto o dati tratti dalla sua situazione concreta¹²⁸, non necessariamente tali «da poter fornire la prova diretta del progetto di fuga»¹²⁹. Non esclude la possibilità di ravvisare un pericolo di fuga dotato della richiesta concretezza – si è affermato – il «mero dato del radicamento esistenziale dell'indagato [straniero] in un determinato contesto territoriale»¹³⁰. Gli elementi adottati debbono comunque dimostrare la sussistenza di un **pericolo di sottrazione alla giustizia «fondato»**, ossia reale, effettivo, non immaginario e non soltanto congetturale. Non necessariamente il rischio deve essere di particolare intensità, essendo sufficiente che i comporta-

¹²⁴ Cass., Sez. Un., 11.5.1993, Maroni, in *Giur. it.*, 1994, II, 7, con nota di G. De Roberto. Nello stesso senso, di recente, Cass., Sez. II, 7.4.2010, Sambe Mamadou, cit.

¹²⁵ V. Cass., Sez. II, 4.12.1997, Beatobe, *CED*, 1998/209594; Cass., Sez. VI, 31.5.1993, De Rimini, cit.; Cass., Sez. I, 4.6.1991, Galasso, *CED*, 1991/188333.

¹²⁶ V. già Cass., Sez. Un., 11.7.2001, Litteri, in *Cass. pen.*, 2002, 41, con nota di M.L. di Bitonto.

¹²⁷ Cass., Sez. II, 7.4.2010, Sambe Mamadou, cit. Nello stesso senso, Cass., Sez. III, 18.12.2003, Failla, *CED*, 2004/228486; Cass., Sez. I, 9.6.1998, Stegani, *CED*, 1998/211022; Cass., Sez. II, 4.12.1997, Beatobe, cit.; Cass., Sez. VI, 10.2.1994, Tatulli, *CED*, 1994/197946; Cass., Sez. VI, 31.5.1993, De Rimini, cit.; Cass., Sez. I, 24.6.1992, Greco Tonegutti, *CED*, 1992/192215; Cass., Sez. I, 4.6.1991, Galasso, cit.

¹²⁸ In dottrina v., fra gli altri, L. D'Ambrosio, *Art. 384*, 404.

¹²⁹ Cass., Sez. I, 23.3.1994, Spangher, *CED*, 1994/197214.

¹³⁰ Così Cass., Sez. IV, 21.4.2011, Janmoune, *CED*, 2011/251345. Con riguardo alla particolare situazione di un militare statunitense in servizio presso la base di Aviano, la Corte di cassazione affermò che, poiché «il concetto di fuga implica una deliberata decisione del singolo di sottrarsi agli accertamenti del giudice italiano», non si può desumere il relativo pericolo «dalla possibilità che l'indagato sia destinatario di un provvedimento di trasferimento da parte dell'autorità amministrativa straniera dalla quale dipende, provvedimento sul quale né l'autorità italiana, né lo stesso interessato ha la possibilità di incidere in alcun modo, a meno di non ritenere che tale provvedimento possa essere emanato al fine specifico di determinare le condizioni della fuga» (Cass., Sez. I, 20.3.2004, Miller, *CED*, 2004/228889).

menti della persona gravemente indiziata e/o la sua situazione concreta ne rendano la fuga ragionevolmente probabile¹³¹.

In giurisprudenza si tende ad escludere che possano valere a fondare l'esistenza del pericolo di fuga richiesto dall'art. 384 il mero **allontanamento dal luogo del delitto** e la momentanea irreperibilità che ne deriva¹³². Peraltro, a far ritenere sussistente il pericolo in oggetto non può essere, di per sé, la **semplice conoscenza degli elementi** emersi a suo **carico** da parte dell'interessato¹³³, la quale può tuttavia concorrere a giustificare la misura in unione con altri elementi specifici, diversi da un mero allontanamento dal luogo del delitto. Ai fini della legittimità del fermo, rileva un'**irreperibilità** che si caratterizzi in concreto quale frutto di un tentativo di sottrazione alle ricerche della polizia giudiziaria¹³⁴. Così può dirsi di un'assenza prolungata dai luoghi di vita consueti che costringa la polizia ad una non semplice attività di ricerca¹³⁵, senza che, peraltro, il mero deposito di un'**istanza di audizione** appaia sufficiente a far ritenere cessato il pericolo di fuga¹³⁶.

Se però l'irreperibilità si presenta nella specie come il risultato di una fuga già consumata, ossia che ha ormai posto l'individuo al riparo dalle ricerche «in modo sufficientemente sicuro per lui», il pubblico ministero parrebbe non poter più ricorrere al fermo, ma soltanto ad una richiesta di misura cautelare rivolta al giudice: infatti, l'art. 384 fa esclusivo riferimento al «pericolo di fuga», mentre l'art. 274 lett. *b* evoca anche l'ipotesi in cui il soggetto si sia già «dato alla fuga»¹³⁷. D'altronde, con riguardo al caso del **fermo** disposto dal pubblico ministero e rimasto **ineseguito** poiché il destinatario ha consumato la fuga, le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione¹³⁸ hanno ravvisato il prodursi di una «immediata e definitiva caducazione del relativo decreto», essendo venuto a mancare il pericolo ri-

¹³¹ Cfr. Cass., Sez. I, 27.3.1991, Matina, in *Cass. pen.*, 1992, 702, e, più recentemente, Cass., Sez. I, 10.1.2006, Salaj, *CED*, 2006/234066. V., altresì, Cass., Sez. III, 18.12.2003, Failla, cit., ove si richiede «un rischio possibile se non probabile»; Cass., Sez. I, 9.6.1998, Stegani, cit., ai fini della legittimità del fermo, evoca la sussistenza di una «rilevante probabilità che l'indagato si dia alla fuga».

¹³² Diversamente, del resto, sotto il profilo in questione il fermo dovrebbe essere considerato legittimo «in tutti i casi in cui l'indagato non sia stato arrestato in flagranza ovvero il reato venga accertato successivamente»: così Cass., Sez. I, 10.1.2006, Salaj, cit. Analogamente v. Cass., Sez. III, 18.12.2003, Failla, cit.; Cass., Sez. II, 4.12.1997, Beatobe, cit.

¹³³ V. Cass., Sez. I, 10.1.2006, Salaj, cit.; cfr., altresì, Cass., Sez. I, 24.6.1992, Greco Tonegutti, cit.

¹³⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 9.2.1998, Saetta, *CED*, 1998/209854.

¹³⁵ V. Cass., Sez. II, 20.10.2011, Cerreto, *CED*, 2011/252048.

¹³⁶ V. Cass., Sez. I, 22.12.1993, Puglisi, in *Cass. pen.*, 1995, 3373 s., con osservazioni di M. Colamussi.

¹³⁷ Parrebbe accogliere la «tesi della non configurabilità del “pericolo di fuga”, ai fini di cui all'art. 384 c.p.p., quando la fuga sia già avvenuta» Cass., Sez. I, 9.2.1998, Saetta, cit.; cfr., altresì, Cass., Sez. II, 20.10.2011, Cerreto, cit.

¹³⁸ Cass., Sez. Un., 11.5.1993, Maroni, cit.

chiesto dall'art. 384. Verificandosi tale situazione, il pubblico ministero – si è precisato – potrà richiedere al giudice di disporre una misura cautelare personale a norma dell'art. 274 lett. *b*. È insito nella natura stessa del fermo che il pericolo presupposto riguardi una **fuga imminente**, così da non consentire di attendere la risposta del giudice ad una richiesta cautelare¹³⁹. L'eccezionalità – come sottolineano le Sezioni Unite – implica i caratteri della **temporaneità e provvisorietà**, riferiti all'efficacia del provvedimento adottato dal pubblico ministero e non semplicemente alla restrizione della libertà personale che ne consegue là dove esso trovi attuazione.

La caducazione del provvedimento di fermo non viene riconosciuta, invece, nel caso di una **presentazione spontanea** che ponga termine all'irreperibilità di chi, fino a quel momento, si è sottratto alle ricerche. Essa non osta all'esecuzione della misura disposta dal pubblico ministero, restandovi la polizia tenuta anche nei confronti del soggetto che ad essa si presenti spontaneamente¹⁴⁰.

12. Il fermo successivo all'estinzione della custodia cautelare per motivi formali o per omesso interrogatorio di garanzia.

In ordine al fermo successivo alla **caducazione della custodia cautelare per ragioni “formali”**, in giurisprudenza si ravvisano orientamenti contrastanti circa la necessità o meno della **previa liberazione effettiva** del soggetto ai fini della legittimità di un intervento *ex art.* 384¹⁴¹, in particolare con riguardo al caso dell'**omessa tempestiva trasmissione degli atti di cui all'art. 309 comma 5** al giudice del riesame. Una prima lettura censura il fermo nei confronti di persona ancora ristretta, in quanto «provvedimento [...] preconstituito all'evidente fine di eludere gli effetti della disposta liberazione»¹⁴². In senso contrario si è osservato che unica condizione di legittimità del fermo è la sussistenza dei presupposti elencati nell'art. 384: lo *status libertatis* non vi è incluso, ma, d'altra parte, una

¹³⁹ Cass., Sez. Un., 11.5.1993, Maroni, cit., si riferisce alla necessità di un pericolo di fuga «fondato ed imminente».

¹⁴⁰ V. Cass., Sez. III, 18.12.2003, Failla, cit.; Cass., Sez. I, 28.3.1996, Aprovitala, *CED*, 1996/204540; Cass., Sez. II, 5.5.1994, Corazza, *CED*, 1994/197843; Cass., Sez. I, 22.12.1993, Puglisi, cit. (M. Colamussi, nelle osservazioni che seguono, evoca l'art. 374 comma 3 ad ulteriore sostegno delle conclusioni raggiunte dalla Corte. Sul punto cfr., altresì, K. La Regina, *L'udienza*, 183). Ovviamente, la circostanza che la presentazione spontanea non determini la caducazione del fermo già emesso nei confronti del soggetto fino a quel momento sottrattosi alle ricerche non esclude, invece, una tempestiva presa di contatto con la polizia o con il pubblico ministero dal novero degli elementi idonei a contraddire, in concreto, la sussistenza del pericolo di fuga: v. Cass., Sez. I, 10.1.2006, Salaj, cit.; Cass., Sez. I, 9.6.1998, Stegani, cit.

¹⁴¹ Cfr. Cass., Sez. I, 23.5.2013, Lanza, cit.

¹⁴² Cass., Sez. VI, 25.11.1999, Modaffari, *CED*, 1999/215437.

restrizione in procinto di cessare comunque non vale, di per sé, a fondare un concreto pericolo di fuga, ove manchino specifici elementi in tal senso¹⁴³. In ogni caso, s'intuisce la facile tentazione di sostituire, di fatto, una fuga imminente con l'interruzione della custodia (in quanto tale) come evento da scongiurare attraverso il fermo: tuttavia, le modifiche apportate all'art. 309 comma 10 dalla legge 16.4.2015, n. 47, dovrebbero ora scoraggiare la diffusione di tale atteggiamento poco ortodosso, considerato che l'ordinanza coercitiva caducata non può comunque essere rinnovata «salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate».

Qualora la custodia cautelare si estingua per l'**omissione di un valido interrogatorio di garanzia entro il termine prescritto**, non è pacifico se incida sulla praticabilità del fermo l'art. 302, nella parte in cui subordina la possibilità di disporre nuovamente la misura al **previo interrogatorio del soggetto da parte del giudice**. Secondo una prima interpretazione, ne deriverebbe l'illegittimità del fermo disposto a seguito della caducazione della misura per gli stessi fatti e nei confronti della medesima persona, in quanto fonte di una nuova restrizione della libertà personale non preceduta dal prescritto interrogatorio¹⁴⁴. L'opposta tesi sostiene, invece, l'ammissibilità della precautela, affermando che la necessità di tale adempimento preliminare è riferita dall'art. 302 al solo provvedimento restrittivo del giudice¹⁴⁵.

¹⁴³ Cfr. Cass., Sez. II, 2.2.2005, Benboubaker, *CED*, 2005/231629.

¹⁴⁴ In tal senso Cass., Sez. V, 6.7.1994, Cacciolla, in *Cass. pen.*, 1995, 2971 ss., con nota di N. Felli. La medesima pronuncia, tuttavia, giudicò comunque legittima la custodia cautelare in carcere nuovamente disposta, ritenendo che l'art. 302 non esiga un interrogatorio a piede libero e, dunque, sia soddisfatto anche ove lo stesso sia espletato nell'udienza di convalida (a prescindere dall'esito del giudizio sulla precautela); nel senso che «la misura potrà essere nuovamente disposta dopo che l'indiziato sia stato interrogato in stato di libertà e sempre che, tenuto conto di quanto emerso nel corso dell'interrogatorio, ne ricorrano ancora i presupposti» v., però, *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 743. Secondo C. Beretta, *Sul ripristino*, 619, verificandosi l'eventualità considerata dall'art. 302, il pubblico ministero potrebbe legittimamente disporre il fermo – sussistendone gli ordinari presupposti – in attesa della decisione del giudice sulla richiesta di nuova misura cautelare, già presentata e già «seguita dalla convocazione dell'indagato davanti allo stesso giudice e dallo svolgimento dell'interrogatorio, ovvero dalla mancata comparizione, senza giustificazione, dell'indagato».

¹⁴⁵ V. Cass., Sez. IV, 24.5.2004, Ejili, in *Cass. pen.*, 2005, 1642, con nota critica di F. Alonzi (v. altresì il commento di F. Vergine, *Estinzione*, 265 ss.): in caso di caducazione della custodia cautelare per nullità dell'interrogatorio di garanzia, si ritiene ammesso il fermo, «previa rimessione in libertà dell'indagato», escludendosi poi che possa «crearsi un rito ibrido per consentire» l'espletamento dell'interrogatorio ex art. 302 in stato di libertà (*infra*, 30.4.1); analogamente v. Cass., Sez. IV, 25.5.2007, Shehu, *CED*, 2007/237235. Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 2.7.2008, Makunja, *CED*, 2008/241404, che, ai fini del fermo, ritiene sufficiente che la persona sia stata «rimessa formalmente in libertà» in virtù della caducazione della custodia cautelare in carcere determinata dalla nullità dell'interrogatorio di garanzia; analogamente, Cass., Sez. I, 13.3.2013, Djordjevic, *CED*, 2013/257012.

13. Il potere di fermo: titolarità e modalità di esercizio.

Il potere di disporre il fermo spetta al **pubblico ministero**¹⁴⁶. La **polizia giudiziaria** è tenuta a dare esecuzione al provvedimento del magistrato; soltanto in via sussidiaria procede al fermo di propria iniziativa. Sotto il **profilo temporale**, la collocazione della relativa disciplina nel titolo VI del libro V non ha talvolta impedito di concludere che l'esercizio del potere di fermo da parte del pubblico ministero non risulta normativamente confinato entro la fase delle indagini preliminari e, dunque, non appare precluso dopo la chiusura delle stesse¹⁴⁷. Sotto il **profilo locale**, l'art. 386 comma 6 testimonia che l'esecuzione del fermo disposto dal magistrato non subisce limiti territoriali legati alla ripartizione delle funzioni di pubblico ministero tra i vari uffici presenti sul territorio nazionale: il pubblico ministero che ha esercitato il potere di cui all'art. 384 comma 1, infatti, ben può essere diverso da quello del luogo in cui il provvedimento viene eseguito¹⁴⁸. Sotto il **profilo formale**, dall'art. 122 disp. att. si ricava che il fermo è disposto con **decreto**, che si ritiene debba essere **motivato**¹⁴⁹. La mancanza di motivazione, tuttavia, «non comport[erebbe] sanzioni di carattere processuale»¹⁵⁰. L'urgenza del caso, inoltre, consentirebbe un «ordine rivolto alla polizia giudiziaria [...] oralmente»¹⁵¹. Sussistendo i presupposti di cui all'art. 384 comma 1, l'esercizio del potere di fermo da parte del pubblico ministero è **doveroso**. Per loro natura, tuttavia, tali condizioni richiedono una verifica che apre **significativi margini di discrezionalità**¹⁵². Circostanze particolari e ragioni specifiche possono consentire

¹⁴⁶ Secondo l'art. 3 comma 1 d.lgs. 20.2.2006, n. 106, «il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio deve essere assentito per iscritto dal procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4», del medesimo testo normativo. Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno negato che il medesimo assenso, previsto dal secondo comma dell'art. 3 d.lgs. n. 106/2006 anche per la richiesta di una misura cautelare, si configuri «come condizione di ammissibilità» della stessa e «di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice»: Cass., Sez. Un., 22.1.2009, Novi, in *Cass. pen.*, 2009, 4157, con nota di M. Ceresa-Gastaldo.

¹⁴⁷ V. Cass., Sez. I, 23.5.2013, Lanza, *CED*, 2013/256048, Cass., Sez. II, 20.12.2006, Bianco, *CED*, 2007/235815; in dottrina, F. Alonzi, *Le attività*, 173, nota 54. V., però, *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 884, là dove definisce arresto e fermo quali «misure coercitive tipiche della fase delle indagini preliminari».

¹⁴⁸ Cfr. A. Ferraro, *Arresto*, 47; F. Vergine, *Arresto*, 435.

¹⁴⁹ Sul punto, A. Ferraro, *Arresto*, 47 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 186. In giurisprudenza, sull'indicazione del fatto in ordine al quale il fermo è disposto, v. Cass., Sez. fer., 6.8.1991, Padovano, in *Cass. pen.*, 1992, 1281 ss.

¹⁵⁰ D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 32.

¹⁵¹ Cfr. Gius. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione*, 264.

¹⁵² V. D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 32; M. Chiavario, *Diritto processuale*, 731; A. Ferraro, *Arresto*, 41, nota 62.

al pubblico ministero di «**ritardare l'esecuzione** [...] del fermo dell'indiziato di delitto», com'è previsto per le ipotesi considerate dall'art. 9 comma 7 legge 16.3.2006, n. 146.

13.1. *Il fermo d'iniziativa della polizia giudiziaria.*

Ordinariamente investita della mera esecuzione del provvedimento con cui il pubblico ministero dispone la precautelata, soltanto in via sussidiaria la polizia giudiziaria è titolare del **potere-dovere di procedere al fermo di propria iniziativa**. Più precisamente, essa è chiamata ad esercitare una funzione di supplenza del pubblico ministero che, quando i presupposti del fermo si manifestano, **non abbia ancora assunto la direzione delle indagini** (art. 384 comma 2) e, successivamente, a sostituirlo in **situazioni di urgenza** tali da impedire di attendere il suo provvedimento (art. 384 comma 3). Sotto il primo profilo, in giurisprudenza si è affermato che il potere-dovere di supplenza perdura anche dopo che la notizia di reato è stata comunicata al pubblico ministero, fino a quando egli non «si sia attivato nell'esercizio concreto dei suoi poteri sulla polizia giudiziaria»¹⁵³. Successivamente all'assunzione della direzione delle indagini da parte del magistrato, l'art. 384 comma 3 attribuisce rilevanza a conoscenze sopravvenute che denuncino alla polizia la necessità di un fermo immediato: se – e soltanto se – il pubblico ministero non può garantire un intervento sufficientemente tempestivo, il legislatore incarica dell'intervento la polizia. Un fermo immediato è richiesto nel **caso in cui emergano «specifici elementi [...] che rendano fondato il pericolo che l'indiziato sia per darsi alla fuga»**¹⁵⁴. Fra gli elementi rilevanti è ora espressamente richiamato «il possesso di documenti falsi», senza che, tuttavia, ne derivi automaticamente la precautelata¹⁵⁵. L'art. 384 comma 3 contempla il fermo in assenza di un provvedimento del pubblico ministero, che pure abbia già assunto la direzione delle indagini, anche nel caso della **sopravvenuta individuazione dell'indiziato** da parte della polizia giudiziaria. Com'è stato opportunamente osservato, «nonostante la non chiara formulazione letterale della norma», sembra doversi ritenere che anche nei confronti di un indiziato neo-individuato il potere di fermo della polizia giudiziaria sia legittimamente esercitabile a condizione che risulti impossibile «attendere il provvedimento del pubblico ministero»¹⁵⁶, a fronte – parrebbe – del fondato pericolo che il soggetto sia per darsi alla fuga. Con riguardo all'ipotesi di un fermo effettuato dalla polizia di propria iniziativa dopo

¹⁵³ Così Cass., Sez. I, 24.6.1992, Greco Tonegutti, cit.

¹⁵⁴ In giurisprudenza si è affermato che «è evidente [...] la differenza tra il fondato pericolo di fuga richiesto dai primi due commi dell'art. 384 [...] ed il concetto espresso con i termini sia per darsi alla fuga, che stanno ad indicare chi stia in concreto scappando»: Cass., Sez. V, 17.4.2001, Bove, CED, 2001/219474.

¹⁵⁵ V. L. Cordi, sub *art. 13*, 548.

¹⁵⁶ A. Ferraro, *Arresto*, 46.

che il pubblico ministero abbia già assunto la direzione delle indagini ed in **assenza delle condizioni fissate nel comma 3** dell'art. 384, si è precisato che esso «deve considerarsi come avvenuto fuori dei casi previsti dalla legge ed è, dunque, insuscettibile di convalida»¹⁵⁷. Infine, si ricordi l'ipotesi speciale di fermo ad iniziativa della polizia giudiziaria, nei confronti «dell'imputato che [...] stia per darsi alla fuga», prevista dall'**art. 307 comma 4** in collegamento con la scarcerazione per decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare: essa è disciplinata dalle disposizioni sul fermo di indiziato di delitto, «in quanto compatibili».

14. L'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare.

La misura precautelare dell'**allontanamento d'urgenza dalla casa familiare** è prevista dall'art. 384-*bis*, introdotto dal d.l. n. 93/2013, convertito nella legge n. 119/2013¹⁵⁸. L'**ambito di operatività** è quello dei «delitti di cui all'articolo 282 *bis*, comma 6»¹⁵⁹. Del resto, l'intervento *ex art.* 384-*bis* si candida naturalmente ad «anticipare», in via d'urgenza, proprio la misura cautelare di cui all'art. 282-*bis*, anche se – è stato rilevato – non è detto che non possa seguire una diversa forma di coercizione, «soprattutto se il destinatario della misura pre-cautelare non abbia osservato le prescrizioni»¹⁶⁰. I **presupposti** sono la flagranza («propria» o «impropria»¹⁶¹) di uno dei citati delitti e – sotto il profilo della «necessità ed urgenza» dell'intervento – la sussistenza di «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». Per fronteggiare tale rischio la misura prevista dall'art. 384-*bis* si articola nell'**«allontanamento urgente dalla casa familiare»**¹⁶², unito al **divieto di avvicinamento** «ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa». L'**iniziativa** spetta agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria, come accade per l'arresto. Tuttavia, diversamente da quest'ultimo, l'intervento *ex art.* 384-*bis* deve essere **previamente autorizzato**

¹⁵⁷ Cass., Sez. V, 17.4.2001, Bove, cit.; Cass., Sez. V, 8.4.1992, Minchella, *CED*, 1992/189978. In dottrina, v. L. D'Ambrosio, *Art. 384*, 406.

¹⁵⁸ V. l'art. 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11.5.2011), ratificata dall'Italia con la legge 27.6.2013, n. 77.

¹⁵⁹ Recentemente v. Cass., Sez. VI, 10.11.2015, H., in *DeJure*.

¹⁶⁰ Così C. Iasevoli, *Pluralismo*, 1398.

¹⁶¹ Per un caso di ritenuta insussistenza dello stato di «quasi flagranza», v. Cass., Sez. VI, 14.1.2015, B.A., in *DeJure*.

¹⁶² Si ritiene «ragionevole [...] che, così come nel caso della [corrispondente] misura cautelare, la prescrizione si esprima anche in un divieto di accedere all'abitazione senza autorizzazione», la quale in tal caso dovrebbe spettare al pubblico ministero (M. Chiavario, *Diritto processuale*, 741).

dal pubblico ministero (in forma scritta oppure orale, ma con conferma per iscritto, o per via telematica). In presenza dei suddetti presupposti, il legislatore ha attribuito alla polizia giudiziaria la «**facoltà**» di ricorrere alla “nuova” precautelata. Peraltro, in virtù del rinvio alle disposizioni di cui all’art. 381 comma 3, ove si tratti di **delitto perseguibile a querela**, la mancanza della stessa inibisce l’intervento *ex art. 384-bis* nel caso concreto, così come accade per l’esercizio del potere di arresto¹⁶³. È espressamente previsto che «della dichiarazione orale di querela si d[ia] atto nel verbale delle operazioni di allontanamento». Anche il ricorso alla “nuova” precautelata, inoltre, è vietato nei casi di cui all’art. 385¹⁶⁴. In rapporto alla “facoltà” di cui all’art. 384-*bis*, il profilo più delicato appare l’assetto dei **rapporti con l’arresto in flagranza** quando entrambe le misure siano applicabili. Pare doveroso fare una distinzione a seconda che l’allontanamento urgente dalla casa familiare concorra con l’arresto obbligatorio oppure discrezionale. Nella prima ipotesi sembrerebbe dover prevalere la misura più gravosa: è questo il caso, ad esempio, del soggetto colto nella flagranza del delitto di violenza sessuale previsto dall’art. 609-*bis* c.p. (evocato sia dall’art. 282-*bis* comma 6 sia dall’art. 380 comma 2 lett. *d-bis*). Nella seconda eventualità, invece, «la scelta [...] presenta sicuramente dei margini di discrezionalità, e andrà effettuata sulla base dei dati concreti, tenendo conto, oltre che dei criteri indicati dall’art. 381 c. 4 per l’esercizio della facoltà di arresto [...], anche della *ratio* di specifica tutela della persona offesa sottesa all’art. 384-*bis*»: così, ad esempio, sarà ove il soggetto venga sorpreso nella flagranza di un’ipotesi di violenza sessuale «di minore gravità» (per la quale è esclusa l’obbligatorietà dell’arresto)¹⁶⁵.

Infine, per quanto riguarda gli **adempimenti successivi all’esecuzione** della misura, il legislatore ha inserito un rinvio alle disposizioni dettate in materia di arresto e fermo «in quanto compatibili». Una particolarità si riscontra in ordine agli **obblighi d’informazione gravanti sulla polizia giudiziaria**, che si arricchiscono. Nel caso di un intervento *ex art. 384-bis*, infatti, essi comprendono anche i dati da fornire alla **vittima** a norma dell’art. 11 d.l. 23.2.2009, n. 11, convertito nella legge 23.4.2009, n. 38 (e successive modificazioni), relativi ai «centri anti-violenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza della vittima» stessa, che con tali centri deve essere messa in contatto se lo richiede espressamente. Inoltre, si può notare che, una volta adottata la “nuova” misura precautelata, qualora non si opti per la convalida ed il contestuale **giudizio direttissimo** a causa del grave pregiudizio che ne verrebbe alle indagini, «la polizia giudiziaria provvede comunque», entro le successive quarantotto ore, «alla citazione per l’udienza di convalida indicata dal pubblico ministero» (art. 449 comma 5 ultimo periodo).

¹⁶³ *Supra*, 7.

¹⁶⁴ *Infra*, 15.

¹⁶⁵ M. Chiavario, *Diritto processuale*, 742.

15. Cause ostative all'esercizio del potere precautelare.

L'art. 385 **vieta l'arresto ed il fermo**¹⁶⁶ «quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità». Esso condivide la *ratio* dell'art. 273 comma 2, essendo finalizzato ad impedire «inutili sacrifici della libertà personale»¹⁶⁷. Sebbene il testo dell'art. 385 sembri delineare una preclusione dai confini meno estesi, pare comunque consentito propugnarne l'operatività anche là dove il fatto appaia compiuto sussistendo una causa di giustificazione diversa da quelle espressamente menzionate¹⁶⁸; parimenti, si sostiene che il giudice dovrebbe negare la convalida pure in presenza di «fatti estintivi del reato o della pena e [del]l'incapacità d'intendere e di volere della persona *in vinculis*»¹⁶⁹.

16. Il procedimento successivo all'esecuzione di un arresto o di un fermo: finalità e soggetti.

L'arresto ed il fermo condividono la disciplina dell'*iter* successivo all'esecuzione (richiamata anche dall'art. 384-*bis*, in quanto compatibile). Essa manifesta l'«intento del legislatore di esprimere in termini rigorosi la logica dell'**eccezionalità** che legittima costituzionalmente le misure pre-cautelari»¹⁷⁰. Gli adempimenti che segnano il passaggio da una fase all'altra del procedimento sono regolati secondo una scansione temporale la cui inosservanza è sanzionata dalla perdita di efficacia della misura. Il **carattere interinale** della restrizione è inoltre accentuato dal potere-dovere di immediata liberazione che garantisce l'arrestato o il fermato contro l'illegittimo protrarsi della misura sin dal primo stadio dell'*iter*, in quanto attribuito già alla polizia giudiziaria (con la sola precisazione che deve trattarsi di un ufficiale e non di un semplice agente). Ciascuna fase del procedimento che segue l'esecuzione della misura precautelare è governata da un soggetto diverso: la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e, infine, il giudice per le indagini preliminari. Mediante tale articolazione soggettiva si manifestano, nel-

¹⁶⁶ V., altresì, l'art. 189 commi 8 e 8-*bis* d.lgs. 30.4.1992, n. 285 (*Nuovo codice della strada*): sul punto, F. Vergine, *Arresto*, 440.

¹⁶⁷ K. La Regina, *L'udienza*, 188.

¹⁶⁸ V. F. Caprioli, *Indagini*, 549.

¹⁶⁹ D. Negri, *Fumus*, 97. Secondo F. Cordero, *Procedura*, 499, «l'art. 385 [...] formula un superfluo requisito negativo, vietando arresto o fermo rispetto ai fatti scriminati o semplicemente esenti da pena: vi manca un riferimento ai fatti estintivi del reato o della pena, ma sul piano normativo non esistono differenze».

¹⁷⁰ L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 411.

l'ambito in questione, due connotati fondamentali dell'attuale sistema processuale: l'individuazione, nel **pubblico ministero**, del **dominus delle indagini preliminari** (al quale viene rimessa la facoltà di interrogare l'arrestato o il fermato) e la previsione della **garanzia giurisdizionale** in materia di libertà personale (che esclude poteri di convalida in capo all'organo dell'investigazione)¹⁷¹.

17. I doveri di informazione della polizia giudiziaria: nei confronti dell'arrestato o fermato e dei suoi familiari ...

Il corredo di informazioni che «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o il fermo o hanno avuto in consegna l'arrestato» debbono fornire al soggetto è stato molto arricchito dal d.lgs. 1.7.2014, n. 101 (che ha dato attuazione alla direttiva n. 2012/13/UE)¹⁷². Già in precedenza l'art. 386 comma 1 prevedeva il pronto avvertimento «della **facoltà di nominare un difensore di fiducia**», con inserimento dell'eventuale nomina nel verbale d'arresto o di fermo¹⁷³; oggi a questo avviso se ne aggiungono numerosi altri, ripresi quasi alla lettera dalla citata direttiva europea¹⁷⁴. Le informazioni devono essere contenute in «una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa» e, se l'arrestato o fermato non conosce l'italiano, «tradotta in una lingua a lui comprensibile». La consegna al soggetto della comunicazione scritta è provvisoriamente surrogata da un'informazione orale qualora la versione tradotta non sia prontamente disponibile, ma dovrà comunque obbligatoriamente seguire «senza ritardo» (art. 386 comma 1-*bis*)¹⁷⁵. Un'eventuale carenza informativa è rimediabi-

¹⁷¹ Sulle caratteristiche essenziali del procedimento successivo all'esecuzione di un arresto o di un fermo, sintetizzate nel testo, v. L. D'Ambrosio, *Art. 379, 356 ss.*

¹⁷² Per un commento v. S. Ciampi, *Diritto all'informazione*, 1 ss.

¹⁷³ In giurisprudenza, tuttavia, si è ritenuto che l'inosservanza di tale dovere non determini alcuna forma di invalidità o di inefficacia dell'atto: v. Cass., Sez. VI, 25.6.2013, Louri Mohamed alias Rabhi Salah, *CED*, 2013/256555; Cass., Sez. IV, 13.6.2007, Zimardi, *CED*, 2007/237471; Cass., Sez. II, 16.10.2003, Togni, *CED*, 2003/226920.

¹⁷⁴ Su vantaggi e svantaggi di una pedissequa riproduzione di previsioni contenute nella direttiva 2012/13/UE, S. Ciampi, *Diritto all'informazione*, 21.

¹⁷⁵ Prima dell'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati in attuazione delle direttive 2010/64/UE e 2012/13/UE, in giurisprudenza si era escluso che già all'atto dell'arresto in flagranza di uno straniero non a conoscenza della lingua italiana si dovesse provvedere a farlo assistere da un interprete (v. Cass., Sez. I, 19.9.2003, Aiyudubie, in *Cass. pen.*, 2004, 3254, nonché Cass., Sez. VI, 24.10.2013, Usifoh, *CED*, 2013/258322). Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 4.3. 2014, n. 32, attuativo della prima direttiva menzionata, v. i dubbi interpretativi prospettati sul punto da A. Cocomello, A. Corbo, *Novità*, 6 s. Intervenuta altresì l'attuazione della seconda direttiva (d.lgs. n. 101/2014), cfr. Cass., Sez. I, 8.10.2014, S., in *Cass. pen.*, 2015, 1503 (con nota di A. Mari), che sembrerebbe propendere per il riconoscimento del diritto all'interprete anche al momento dell'arresto o fermo.

le dal **giudice**, anche d'ufficio, nell'udienza di convalida (art. 391 comma 2)¹⁷⁶: consente il controllo giurisdizionale la prescritta menzione, nel verbale di arresto o fermo, dell'adempimento.

L'espresso avviso del diritto di informare i **familiari** dell'avvenuta restrizione si raccorda a quanto già previsto dall'art. 387, che fa carico alla polizia di trasmettere «senza ritardo» la relativa notizia. Si tratta di un incombente funzionale all'effettività del diritto di difesa¹⁷⁷ a fronte delle difficoltà indotte dallo stato detentivo¹⁷⁸. Infatti, alla nomina del difensore di fiducia può procedere un prossimo congiunto, fino a quando non vi abbia provveduto il fermato o l'arrestato (art. 96 comma 3)¹⁷⁹. Ma l'avviso *ex art.* 387 è destinato, più ampiamente, ai familiari (per definire quest'ultima categoria si è proposto di fare ricorso all'art. 199¹⁸⁰): esso, infatti, è altresì diretto a scongiurare «un penoso stato di isolamento» ai danni del ristretto¹⁸¹.

L'avviso ai familiari è subordinato al **consenso** dell'arrestato o del fermato. Non è richiesta l'osservanza di forme particolari¹⁸². L'**omissione** non comporta sanzioni processuali¹⁸³.

17.1. ... nei confronti del difensore ...

A norma dell'art. 386 comma 2, la polizia giudiziaria deve informare il difensore – di fiducia o d'ufficio – dell'avvenuto arresto o fermo. Si è ritenuto escluso l'onere di cercare o di rintracciare il difensore di fiducia oltre le indicazioni fornite.

¹⁷⁶ Sulle conseguenze di un eventuale difetto d'informazione nei confronti dell'arrestato o del fermato, v. le considerazioni svolte da S. Ciampi, *Diritto all'informazione*, 19 s. (anche attraverso il richiamo dell'art. 8 della direttiva 2012/13/UE), con riferimento alla violazione degli analoghi adempimenti previsti sul fronte cautelare (artt. 293 e 294).

¹⁷⁷ Sul carattere funzionale all'esercizio del diritto di difesa dell'avviso *ex art.* 387, v. L. Filippi, *L'arresto*, 310; K. La Regina, *L'udienza*, 189; L. Scomparin, *Arresto*, 257; F. Vergine, *Arresto*, 458.

¹⁷⁸ Si ricordi che, contro ingerenze indebite, l'art. 25 disp. att. trans. stabilisce che «costituisce grave infrazione disciplinare per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria e per tutti i dipendenti dell'amministrazione degli istituti di prevenzione e di pena dare consigli sulla scelta del difensore di fiducia».

¹⁷⁹ In tema v. F. Lupinu, *La nomina del difensore*, 99 ss. L'avviso dell'avvenuto arresto o fermo dovrebbe dunque contenere anche la notizia della mancata nomina di un difensore di fiducia da parte del diretto interessato (A. Ferraro, *Arresto*, 63).

¹⁸⁰ In tal senso L. D'Ambrosio, *Art. 387*, 424.

¹⁸¹ L. D'Ambrosio, *Art. 387*, 422 s.; più recentemente cfr. F. Vergine, *Arresto*, 458.

¹⁸² V. A. Ferraro, *Arresto*, 63; L. Filippi, *L'arresto*, 310.

¹⁸³ V. L. D'Ambrosio, *Art. 387*, 422; A. Ferraro, *Arresto*, 63; L. Scomparin, *Arresto*, 258; F. Vergine, *Arresto*, 459. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 20.2.1990, Di Biasi, in *Cass. pen.*, 1990, II, 94, con nota di G. Spangher, *In tema*, 282 s.

te dall'arrestato o dal fermato¹⁸⁴. L'avviso deve essere dato «**immediatamente**». Poiché «l'esecuzione dell'arresto si realizza con la materiale apprensione del soggetto» e non con la redazione del verbale, l'obbligo d'informazione deve essere adempiuto sin dal primo momento¹⁸⁵. In ordine ai **modi** della comunicazione, in giurisprudenza si è affermato che, in tema di arresto in flagranza, nessuna formalità è prevista per l'informazione che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria devono dare al difensore a norma dell'art. 386 comma 2¹⁸⁶. Quanto alle conseguenze dell'**omessa informazione** al difensore dell'avvenuto arresto o fermo, si è più volte concluso che «l'inosservanza dell'art. 386 c.p.p., comma 2, [...] non dà luogo ad alcuna nullità, perché nessuna norma la prevede» e, «d'altra parte, deve escludersi che l'omissione possa essere ricondotta alla previsione dell'art. 178 c.p.p., lett. c), poiché l'obbligo di informazione dell'arresto non attiene, in modo diretto, all'assistenza dell'imputato, e non incide, quindi, sul diritto di difesa, al cui esercizio è finalizzato il successivo interrogatorio da parte del giudice competente per la convalida»¹⁸⁷. In dottrina tale orientamento genera diffuse perplessità¹⁸⁸. L'informazione della quale si discute, infatti, «appare correlata con quanto previsto dall'art. 104 comma 2»¹⁸⁹: serve a consentire il colloquio con il difensore cui la persona sottoposta a restrizione precautelare ha diritto, di regola, «subito dopo l'arresto o il fermo». Entro tale prospettiva, l'inosservanza del secondo comma dell'art. 386 sarebbe processualmente sanzionabile a norma degli artt. 178 lett. c e 180¹⁹⁰.

¹⁸⁴ In tal senso Cass., Sez. V, 2.2.1993, Costa, *CED*, 1993/193842. Cfr. Cass., Sez. V, 10.9.1991, Grieco, in *Cass. pen.*, 1992, 2142, con nota di D. Carcano: vi si sostiene che l'art. 386 comma 2 non obbliga la polizia giudiziaria a rintracciare sempre «il difensore di fiducia eventualmente nominato dalla persona arrestata o fermata, per informarlo dell'avvenuto arresto o fermo, se detto difensore non sia stato reperito presso il suo studio o la sua abitazione e non sia stato possibile avvisarlo altrimenti».

¹⁸⁵ V. Cass., Sez. VI, 18.10.1996, Costa, in *Cass. pen.*, 1998, 1124 s.

¹⁸⁶ Cass., Sez. I, 19.12.1991, Oriunto, *CED*, 1992/189429. In senso critico v. L. Scomparin, *Arresto*, 254.

¹⁸⁷ Cass., Sez. VI, 6.5.2009, Spennati, *CED*, 2009/244679; analogamente, Cass., Sez. IV, 27.3.2014, Butnaru, *CED*, 2014/262234, Cass., Sez. VI, 25.6.2013, Louri Mohamed alias Rabhi Salah, cit., Cass., Sez. IV, 13.6.2007, Zimmardi, cit., Cass., Sez. VI, 14.1.2000, Sljivic, *CED*, 2000/216513, Cass., Sez. I, 30.1.1992, Lucariello, *CED*, 1992/189223, Cass., Sez. I, 19.12.1991, Oriunto, cit., Cass., Sez. V, 10.9.1991, Grieco, cit., Cass., Sez. I, 20.2.1990, Di Biasi, cit. *Contra*, g.i.p. Trib. Avezano, 2.1.2012 (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 20.3.2012, con nota adesiva di S. Venturini.

¹⁸⁸ V. D. Carcano, *Arresto*, 2145; L. Filippi, *L'arresto*, 310; K. La Regina, *L'udienza*, 191; L. Scomparin, *Arresto*, 254; G. Spangher, *In tema*, 282.

¹⁸⁹ G. Spangher, *In tema*, 282.

¹⁹⁰ Si precisa, comunque, che la nullità non riguarda «l'arresto o il fermo, per il quale la legge espressamente indica specifiche cause di inefficacia [...], bensì l'udienza di convalida e la decisione resa all'esito della stessa»: così D. Carcano, *Arresto*, 2145.

17.2. ... e nei confronti dell'ufficiale di polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

Qualora ad eseguire la misura precautelare siano stati agenti di polizia giudiziaria, gli adempimenti successivi comprendono l'immediata comunicazione dell'avvenuto arresto o fermo all'**ufficiale** competente in ordine all'eventuale liberazione del soggetto, non consentita ai semplici agenti (art. 120 disp. att.).

In ogni caso deve essere immediatamente informato il **pubblico ministero** (art. 386 comma 1), anche ove la liberazione della persona sia stata disposta già dall'ufficiale di polizia giudiziaria subito dopo l'arresto o il fermo¹⁹¹. Se il destinatario della misura non ha nominato un difensore di fiducia, il magistrato dovrà ricevere anche la richiesta di designarne uno d'ufficio¹⁹². Il pubblico ministero che la polizia deve contattare è quello **del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito**. Tale previsione è in linea con l'individuazione del giudice competente per la convalida nel giudice per le indagini preliminari del luogo di esecuzione della misura, scelta che «si giustifica con l'opportunità di rendere quanto più rapido possibile l'intervento ed il controllo sull'iniziativa precautelare»¹⁹³. La notizia dell'avvenuto arresto o fermo deve essere data al magistrato con **immediatezza**. Per l'avviso **non** sono previste **formalità** cosicché si considera possibile, ad esempio, una mera comunicazione telefonica. Infine, l'**omessa o la ritardata informazione** del magistrato non compare fra le cause d'inefficacia della misura ex art. 386 comma 7¹⁹⁴.

18. I doveri di documentazione della polizia giudiziaria.

La **redazione del verbale di arresto o di fermo** «costituisce un adempimento successivo» all'esecuzione della misura, «destinato a documentare le circostanze dell'atto, al fine di consentire all'autorità giudiziaria l'esercizio dell'indispensabile controllo di legalità»¹⁹⁵. Non si richiede che essa avvenga immediatamente: la polizia può provvedere anche alcune ore dopo la materiale apprensione del soggetto, che segna comunque il momento dal quale decorre il termine di venti-

¹⁹¹ Sul punto v. L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 415 s.

¹⁹² V. A. Ferraro, *Arresto*, 62. Inoltre, A. Cocomello, A. Corbo, *Novità*, 8, osservano: «Può ragionevolmente ritenersi che nelle ipotesi di arresto o fermo effettuati dalla polizia giudiziaria, la stessa debba informare immediatamente l'autorità giudiziaria ove si palesi, anche in dubbio, una mancata conoscenza della lingua [...] perché questa proceda al [relativo] accertamento e nomini o deleghi la nomina di un interprete» (*infra*, 20).

¹⁹³ K. La Regina, *L'udienza*, 192.

¹⁹⁴ V. L. Filippi, *L'arresto*, 308.

¹⁹⁵ Cass., Sez. VI, 18.10.1996, Costa, cit.

quattro ore entro cui la persona deve essere posta a disposizione del pubblico ministero¹⁹⁶.

Il **contenuto** del verbale è stabilito nel comma 3 dell'art. 386¹⁹⁷. Sotto il profilo della «enunciazione delle **ragioni**» all'origine dell'atto, occorre considerare la natura della specifica misura posta in esecuzione. Così, se nel caso di fermo disposto dal pubblico ministero dovrebbe bastare l'«indicazione dell'esistenza di un "ordine"» del magistrato¹⁹⁸, ove la polizia proceda invece ad un arresto *ex art.* 381 si renderà necessario dar conto, oltre che della sussistenza della flagranza, anche della «gravità del fatto ovvero d[e]lla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto»¹⁹⁹. In quest'ultimo caso, comunque, nell'interpretazione giurisprudenziale, alla doverosa esposizione delle ragioni che hanno determinato l'atto è attribuito un contenuto descrittivo più che argomentativo/valutativo²⁰⁰. Inoltre, del verbale non contenente l'enunciazione espressa delle ragioni giustificative dell'arresto si è esclusa la nullità *ex art.* 178²⁰¹. Infine, si è ritenuta irrilevante la **mancata sottoscrizione** da parte dell'indagato sottoposto alla restrizione²⁰².

¹⁹⁶ V. Cass., Sez. I, 10.5.2005, Cicconi, in *Cass. pen.*, 2006, 3714.

¹⁹⁷ L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 416, precisa che il verbale «contiene inoltre i requisiti generali dell'art. 136 quando compatibili». Prima della riforma dell'art. 143 operata dal d.lgs. n. 32/2014, Cass., Sez. I, 21.2.2001, Simander, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 874, negava che «il verbale di arresto risponda – nel sistema del codice – alle finalità di informativa e garanzia della difesa, che ne renderebbero necessaria la traduzione» nel caso di soggetto che non conosce la lingua italiana; cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 24.10.2013, Usifoh, cit., nel senso che neppure la direttiva 2010/64/UE (all'epoca non ancora attuata nell'ordinamento interno) richiede la traduzione scritta dei verbali d'arresto.

¹⁹⁸ In tal senso A. Ferraro, *Arresto*, 68, nota 14.

¹⁹⁹ Cfr. L. Filippi, *L'arresto*, 311.

²⁰⁰ Il «contesto descrittivo emergente dal verbale di arresto o dagli atti complementari» deve essere idoneo a porre «il giudice della convalida [...] in grado di conoscere e sindacare le ragioni che hanno orientato la polizia giudiziaria nell'esercizio della discrezionalità riconosciuta dall'art. 381 c.p.p., comma 4», non potendo altrimenti essere convalidata la misura: Cass., Sez. VI, 6.5.2009, Spennati, cit. Analogamente, Cass., Sez. V, 1.10.2015, Dunisha, cit.; Cass., Sez. II, 17.9.2003, Gueye, *CED*, 2003/227276; Cass., Sez. II, 16.12.1997, Giunta, *CED*, 1998/210597; Cass., Sez. VI, 21.12.1995, Filippello, in *Riv. pen.*, 1996, 1139; Cass., Sez. VI, 24.4.1991, Orlando, in *Foro it.*, 1992, II, 88, con osservazioni di E. Gironi. In altri termini, si ritiene sufficiente un resoconto che consenta al giudice di «verificare se l'atto, in relazione alle concrete circostanze di fatto quali si presentino alla polizia stessa, esprima una ragionevole valutazione dei presupposti indicati dall'art. 381»: Cass., Sez. VI, 11.12.2002, Fiorenza, *CED*, 2003/223962. Nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 2.11.2005, Stojanovic, *CED*, 2006/233386; Cass., Sez. VI, 17.4.2003, Scarpelli, *CED*, 2003/225494; Cass., Sez. VI, 11.12.2002, Pisciotto, *CED*, 2003/224093; Cass., Sez. VI, 1.3.1994, Pascariello, in *Cass. pen.*, 1995, 2579; Cass., Sez. VI, 4.6.1993, Brancati, *CED*, 1993/195517. Sull'orientamento giurisprudenziale in questione v., in dottrina, K. La Regina, *L'udienza*, 195; L. Scomparin, *Arresto*, 252.

²⁰¹ V. Cass., Sez. V, 11.1.1993, Behar Abdel, in *Cass. pen.*, 1994, 2488.

²⁰² Cass., Sez. IV, 26.2.2009, Zangaro, *CED*, 2009/243962.

19. I doveri di consegna della polizia giudiziaria.

Il terzo comma dell'art. 386 pone a carico della polizia giudiziaria un duplice dovere di consegna al pubblico ministero del luogo di esecuzione della misura: **trasmissione del verbale** di arresto o di fermo e **messa a disposizione dell'arrestato o del fermato**. Il **termine** per l'una e per l'altra attività è, di regola, il medesimo: ventiquattro ore dalla materiale apprensione della persona²⁰³. All'**inosservanza** del termine consegue la sopravvenuta inefficacia della misura precautelare (art. 386 comma 7)²⁰⁴, con conseguente liberazione immediata del soggetto a norma dell'art. 389. Per il caso di **fermo**, il sesto comma dell'art. 386 prescrive che il relativo **verbale** sia trasmesso, oltre che al pubblico ministero del luogo di esecuzione della misura, anche a quello che l'ha disposta, se diverso. La trasmissione al magistrato che ha disposto il fermo, tuttavia, non parrebbe sottoposta al termine di ventiquattro ore, alla cui inosservanza è collegata la caducazione della precautela²⁰⁵. In ogni caso, si è osservato che essa dovrebbe comunque avvenire con tempestività, così da mettere prontamente il destinatario in condizione di interrogare il fermato ex art. 388 e di disporre l'immediata liberazione a norma dell'art. 389, qualora ve ne fossero i presupposti: entrambe le prerogative, infatti, non parrebbero appartenere in via esclusiva al pubblico ministero del luogo di esecuzione della misura²⁰⁶.

In forza del d.l. 1.7.2013, n. 78, convertito nella legge 9.8.2013, n. 94, è ora espressamente consentito l'invio del verbale «anche per via telematica». In ogni caso, in giurisprudenza si era già riconosciuto che la **trasmissione** può avvenire con **qualsiasi mezzo idoneo** e, quindi, anche mediante telefax²⁰⁷, purché sia effettuata per l'intero contenuto dell'atto, così da consentire al magistrato di controllare immediatamente la ritualità delle circostanze nelle quali la restrizione della libertà si è verificata²⁰⁸. L'art. 386 comma 3 prevede che il pubblico ministero possa autorizzare la polizia a **posticipare** la trasmissione del verbale oltre le ventiquattro ore dall'arresto o dal fermo. La dilazione non può comunque consentire che l'adempimento del dovere abbia luogo al di là delle quarantotto ore dall'esecuzione della misura: questo, infatti, è il termine per la richiesta di convalida della

²⁰³ V. Cass., Sez. IV, 27.3.2014, Butnaru, cit. (dovendosi comunque «escludere dal computo il tempo necessario per l'accertamento dell'identità del soggetto»); Cass., Sez. I, 10.5.2005, Cicconi, cit.; Cass., Sez. III, 10.10.2003, Boschet, CED, 2003/227301 (secondo cui «nel computo di tale termine è compreso anche il trattenimento in commissariato»).

²⁰⁴ Cass., Sez. VI, 17.1.1990, Bertucci, CED, 1990/183465, ha escluso l'inefficacia dell'arresto ove la polizia abbia provveduto alla tempestiva trasmissione del relativo verbale, ma lo stesso non sia stato ricevuto o trattenuto per disorganizzazione interna degli uffici destinatari.

²⁰⁵ In tal senso, L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 416 s.; A. Ferraro, *Arresto*, 69 s.

²⁰⁶ V. L. D'Ambrosio, *Art. 388*, 431, e Id., *Art. 389*, 435. Sul punto, *infra*, 22; 23.1.

²⁰⁷ Cass., Sez. VI, 3.12.2008, Vizzari, CED, 2009/243056.

²⁰⁸ Cass., Sez. VI, 21.12.1992, Mancini, CED, 1993/192967.

precautela, che deve essere trasmessa al giudice per le indagini preliminari accompagnata, fra l'altro, dal verbale di arresto o di fermo (art. 122 disp. att. trans.)²⁰⁹. In giurisprudenza²¹⁰ si è precisato che presupposti della dilazione sono specifiche circostanze di fatto, di tempo e di luogo tali da rendere impossibile o oggettivamente difficoltosa la trasmissione del verbale entro il termine ordinario nel caso concreto; non possono rientrarvi modalità organizzative o orari degli uffici giudiziari, che debbono conformarsi alle esigenze delle funzioni svolte. La necessità di consentire una verifica circa le ragioni della dilazione ed il rigoroso rispetto del maggiore termine eventualmente concesso per la trasmissione del verbale parrebbe richiedere la forma scritta dell'autorizzazione data dal pubblico ministero. Tuttavia, in giurisprudenza si registrano posizioni di segno diverso, favorevoli all'oralità, con annotazione *ex art. 373*, comunque priva, ove mancante, di conseguenze processuali²¹¹. Anche l'**inosservanza** del termine prorogato comporta la caducazione della misura²¹².

Originariamente identificata con la trasmissione del verbale di arresto o di fermo, sin dall'intervento riformatore operato con il d.lgs. 14.1.1991, n. 12, la **messa a disposizione dell'arrestato o del fermato** si attua mediante la sua «**conduzione nella casa circondariale [o mandamentale]**»²¹³ del luogo di esecuzione della misura²¹⁴ (art. 386 comma 4). Ai fini della verifica circa il rispetto del termine prescritto per tale adempimento, l'art. 122 disp. att. esige che la richiesta di convalida inoltrata al giudice sia accompagnata, fra l'altro, da «copia della documentazione attestante che l'arrestato o il fermato è stato tempestivamente condotto nel luogo di custodia». In giurisprudenza si è tuttavia ritenuta non necessaria una specifica attestazione circa la tempestiva conduzione in carcere del soggetto, utilmente deducibile, ad esempio, dal verbale di elezione di domicilio formato nell'ufficio matricola dell'istituto²¹⁵. In virtù dell'art. 558, nel caso di **ar-**

²⁰⁹ In dottrina v. A. Ferraro, *Arresto*, 66; K. La Regina, *L'udienza*, 196; F. Vergine, *Arresto*, 457.

²¹⁰ V. Cass., Sez. I, 14.10.2011, Nuzzaci, *CED*, 2011/251551; Cass., Sez. VI, 8.5.2003, Padovan, *CED*, 2003/225720.

²¹¹ V. Cass., Sez. V, 12.7.1991, Barlera, *CED*, 1991/187919-187920-187921. Più recentemente cfr. Cass., Sez. IV, 9.2.2012, D'Agostino, *cit.*, Cass., Sez. II, 28.5.2008, M.L., in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1108.

²¹² Cfr. A. Ferraro, *Arresto*, 66 s.

²¹³ A norma dell'art. 60 comma 1 o.p., «gli istituti di custodia cautelare si distinguono in case mandamentali e circondariali». Tuttavia, la bipartizione è attualmente «priva di significato» ed ormai risalente è l'avvio del processo di dismissione delle case mandamentali: v. F. Della Casa, *Art. 60*, 765 s. È noto, inoltre, che indagati e imputati sono spesso collocati all'interno di sezioni di case di reclusione, ossia di istituti per l'esecuzione delle pene.

²¹⁴ Sostengono l'inefficacia della misura «non solo in caso di perenzione del termine» per la «consegna» dell'arrestato o del fermato al pubblico ministero, «ma anche nella ipotesi in cui nel termine prescritto egli sia affidato «ad un istituto di custodia territorialmente e «funzionalmente» incompetente» D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 11 s.

²¹⁵ Cass., Sez. IV, 13.10.1998, Vinci, *CED*, 1998/212373.

resto nella flagranza di un reato attribuito al tribunale in composizione monocratica, non necessariamente l'arrestato deve essere posto a disposizione del pubblico ministero. Se anche il magistrato ordina che ciò avvenga, tale adempimento non implica che il soggetto venga condotto in una casa circondariale²¹⁶.

20. Doveri e poteri del pubblico ministero incidenti sulla difesa tecnica dell'arrestato o del fermato: designazione del difensore d'ufficio e nomina dell'interprete.

L'espletamento – da parte della polizia giudiziaria – degli obblighi d'informazione e di consegna nei confronti del pubblico ministero consente a quest'ultimo di adempiere i doveri²¹⁷ e di esercitare i poteri a lui spettanti. Innanzitutto, egli ha **obblighi funzionali all'esplicarsi della difesa tecnica del ristretto**. Vi rientra la **designazione di un difensore d'ufficio**, alla quale il pubblico ministero²¹⁸ deve prontamente provvedere, a norma dell'art. 97, nel caso in cui l'arrestato o il fermato non ne abbia nominato uno di fiducia²¹⁹. Inoltre, qualora la persona sottoposta alla misura precautelare non conosca la lingua italiana, il pubblico ministero²²⁰ dovrà **nominare un interprete** al fine di garantire alla stessa il diritto all'assistenza linguistica (gratuita) per conferire con il difensore (artt. 104 comma 4-*bis* e 143 comma 1, come risultanti a seguito del d.lgs. 4.3.2014, n. 32, che ha dato attuazione alla direttiva n. 2010/64/UE²²¹)²²².

²¹⁶ *Infra*, 21.

²¹⁷ Per gli obblighi d'informazione legati allo *status* (impiegato pubblico, ecclesiastico o religioso del culto cattolico) dell'arrestato o del fermato, v. l'art. 129 comma 3-*bis* disp. att.

²¹⁸ L'art. 386 comma 2, nella parte in cui prevede che alla designazione d'ufficio proceda il pubblico ministero, senza alcuna menzione per la polizia giudiziaria, ha suscitato qualche perplessità: v. L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 418 s.

²¹⁹ Cass., Sez. IV, 29.1.2003, Kanani, in *Cass. pen.*, 2004, 3671, ha escluso l'irragionevolezza della scelta legislativa di prevedere che l'obbligo della notifica della comunicazione della nomina del difensore d'ufficio sorga con il compimento del primo atto del pubblico ministero e non anche con il compimento degli atti posti in essere di propria iniziativa dalla polizia giudiziaria, in particolare con l'atto di arresto, in riferimento al quale gli ufficiali e gli agenti sono comunque tenuti agli adempimenti di cui all'art. 386, donde la manifesta infondatezza della relativa questione di costituzionalità dell'art. 369-*bis*.

²²⁰ Sulla spettanza dell'adempimento al pubblico ministero, v. S. Recchione, *L'impatto*, 14.

²²¹ Sulla riforma, fra gli altri, A. Cocomello, A. Corbo, *Novità*; A. Cocomello, F. Costantini, *Interpretazione*, 165 ss.; M. Gialuz, *Il decreto*; S. Recchione, *L'impatto*.

²²² V. Cass., Sez. I, 24.6.2015, Rjab, *CED*, 2015/264488: «Poiché né all'art. 104, comma 4-*bis*, né all'art. 143 c.p.p., sono collegate nullità formali specifiche, è evidente che la eventuale sanzione configurabile è esclusivamente quella prevista dall'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c),

20.1. Il differimento del colloquio con il difensore.

Accanto ai doveri funzionali all'esplicarsi del diritto di difesa del ristretto, il pubblico ministero ha tuttavia anche il potere di limitarne in concreto l'esercizio. Ci si riferisce, in particolare, al potere di differire il colloquio dell'arrestato o del fermato con l'avvocato. A norma dell'art. 104 comma 2, il **colloquio con il difensore** è oggetto di un diritto che la persona può esercitare «subito dopo l'arresto o il fermo». Correlativamente l'art. 36 disp. att. riconosce all'avvocato l'accesso ai luoghi in cui il suo assistito è ristretto, con l'unico onere di documentare la propria qualità di difensore («che non risulti in qualsiasi modo all'autorità che esercita la custodia») attraverso gli strumenti previsti dall'art. 27 disp. att. o «con altro mezzo equipollente». La disponibilità di un pronto colloquio con l'avvocato è un requisito di effettività del diritto di difesa dell'arrestato o del fermato, in vista dell'eventuale interrogatorio da parte del pubblico ministero (art. 388) nonché dell'udienza di convalida (art. 391 comma 3), che sono destinati a seguire l'applicazione della precautela entro tempi serrati.

Non sottoposto ad autorizzazione, il colloquio dell'arrestato o del fermato con il difensore può tuttavia essere temporaneamente interdetto, ciò che suscita serie preoccupazioni sotto il profilo dell'effettività del diritto di difesa del soggetto *in vinculis*²²³. I timori si aggravano nella misura in cui il **potere di dilazione** è attribuito direttamente al pubblico ministero²²⁴, benché privo della terzietà propria di un organo giurisdizionale²²⁵: in tal senso dispone il quarto comma dell'art. 104. L'esercizio del potere da parte del magistrato inquirente è sottoposto principalmente a due limiti: l'uno è di natura temporale, mentre l'altro riguarda la forma del provvedimento che differisce il colloquio. Quanto alla **durata della dilazione**, è vero che, a norma dell'art. 104 comma 3, il primo incontro fra il difensore ed il suo assistito può essere differito **«per un tempo non superiore a cinque giorni»** a partire da quello in cui la privazione della libertà personale ha avuto inizio. Tuttavia, il comma successivo stabilisce che il titolare del potere *de quo* è il pubblico

[...] che postula, tuttavia, che una qualche effettiva lesione di tale diritto [all'assistenza dell'imputato] possa dirsi realizzata», donde l'onere, per quest'ultimo, di precisare il pregiudizio concretamente subito in termini di lacune difensive addebitabili ad una carenza di informazione.

²²³ Criticamente, fra gli altri, K. La Regina, *L'udienza*, 350 s.; L. Marafioti, *Scelte*, 151 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 364; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 86 ss.; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1410 s. Nel senso della manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 104 (in tema di differimento del colloquio tra il difensore e l'assistito in stato di custodia cautelare), prospettata con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., v. tuttavia Cass., Sez. IV, 1.3.2006, Abbatino, *CED*, 2006/233971.

²²⁴ Nessun potere di decidere l'interdizione del colloquio fra l'arrestato o il fermato ed il suo difensore è riconosciuto dall'art. 104 alla polizia: v. Cass., Sez. VI, 18.12.2009, Fadda, *CED*, 2010/246078.

²²⁵ Cfr. V. Grevi, *Funzioni*, 27; K. La Regina, *L'udienza*, 350 s.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 364.

ministero soltanto «**fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice**», ossia fino alla richiesta di convalida della precautela: dunque, per non più di quarantotto ore²²⁶. Affinché l'interdizione possa protrarsi oltre, il pubblico ministero deve chiedere al giudice un differimento ulteriore, che può giungere sino ad esaurire i cinque giorni di dilazione complessivamente consentiti dalla legge²²⁷. Il giudice, dal canto suo, non può posticipare il colloquio d'ufficio, pena la nullità del provvedimento²²⁸. Pertanto, è comunque necessario l'intervento giurisdizionale affinché si possa arrivare addirittura sino alla celebrazione dell'udienza di convalida senza che il difensore abbia potuto conferire con il proprio assistito *in vinculis*. Tuttavia, resta preoccupante il fatto che una persona, già prostrata dallo stato detentivo, possa vedersi costretta ad affrontare l'interrogatorio del pubblico ministero, nonché quello cui procede il giudice nell'udienza di convalida, senza aver potuto preliminarmente consultare il proprio avvocato²²⁹. Oltre al limite temporale segnato dalla richiesta di convalida, anche la **forma del provvedimento** che differisce il colloquio concorre a circoscrivere il potere di dilazione del pubblico ministero, al pari di quello del giudice. Entrambi, infatti, sono tenuti a provvedere con **decreto motivato**²³⁰, secondo quanto si evince dalla formulazione degli artt. 104 commi 3 e 4 c.p.p. e 36 comma 3 disp. att.²³¹. L'art. 104 comma 3 individua il presupposto della cui esistenza deve necessariamente dar conto chi esercita il potere di differimento del primo colloquio fra il soggetto privato della libertà personale ed il suo difensore: «**specifiche ed eccezionali ragioni di cautela**». Sotto tale profilo, la disposizione manifesta l'intento di contenere l'uso della dilazione entro l'alveo dell'eccezionalità, presidiata dall'obbligo della motivazione²³². Quest'ultimo esige un riferimento puntua-

²²⁶ V. K. La Regina, *L'udienza*, 349; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 85; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1411. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 12.5.2004, Del Core, in *Cass. pen.*, 2005, 1610.

²²⁷ V. Cass., Sez. I, 24.3.2004, Tegas, *CED*, 2004/228805; analogamente Cass., Sez. V, 9.7.1993, Antonello, *CED*, 1993/195834; Cass., Sez. I, 26.3.1992, Morreale, *CED*, 1992/190268; Cass., Sez. II, 21.1.1992, Memoli, *CED*, 1992/189297.

²²⁸ V. Cass., Sez. VI, 17.9.2009, D.N.M., in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1483 s.

²²⁹ Cfr. P. Corso, *Diritto al silenzio*, 1079; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 88.

²³⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 24.3.2004, Tegas, cit.; v., altresì, Cass., Sez. I, 3.10.1990, Di Mauro, in *Cass. pen.*, 1991, II, 432 s. Nel senso della legittimità di una motivazione *per relationem* in seno al provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari dilaziona a sua volta il colloquio, prolungando l'interdizione in precedenza decisa dal pubblico ministero, Cass., Sez. I, 28.1.1993, Casu, in *Giust. pen.*, 1993, III, 557. Sulla nullità, nel caso di omessa motivazione, del provvedimento che preclude il colloquio *ex art.* 104, fra le altre, Cass., Sez. IV, 12.7.2007, Recchia, *CED*, 2007/237845; Cass., Sez. I, 20.12.1993, Cascio, *CED*, 1994/196253; Cass., Sez. I, 27.4.1992, Mistretta, in *Giust. pen.*, 1993, III, 562, con nota di R. Archidiacono.

²³¹ Cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 349.

²³² Cass., Sez. I, 27.4.1992, Mistretta, cit.; Cass., Sez. I, 26.3.1992, Morreale, cit.; Cass., Sez. II, 21.3.1990, Ghidini, in *Cass. pen.*, 1990, II, 319; Cass., Sez. I, 3.10.1990, Di Mauro, cit. In dottrina, L. Scomparin, *Arresto*, 259.

le alla sussistenza di esigenze riconducibili a quelle descritte nell'art. 274²³³. Per fondare un decreto di differimento *ex art.* 104, esse debbono radicarsi in una situazione generatrice di un rischio che rende insufficiente, nel caso concreto, il grado di isolamento in sé già prodotto dallo stato detentivo²³⁴. Nella prassi si segnala il ricorso al differimento del colloquio motivato dall'esigenza di scongiurare la predisposizione di tesi difensive artificiosamente concordate in presenza di una pluralità di indagati²³⁵.

Il decreto che differisce il colloquio è **inoppugnabile**²³⁶. Tuttavia, la sua legittimità può costituire oggetto di sindacato incidentale nell'ulteriore corso del procedimento²³⁷. In giurisprudenza si riconosce che il provvedimento con cui s'impone una dilazione al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge²³⁸ è affetto da nullità alla luce degli artt. 178 lett. *c* e 180 (**nullità di carattere generale a regime intermedio**): essa è «suscettibile di estendersi [...], in particolare, all'interrogatorio, a norma dell'art. 185 comma 1, quando non venga eliminata mediante l'effettuazione del colloquio prima che l'atto [...] sia compiuto»²³⁹. Ne discende

²³³ V., in particolare, Cass., Sez. I, 27.4.1992, Mistretta, cit.; in dottrina, L. Scomparin, *Arresto*, 259.

²³⁴ Cfr. A. Salemme, *Art. 104*, 1061.

²³⁵ V. Cass., Sez. VI, 10.6.2003, Vinci, *CED*, 2003/226223; Cass., Sez. VI, 27.6.2001, D'Ambrogio, in *Giur. it.*, 2002, 133, con nota di F. Giunchedi; Cass., Sez. I, 3.6.1996, Caforio, *CED*, 1996/205349. Appare opportuna la precisazione per cui, «pur potendo il divieto di colloquio tra indagato e difensore essere basato anche sulla ritenuta gravità dei fatti riguardanti una pluralità di indagati», a pena di nullità del provvedimento inibitorio «deve essere, tuttavia, comunque indicata, anche in tal caso, la specifica esigenza di evitare la possibilità dell'impostazione di preordinate e comuni tesi difensive di comodo, non potendo detta esigenza desumersi in via di presunzione e/o considerarsi implicita nelle connotazioni soggettive ed oggettive del reato»: Cass., Sez. IV, 12.7.2007, Recchia, cit.

²³⁶ Sul connesso affievolirsi dell'effettiva capacità di garantire l'eccezionalità del differimento propria dell'obbligo di motivare, O. Mazza, *L'interrogatorio*, 86 s.

²³⁷ V. Cass., Sez. VI, 8.1.2009, Motta, *CED*, 2009/242912; Cass., Sez. IV, 20.4.2000, Memushi Refat, *CED*, 2000/216493.

²³⁸ Si pensi al caso dell'interdizione di fatto del colloquio da parte della polizia giudiziaria (Cass., Sez. VI, 18.12.2009, Fadda, cit.); al differimento che, dopo la richiesta di convalida, venga deciso dal pubblico ministero oppure si protragga senza che sia il giudice a disporre la permanenza del vincolo (Cass., Sez. V, 9.7.1993, Antonello, cit.; Cass., Sez. II, 21.1.1992, Memoli, cit.); alla posticipazione disposta d'ufficio dal giudice per le indagini preliminari (Cass., Sez. VI, 17.9.2009, D.N.M., cit.); alla dilazione decisa senza che sia adottato un «formale e motivato provvedimento» (Cass., Sez. I, 24.3.2004, Tegas, cit.).

²³⁹ Cass., Sez. VI, 18.12.2009, Fadda, cit., ove si sottolinea che «in applicazione dell'art. 182 c.p.p. non è legittimato a proporre e ad avvalersi della relativa eccezione l'avente diritto che non ha consentito l'eliminazione degli effetti della nullità»: e tale è l'arrestato che, ammesso al colloquio con il difensore prima dell'udienza di convalida, lo abbia rifiutato; Cass., Sez. I, 24.3.2004, Tegas, cit., ove si sostiene che, «mancando in concreto una domanda di esercitare il diritto al colloquio, la sua inibizione non [...] pregiudica [...] la difesa e non può quindi essere fatta valere per difetto di interesse a norma del co. 1 dell'art. 182 [...], atteso che l'interesse

che l'eventuale applicazione di una misura cautelare personale nei confronti dell'arrestato o del fermato dovrà necessariamente essere seguita dalla reiterazione dell'interrogatorio, in modo valido²⁴⁰, nei termini di cui all'art. 294. Trattandosi di nullità a regime intermedio, la relativa eccezione deve essere formulata «*in limine*» all'interrogatorio stesso, a pena di decadenza ai sensi dell'art. 182»²⁴¹. Inoltre, occorre segnalare la conclusione giurisprudenziale per cui il deposito tardivo del decreto di posticipazione del colloquio «non comporta alcuna sanzione processuale»²⁴². Analogamente si è ritenuto che non infici la validità del decreto di differimento la sua mancata esibizione quando il colloquio è richiesto²⁴³.

Infine, per quanto concerne la “qualità” del colloquio preliminare all'interrogatorio, tutelata dai “nuovi” artt. 104 comma 4-*bis* e 143, si è riconosciuto che pure la mancanza o tardività della nomina dell'**interprete** per conferire con il difensore è sanzionabile *ex art.* 178 comma 1 lett. *c*, là dove «una qualche effettiva lesione» del diritto all'assistenza del soggetto «possa dirsi realizzata»²⁴⁴.

21. Prerogative del pubblico ministero in tema di collocazione dell'arrestato o del fermato.

Il pubblico ministero può incidere sulla collocazione dell'arrestato o del fermato, destinandolo ad un luogo diverso dall'istituto di custodia del luogo di esecuzione della precautelata: oltre che indirizzarlo ad **un'altra casa circondariale** al fine di evitare un «grave pregiudizio per le indagini», può assegnarlo ad uno dei **luoghi utilizzabili per gli arresti domiciliari** (art. 386 comma 5)²⁴⁵. Inevitabile

sussiste solo e in quanto alla parte sia direttamente derivato dall'atto nullo uno specifico, concreto ed attuale pregiudizio».

²⁴⁰ Cass., Sez. I, 12.10.1994, Agostino, *CED*, 1995/200224, puntualizza che, se il provvedimento di dilazione *ex art.* 104 è legittimo, l'interrogatorio è valido anche se l'interessato non ha potuto previamente beneficiare di un colloquio con il proprio difensore.

²⁴¹ Cass., Sez. I, 24.3.2004, Tegas, cit. Cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 12.7.2007, Recchia, cit.; Cass., Sez. I, 6.7.2006, Greco, *CED*, 2006/235002; Cass., Sez. IV, 20.4.2000, Memushi Refat, cit.

²⁴² Cass., Sez. I, 6.7.2006, Greco, cit.

²⁴³ V. Cass., Sez. II, 21.3.1990, Ghidini, cit.

²⁴⁴ V. Cass., Sez. I, 13.2.2015, Aref, *CED*, 2015/263780. Come osserva S. Recchione, *L'impatto*, 14, «l'assenza dell'interprete durante il colloquio tra accusato e difensore dovrebbe rilevare solo quando l'assistenza venga espressamente richiesta».

²⁴⁵ Originariamente l'art. 386 comma 5 consentiva al pubblico ministero di collocare l'arrestato o il fermato in un luogo diverso da una casa circondariale (o mandamentale) limitatamente all'ipotesi di soggetto «infermo», donde la possibilità di disporre la custodia «presso la propria abitazione o in luogo di cura»: sull'accresciuta discrezionalità del pubblico ministero dopo la modifica apportata dalla legge 8.8.1995, n. 332, v. L. Scomparin, sub *art.* 20, 762, ove si sottolinea altresì l'«insindacabilità della valutazione compiuta» sul punto dal magistrato.

appare comunque «almeno un “passaggio” dal carcere» ove si ritenga che l'eventuale opzione per la custodia “domiciliare” non possa che essere successiva al momento in cui l'arrestato o il fermato è collocato nella casa circondariale del luogo di esecuzione della misura a disposizione del magistrato²⁴⁶. Per quanto riguarda invece l'esigenza di preservare le indagini, il pubblico ministero parrebbe fornito di una prerogativa ulteriore rispetto allo spostamento del soggetto in una diversa casa circondariale: sembrerebbe, infatti, poterne disporre – seppure provvisoriamente – l'**isolamento per ragioni di giustizia**, a norma dell'art. 33 o.p. e dell'art. 22 d.P.R. 30.6.2000, n. 230, fino a quando la persona venga posta a disposizione del giudice²⁴⁷.

Un assetto speciale subentra nei confronti dell'**arrestato nella flagranza di un reato attribuito al tribunale in composizione monocratica** nell'ipotesi in cui l'udienza di convalida debba celebrarsi contestualmente al giudizio direttissimo. Costui non verrà condotto dalla polizia giudiziaria presso la casa circondariale situata ove la misura precautelare è stata eseguita²⁴⁸. Egli attenderà l'udienza di convalida nel luogo determinato dal pubblico ministero, vincolato alla gerarchia istituita in proposito dall'art. 558 comma 4-*bis* (e 4-*ter*)²⁴⁹.

22. L'interrogatorio del pubblico ministero.

L'arrestato o il fermato può essere interrogato dal **pubblico ministero** (art. 388). Si è osservato che, in caso di fermo, può trattarsi tanto del pubblico ministero del luogo ove la misura è stata eseguita quanto del magistrato che l'ha disposta,

²⁴⁶ V. L. Scomparin, sub *art. 20*, 763, secondo la quale «luogo “normale” per l'esercizio del potere assegnato al p.m. sembra [...] essere l'interrogatorio [...] ex art. 388», donde l'aumento, di fatto, del «rischio di piegare gli istituti detentivi a finalità confessorie».

²⁴⁷ V. M.G. Coppetta, *Art. 33*, 382; L. Filippi, *L'arresto*, 325 s.; R.E. Kistoris, *L'isolamento*, 1398. In giurisprudenza v. g.i.p. Trib. Vicenza, 1.3.1993 (ord.), Zandeneo, in *Cass. pen.*, 1993, 2409.

²⁴⁸ «La conduzione in carcere si mantiene, invece, come ordinaria metodica di messa a disposizione dell'arrestato, sia nel caso in cui il pubblico ministero ritenga di dover procedere (anche laddove si tratti di reati di competenza del tribunale in composizione monocratica) con la richiesta di convalida al giudice per le indagini preliminari [...], sia nel caso di convalida e contestuale giudizio direttissimo per i reati di competenza del tribunale in composizione collegiale»: Gius. Amato, *Colpo di acceleratore*, 74 s.

²⁴⁹ Sulle modifiche apportate all'art. 558 dal d.l. 22.12.2011, n. 211, conv. nella legge 17.2.2012, n. 9, finalizzate al contrasto del sovraffollamento delle carceri, v., fra gli altri, Gius. Amato, *Nella convalida dell'arresto*, 26 ss.; S. Beltrani, *Art. 558*, 5045 ss.; L. Scomparin, *Custodia*, 332 ss. Si può ricordare anche l'art. 2 comma 1-*bis* del d.l.: «Qualora la persona in stato di arresto o di fermo necessiti di assistenza medica o psichiatrica la presa in carico spetta al Servizio sanitario nazionale, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2008 [...]».

se diverso²⁵⁰. In forza dell'art. 370 comma 1, l'interrogatorio *de quo* non può essere delegato alla polizia poiché rivolto ad un soggetto che non è in stato di libertà. La **natura facoltativa dell'atto** è sintomatica della sua **finalità** innanzitutto **investigativa**. Inoltre, il potere-dovere d'immediata liberazione riconosciuto al pubblico ministero dagli artt. 389 c.p.p. e 121 disp. att. manifesta come l'interrogatorio *ex art.* 388 persegua anche una **finalità di garanzia**²⁵¹. Quest'ultima è stata particolarmente evidenziata dalla Corte costituzionale per respingere le censure sollevate – *sub artt.* 3 e 24 Cost. – contro il mantenimento del potere, in capo al pubblico ministero, di interrogare l'arrestato (o il fermato) prima del giudice, diversamente da quanto accade per la persona in stato di custodia cautelare (art. 294 comma 6)²⁵². La **sentenza n. 384 del 1996**²⁵³ ha attribuito la differenza di trattamento denunciata dal rimettente ad «una consapevole scelta dal legislatore compiuta nell'esercizio non irragionevole della sua discrezionalità», giudicando «insussistente tra le due situazioni comparate [...] una identità sostanziale tale da imporre [...] la medesima disciplina». Un elemento distintivo fondamentale è stato individuato dalla Corte proprio nella «concorrente finalità di garanzia» dell'atto *ex art.* 388²⁵⁴.

Qualora il pubblico ministero intenda procedere all'interrogatorio *de quo*, il **difensore** deve esserne avvisato²⁵⁵ tempestivamente, ma la sua presenza non è obbligatoria²⁵⁶. L'art. 123 disp. att. lascia adito a dubbi circa l'applicabilità, anche all'interrogatorio del pubblico ministero, della regola che colloca lo svolgimento dell'atto «nel **luogo** dove l'arrestato o il fermato è custodito salvo che nel caso di custodia nel proprio domicilio o altro luogo di privata dimora»²⁵⁷. Il secondo

²⁵⁰ In tal senso, L. D'Ambrosio, *Art. 388*, 431.

²⁵¹ Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio*, 176 s.; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1415 s.

²⁵² Nel senso che «la disposizione di cui all'art. 294, sesto comma, cod. proc. pen., secondo la quale [...] l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del pubblico ministero non può precedere l'interrogatorio del giudice, è riferibile esclusivamente all'ipotesi in cui l'indagato o l'imputato sia privato della libertà personale in seguito a provvedimento coercitivo del giudice, e non anche in seguito ad arresto in flagranza o a fermo», Cass., Sez. I, 19.4.1999, Saias, *CED*, 1999/213712; Cass., Sez. I, 1.12.1995, Cassandra, *CED*, 1995/203753.

²⁵³ C. cost., 5.11.1996, n. 384, commentata da P.P. Rivello, *Non è costituzionalmente illegittimo*, 3536 ss.

²⁵⁴ In senso critico nei confronti della decisione della Corte costituzionale, L. Marafioti, *Scelte*, 249 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 205 ss.

²⁵⁵ Sulla scorta di Cass., Sez. Un., 30.10.2002, Arrivoli, in *Cass. pen.*, 2003, 1284, è stato rilevato che «il ricorso all'avviso informale potrà ritenersi rituale [...] anche per le ipotesi di convocazione [...] del difensore per l'interrogatorio del p.m. dell'arrestato e del fermato (art. 388 comma 1)»: A. Bassi, *Un ulteriore*, 1292. *Infra*, 29.

²⁵⁶ V. L. D'Ambrosio, *Art. 388*, 428 s.

²⁵⁷ Secondo L. Scomparin, *Meno traduzioni*, 343, è «difficile [...] pensare che con la riforma [...] si sia voluto imporre un onere solo in capo al giudice e non alla pubblica accusa»; *contra*, Gius. Amato, *Ridotto*, 40, il quale sottolinea che «la disposizione [...] è costruita facendo riferimento al "giudice"».

comma dell'art. 388 rinvia alle «**forme** previste dall'articolo 64»; parzialmente discostandosi dall'art. 65²⁵⁸, dispone poi che «il pubblico ministero inform[i] l'arrestato o il fermato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti»²⁵⁹. Come è stato espressamente riconosciuto dalle **Sezioni Unite** della Corte di cassazione, l'interrogatorio di cui all'art. 388 rientra fra quelli soggetti alle modalità di **documentazione** prescritte dall'art. 141-*bis*, cosicché ne è richiesta, a pena di inutilizzabilità, l'integrale riproduzione fonografica o audiovisiva. Occorre tuttavia ricordare che, secondo il Supremo Collegio, l'art. 141-*bis* opera soltanto per i ristretti «in un istituto di custodia o di pena o in un luogo di cura esterno ad esso, e [...] negli uffici di polizia giudiziaria», mentre non riguarda «la condizione della persona soggetta agli arresti domiciliari» poiché quest'ultima collocazione non porrebbe l'interessato in una situazione di «minorata difesa»²⁶⁰. Ne consegue che si sottrae alle rigorose modalità di documentazione appena citate l'interrogatorio dell'arrestato che, a norma dell'art. 558 comma 4-*bis*, sia stato destinato dal pubblico ministero ad uno dei luoghi indicati nel primo comma dell'art. 284²⁶¹.

23. Il potere-dovere di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato: presupposti.

Il legislatore ha escluso che la restrizione derivante dall'esecuzione di un arresto o di un fermo debba indefettibilmente protrarsi fino al controllo giurisdizionale sulla misura precautelare. Al contrario, ne ha previsto la possibile cessazione sin dai primi momenti successivi all'insorgere dello stato di privazione della libertà personale. Il potere-dovere d'immediata liberazione del soggetto presidia l'ec-

²⁵⁸ Per le differenze fra l'art. 388 comma 2 e l'art. 65, v. L. D'Ambrosio, *Art. 388*, 429; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 210; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1416 s.

²⁵⁹ Secondo Cass., Sez. I, 13.2.2003, Kotorri, *CED*, 2003/224385, nessuna informazione ex art. 369-*bis* sarebbe dovuta all'arrestato o al fermato prima dell'interrogatorio previsto dall'art. 388: tuttavia, potrebbe ora deporre a favore di un orientamento diverso la direttiva n. 2012/13/UE (considerato che non tutti gli avvertimenti di cui all'art. 369-*bis* – funzionali all'effettività della garanzia della difesa tecnica – rientrano fra quelli già forniti al momento dell'arresto o del fermo a norma dell'art. 386).

²⁶⁰ V. Cass., Sez. Un., 25.3.1998, D'Abramo, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 78, con nota di M. Bargis; Cass., Sez. Un., 25.3.1998, Savino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 383. Criticamente nei confronti della sottrazione all'art. 141-*bis* dell'interrogatorio di persona soggetta agli arresti domiciliari, M. Bargis, *Non utilizzabili*, 85; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 166; G.P. Voena, *Atti*, 204.

²⁶¹ Per quanto riguarda l'assegnazione dell'arrestato o del fermato ad uno dei luoghi indicati nell'art. 284 comma 1 consentita dall'art. 386 comma 5, si è già osservato come si tratti di decisione destinata (eventualmente) a seguire l'interrogatorio che il p.m. svolga (ex art. 388) quando la persona è ristretta nella casa circondariale ove la polizia giudiziaria l'ha condotta: *supra*, 21.

cezionalità, il carattere interinale e la funzione propriamente precautelare dell'arresto e del fermo²⁶². A garanzia dell'effettivo mantenimento delle misure in oggetto nell'alveo dell'eccezionalità, l'art. 389 comma 1 prescrive l'immediata liberazione «se risulta **evidente**» che esse sono state eseguite «**fuori dei casi previsti dalla legge**» (oltre che nelle ipotesi di manifesto **errore di persona**).

A presidio del carattere interinale dell'arresto e del fermo l'art. 389 comma 1 stabilisce poi l'immediata liberazione ove la misura sia divenuta inefficace a causa dell'**inosservanza dei termini** che scandiscono l'*iter* successivo alla sua esecuzione in funzione della rapida cessazione degli effetti che ne derivano. Nello specifico, si tratta, da un lato, del tempo entro cui la polizia giudiziaria deve porre l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero e trasmettere il relativo verbale e, dall'altro lato, del termine che il magistrato, a sua volta, ha per richiedere la convalida della misura al giudice per le indagini preliminari.

Infine, nell'ulteriore ipotesi di immediata liberazione prevista dall'art. 121 disp. att., si manifesta la funzione propriamente precautelare dell'arresto e del fermo: il pubblico ministero è tenuto a disporre che il soggetto sia rimesso in libertà, senza attendere l'intervento del giudice, «**quando ritiene di non dovere richiedere l'applicazione di misure coercitive**». Nelle ipotesi di arresto in flagranza *ex art.* 380, tale previsione può consentire di porre rapidamente termine ad una restrizione della libertà personale obbligatoriamente disposta pur in assenza di concreti indici di pericolosità del soggetto²⁶³.

23.1. Titolarità.

Titolare del potere-dovere di disporre l'immediata liberazione dell'arrestato o del fermato è, in primo luogo, il **pubblico ministero**, che provvede con decreto motivato (non impugnabile²⁶⁴) sia nei casi previsti dall'art. 389 sia nell'ipotesi contemplata dall'art. 121 disp. att. Sicuramente è legittimato il **pubblico ministero del luogo di esecuzione della misura**, al quale spetta avanzare la richiesta di convalida. In dottrina ci si è domandati se l'immediata liberazione per le ragioni di cui all'art. 389 possa essere decisa anche dal pubblico ministero che ha disposto il fermo, ove diverso da quello del luogo in cui il provvedimento è stato eseguito (il verbale redatto dalla polizia, del resto, è pure a lui trasmesso). Si può ritenere che la risposta debba essere positiva: anche il **pubblico ministero che ha disposto il fermo** può determinare il ripristino della libertà del soggetto²⁶⁵.

²⁶² Cfr. L. D'Ambrosio, *Art. 379*, 356 s.

²⁶³ Cfr. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 433, nota 2-*bis*, ove si ricollega la previsione contenuta nell'art. 121 disp. att. alla volontà di ancorare le determinazioni sulla libertà personale del soggetto «alla "offensività" effettiva del[lo stesso] e del reato ascrittogli».

²⁶⁴ V. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 440; F. Vergine, *Arresto*, 446.

²⁶⁵ Cfr. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 435; A. Ferraro, *Arresto*, 84; K. La Regina, *L'udienza*, 202; F. Vergine, *Arresto*, 444.

Peraltro, per riacquistare la libertà in caso di errore manifesto di persona, evidente illegittimità della precautela o sopravvenuta inefficacia della stessa, l'arrestato o il fermato non soltanto non deve necessariamente attendere l'intervento del giudice, ma neppure quello del pubblico ministero, che ben può essere preceduto dall'**ufficiale di polizia giudiziaria** (art. 389 comma 2). Quest'ultimo può svolgere una funzione di supplenza fino «al momento in cui [...] il pubblico ministero interviene fattivamente nel procedimento [...] ovvero è messo nelle condizioni di intervenire attraverso la “disponibilità” dell'arrestato o del fermato»²⁶⁶. Dall'art. 389 comma 2 si ricava che non sono legittimati alla liberazione né ufficiali di polizia giudiziaria diversi da quello che ha effettuato l'arresto o il fermo né i semplici agenti²⁶⁷. Dal canto suo, il pubblico ministero del luogo di esecuzione della misura deve essere subito informato della liberazione disposta prima ancora del suo intervento, della quale occorre redigere un verbale²⁶⁸. Sotto il profilo dell'estensione, il potere-dovere di immediata liberazione dell'ufficiale di polizia giudiziaria²⁶⁹ è meno ampio di quello del pubblico ministero, il quale può esercitarlo, oltre che nei casi previsti dall'art. 389, anche là dove ritenga di non dover richiedere l'applicazione di misure coercitive. Inoltre, per quanto riguarda il rilascio giustificato dalla sopravvenuta inefficacia della misura, esso è nella competenza dell'ufficiale soltanto se conseguente all'inosservanza dei termini per gli adempimenti spettanti alla polizia giudiziaria. Infine, i margini concessi all'iniziativa dell'ufficiale saranno, evidentemente, estremamente ridotti nell'ipotesi di esecuzione di un fermo disposto dal pubblico ministero, mentre raggiungeranno l'estensione massima ove la polizia abbia ricevuto l'arrestato in consegna da un privato a norma dell'art. 383²⁷⁰.

L'arrestato o il fermato che non venga anticipatamente liberato dall'ufficiale di polizia giudiziaria o dal pubblico ministero lo sarà ad opera del **giudice** che non disponga l'applicazione di una misura cautelare custodiale nei suoi confronti (art. 391 comma 6). In giurisprudenza è sorto un contrasto interpretativo in ordine alla possibilità di una liberazione giurisdizionale anticipata rispetto alla celebrazione

²⁶⁶ L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 437. Cfr., altresì, D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 11 e 52, nota 62; K. La Regina, *L'udienza*, 208.

²⁶⁷ V. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 437; K. La Regina, *L'udienza*, 207. Secondo D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 54, anche gli agenti di polizia giudiziaria sarebbero titolari del potere-dovere di immediata liberazione dell'arrestato in flagranza di delitto perseguibile a querela ove l'avente diritto dichiarò di rimettere la querela – poco prima proposta – subito dopo l'esecuzione della misura (artt. 380 comma 3 e 381 comma 3).

²⁶⁸ V. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 438; F. Vergine, *Arresto*, 446.

²⁶⁹ Sugli elementi utilizzabili dall'ufficiale di polizia giudiziaria ai fini di un'immediata liberazione dell'arrestato o del fermato *ex art. 389*, posto che l'art. 350 comma 1 gli vieta l'assunzione di sommarie informazioni dal ristretto, v. A. Ferraro, *Arresto*, 85; K. La Regina, *L'udienza*, 209.

²⁷⁰ Cfr. L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 436 ss.; A. Ferraro, *Arresto*, 84 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 208.

dell'udienza di convalida e conseguente ad un rigetto *de plano* della richiesta cautelare del pubblico ministero. Investite della questione, le **Sezioni Unite**²⁷¹ della Corte di cassazione hanno concluso che «è illegittima per violazione dell'art. 391 comma 3 c.p.p. l'ordinanza con la quale il giudice competente per la convalida dell'arresto in flagranza o del fermo decida *de plano*, prima dell'udienza di convalida, sulla richiesta del pubblico ministero di applicare all'arrestato o al fermato una misura cautelare»²⁷². La suddetta ordinanza è – secondo le Sezioni Unite – affetta da una nullità a regime intermedio, per violazione di disposizione concernente la partecipazione del pubblico ministero al procedimento (artt. 178 lett. *b* e 180), mentre non vi sarebbero gli estremi dell'abnormità²⁷³.

23.2. Conseguenze in tema di accesso alla riparazione per ingiusta detenzione.

È nota la sentenza costituzionale che ha esteso il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione anche al settore precautelare²⁷⁴, intervenendo sull'art. 314 commi 1 e 2²⁷⁵. Quanto al primo capoverso dell'articolo, la **sentenza n. 109 del 1999** l'ha dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva il diritto ad un'equa riparazione per la detenzione subita dal prosciolto per qualsiasi causa o dal condannato che, nel corso del procedimento, «sia stato sottoposto ad arresto in flagranza o a fermo di indiziato di delitto quando, con decisione irrevocabile, siano risultate insussistenti le condizioni per la convalida». Quest'ultimo riferimento ad una «**decisione irrevocabile**», quale titolo per ottenere la riparazione, rende controversa la spendibilità, a tal fine, di un provvedimento d'immediata liberazio-

²⁷¹ Cass., Sez. Un., 22.11.2000, Boniotti, *CED*, 2000/217244. Nel senso indicato dalle Sezioni Unite v. già Cass., Sez. IV, 5.4.2000, Damioli, *CED*, 2000/217428. Sulla scorta della pronuncia delle Sezioni Unite, cfr. Cass., Sez. II, 16.9.2008, Avdiu, *CED*, 2008/241453; in dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 213 s.

²⁷² A favore della legittimità del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta cautelare del pubblico ministero, conseguentemente liberando l'arrestato, prima dell'udienza fissata per la convalida, si era espressa, invece, Cass., Sez. IV, 24.11.1999, Ayeri, in *Cass. pen.*, 2001, 528 s., con nota di L. Carneroli.

²⁷³ Si erano pronunciate nel senso dell'abnormità del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta cautelare e dispone l'immediata liberazione del soggetto prima dell'udienza di convalida: Cass., Sez. IV, 14.12.1999, Chmanti, *CED*, 2000/215545; Cass., Sez. VI, 4.11.1999, Costa, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 361 s.; Cass., Sez. VI, 19.5.1999, Fadhaloui, *CED*, 1999/214689; Cass., Sez. VI, 21.10.1998, Hairri, *CED*, 1998/213428; Cass., Sez. IV, 28.4.1998, Sami Brahim, *CED*, 1998/211113; Cass., Sez. V, 14.10.1994, Nakic, *CED*, 1994/199873.

²⁷⁴ In dottrina v. già M.G. Coppetta, *La riparazione*, 167; P.P. Rivello, *Riparazione*, 327; L. Scomparin, *La riparazione*, 397. Recentemente cfr. E. Turco, *L'equa riparazione*, 165 ss.

²⁷⁵ C. cost., 2.4.1999, n. 109, commentata da E. Aprile, *Il diritto alla riparazione*, 335 ss.; B. Giors, *Misure precautelari*, 677 ss.; C. Santoriello, *Un'opportuna precisazione*, 961 ss.

ne emesso a norma dell'art. 389: in quanto non costituente decisione suscettibile di diventare irrevocabile, infatti, a rigore esso parrebbe inidoneo a consentire l'accesso alla riparazione²⁷⁶. Intuitiva è l'incidenza della questione sul tema – a sua volta controverso – dei rapporti fra immediata liberazione ex art. 389 e richiesta di convalida. Infatti, qualora si neghi che un provvedimento del primo tipo possa consentire l'accesso alla riparazione ex art. 314 comma 2, soltanto ove non lo si ritenga alternativo alla richiesta di convalida il diritto al ristoro del soggetto rilasciato potrà dirsi effettivamente garantito.

23.3. Rapporti con la richiesta di convalida.

Il tema dei rapporti fra immediata liberazione e richiesta di convalida appare controverso sotto un duplice profilo: da un lato, ci si domanda se la richiesta di convalida consumi il potere d'immediata liberazione del pubblico ministero; dall'altro lato, non è pacifico se l'esercizio del potere-dovere di cui all'art. 389 esoneri il pubblico ministero dal dovere di provocare l'intervento giurisdizionale a norma dell'art. 390 comma 1, sicuramente perdurante nel caso di rilascio ex art. 121 disp. att.²⁷⁷. Sotto il primo profilo, s'ispira al principio del *favor libertatis* la tesi che sostiene il permanere della legittimazione del magistrato inquirente (fino all'udienza di convalida o, quanto meno, fino a quando il giudice non l'abbia fissata)²⁷⁸. In senso contrario si sottolinea come, con la richiesta di convalida, l'arrestato o il fermato venga messo a disposizione del giudice: ne deriverebbe la contestuale perdita delle prerogative spettanti al pubblico ministero nei confronti della persona ristretta, tanto più che, ad oggi, la liberazione di fonte non giurisdizionale precluderebbe l'accesso alla riparazione per l'ingiusta detenzione subita²⁷⁹.

Per quanto concerne il secondo aspetto evocato, appare saldamente ancorata alla lettera dell'art. 390 comma 1 la tesi che vuole l'immediata liberazione ex art. 389 e la richiesta di convalida fra loro alternative²⁸⁰. D'altro canto – si sottolinea – l'immediata liberazione ex art. 389 già si fonda sul riconoscimento di un "abuso", cosicché ben si spiegherebbe la mancata previsione di un successivo controllo giurisdizionale²⁸¹. Diversamente, un decreto di rilascio ex art. 121 disp. att. pre-

²⁷⁶ V. K. La Regina, *L'udienza*, 231 ss.; F. Vergine, *Arresto*, 447.

²⁷⁷ Nel caso di rilascio dell'arrestato o del fermato disposto dal pubblico ministero che ritenga di non dover richiedere l'applicazione di misure coercitive, infatti, il secondo comma dell'art. 121 disp. att. prevede che della fissazione dell'udienza di convalida sia dato «avviso, senza ritardo, anche alla persona liberata».

²⁷⁸ L. D'Ambrosio, *Art. 389*, 433; A. Ferraro, *Arresto*, 85 s. Sul punto cfr., altresì, P.P. Rivello, *Art. 121*, 459.

²⁷⁹ In tal senso v. K. La Regina, *L'udienza*, 203 ss.

²⁸⁰ In dottrina, fra gli altri, F. Cordero, *Procedura*, 501; P. Corso, *Le misure*, 354; A. Ferraro, *Arresto*, 87; D. Manzione, *Arresto*, 473.

²⁸¹ Sul tema cfr., recentemente, K. La Regina, *L'udienza*, 220.

suppone una restrizione precautelare legittimamente eseguita e mantenuta nel rispetto dei termini stabiliti dalla legge, donde la necessità di un intervento del giudice per evitare che sia il pubblico ministero stesso a garantire la correttezza dell'operato suo e della polizia giudiziaria.

La mancata previsione del controllo giurisdizionale è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale con specifico riferimento ai casi di rilascio per sopravvenuta inefficacia della misura ai sensi degli artt. 386 comma 7 e 390 comma 3 (casi in ordine ai quali, esonerato il pubblico ministero dal dovere di richiedere la convalida, viene a mancare la verifica di un organo terzo ed imparziale sulla legittima esecuzione della precautela cessata per inosservanza dei termini stabiliti per gli adempimenti successivi)²⁸². Tuttavia, secondo la **sentenza n. 515 del 1990**²⁸³, la formulazione dell'art. 13 comma 3 Cost. «induce a escludere che una pronuncia sulla convalida da parte dell'autorità giudiziaria sia richiesta [...] “sempre e comunque”». In presenza di persona non più ristretta, la previsione dell'udienza di convalida sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore: non costituzionalmente necessaria, ma neppure preclusa, «tanto più ove», come nell'ipotesi considerata nell'art. 121 disp. att., la «liberazione sia stata determinata [...] da una valutazione di opportunità del pubblico ministero che ritenga di non dover richiedere per motivi di merito l'applicazione di misure coercitive».

Lo stesso art. 121 disp. att. è stato, a sua volta, sottoposto alla Corte costituzionale: più precisamente, la questione sollevata, invocando gli artt. 97 e 101 comma 2 Cost., censurava «la previsione dell'udienza di convalida nel caso in cui l'arrestato (o il fermato) sia già stato rimesso in libertà, ove non sia poi riconosciuta al pubblico ministero la facoltà di richiedere in detta udienza l'applicazione di misure coercitive», che in un primo momento il magistrato aveva ritenuto di non dover domandare. Nel dichiarare la questione manifestamente infondata, l'**ord. n. 304 del 1991**²⁸⁴ non si limitò a rilevare l'erroneità del presupposto interpretativo fatto proprio dal giudice *a quo*. La Corte riconobbe, inoltre, l'“utilità” dell'udienza di convalida a prescindere dalla richiesta di una misura coercitiva a carico del soggetto già liberato *ex art.* 121 disp. att.: essa, infatti, «risponde comunque all'interesse del cittadino all'accertamento giudiziale della legittimità del provvedimento restrittivo adottato nei suoi confronti dall'autorità di pubblica sicurezza» e peraltro cessato – nei suoi effetti – solo in virtù di «una valutazione di opportunità» del pubblico ministero.

In **dottrina** è da più parti coltivata la prospettiva di un'estensione dell'ambito di operatività del controllo giurisdizionale, pur dopo la liberazione dell'arrestato o del fermato, oltre i casi contemplati dall'art. 121 disp. att. In effetti, l'attualità o meno della restrizione non sembra condizionare l'esplicarsi della funzione della convalida, in quanto istituto diretto essenzialmente a verificare la sussistenza, nei

²⁸² Sul punto cfr., in particolare, N. Triggiani, *Osservazioni*, 1339 ss.

²⁸³ C. cost., 2.11.1990, n. 515, commentata da N. Triggiani, *Osservazioni*, 1337.

²⁸⁴ C. cost., 26.6.1991, n. 304 (ord.).

singoli casi, dei presupposti di “necessità ed urgenza” codificati dal legislatore per garantire l’eccezionalità di interventi restrittivi ad iniziativa di soggetti diversi dal giudice²⁸⁵. All’esigenza di un controllo giurisdizionale è data voce sia con riguardo alle ipotesi d’immediata liberazione per sopravvenuta inefficacia della misura a causa dell’inosservanza dei termini prescritti per i necessari adempimenti, sia in riferimento al rilascio anticipato fondato sull’evidente illegittimità dell’intervento restrittivo in quanto eseguito fuori dei casi previsti dalla legge. In quest’ultimo caso, infatti, si lamenta l’insufficienza della constatazione non giurisdizionale dell’“abuso”, per la preclusione che ne deriverebbe rispetto alla riparazione per l’ingiusta detenzione subita, ma non soltanto²⁸⁶. Un’estensione dell’operatività dell’istituto della convalida oltre i casi d’immediata liberazione previsti dall’art. 121 disp. att., per quanto auspicabile, non potrebbe tuttavia prescindere, secondo alcuni, da un intervento legislativo di riforma²⁸⁷; ad avviso di altri, invece, tale risultato sarebbe già consentito dall’attuale dato normativo²⁸⁸.

In **giurisprudenza**, si è ripetutamente sostenuto che il giudizio di convalida del fermo o dell’arresto deve essere eseguito anche nel caso in cui il pubblico ministero abbia rimesso in libertà il soggetto per una qualsiasi ragione²⁸⁹. Semplicemente, in tale ipotesi, così come in quella prevista dall’art. 121 disp. att.²⁹⁰, verrebbe meno l’esigenza di provvedere al giudizio di convalida nel rispetto delle rigorose scadenze temporali stabilite dall’art. 390 commi 1 e 2²⁹¹. Il passaggio dell’udienza di convalida, dunque, risulta «erroneamente elus[o]» dall’ordinanza

²⁸⁵ In giurisprudenza cfr., in particolare, Cass., Sez. I, 2.12.2003, Giurcau, *CED*, 2004/226637; Cass., Sez. I, 30.3.1994, Cornacchio, in *Cass. pen.*, 1995, 3369, con nota di N. Triggiani. In termini generali, v. K. La Regina, *L’udienza*, 220 ss.; F. Nuzzo, *Appunti*, 464; N. Triggiani, *Osservazioni*, 1339.

²⁸⁶ V. K. La Regina, *L’udienza*, soprattutto 241 e 226 s.

²⁸⁷ In tal senso, F. Nuzzo, *Appunti*, 463; N. Triggiani, *Osservazioni*, 1340.

²⁸⁸ A favore di tale orientamento, R. Adorno, *Sui limiti*, 1513 s.; K. La Regina, *L’udienza*, 241; M.M. Monaco, *Convalida*, 252; F. Vergine, *Arresto*, 447 s.

²⁸⁹ Si esprimono in tal senso: Cass., Sez. II, 24.10.2003, Sozzi, *CED*, 2003/227656; Cass., Sez. IV, 5.10.1999, Bee, *CED*, 2000/215685; Cass., Sez. V, 7.11.1997, Tineo, in *Giust. pen.*, 1998, III, 462, con nota di F. Nuzzo; Cass., Sez. I, 28.10.1994, Rovai, *CED*, 1995/200012; Cass., Sez. VI, 11.7.1990, Favano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 278. Per l’esplicita affermazione che «anche l’arresto cui è seguita l’immediata scarcerazione per difetto del requisito della flagranza o quasi flagranza di reato è ragione per il pubblico ministero di chiedere il vaglio di legittimità del giudice», v. Cass., Sez. I, 6.12.2011, Frau, *CED*, 2012/251679. In senso diametralmente opposto, invece, Cass., Sez. I, 27.10.1995, Russo, in *Cass. pen.*, 1997, 1035, la quale, nell’affermare che il giudizio di convalida dell’arresto presuppone indefettibilmente l’attualità dello *status detentionis* del soggetto cui la richiesta si riferisce, sembrerebbe ignorare la smentita proveniente dall’art. 121 disp. att. trans.

²⁹⁰ V. Cass., Sez. VI, 9.1.2014, Falcetti, *CED*, 2014/258629, Cass., Sez. VI, 21.11.2012, Ben Ali, *CED*, 2012/253817.

²⁹¹ Cass., Sez. II, 10.11.2011, Manzittu, *CED*, 2012/251794.

che dichiarò inammissibile la richiesta del pubblico ministero di non convalida dell'arresto posto in essere fuori dei casi previsti dalla legge e, pertanto, già seguito dalla liberazione del soggetto *ex art. 389*²⁹².

Non si può negare che, alla luce di quest'ultimo orientamento, muta la fisionomia stessa della richiesta avanzata a norma dell'art. 390 comma 1: non si può propriamente parlare di "richiesta di convalida"²⁹³, infatti, ove il pubblico ministero si rivolga al giudice pur avendo egli stesso rilevato una causa ostativa.

24. Le richieste del pubblico ministero: la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo ...

Assegnando al pubblico ministero il dovere di richiedere al giudice la convalida della misura precautelare, l'art. 390 comma 1 dà attuazione all'**art. 2 n. 34 della legge-delega**. In effetti fu già quest'ultima direttiva a definire la titolarità degli adempimenti stabiliti dall'art. 13 comma 3 Cost.: e lo fece in conformità al modello cui intendeva ispirarsi il nuovo rito penale, nel quale si voleva «ogni potere decisorio [...] riservato ad organi non coinvolti nella funzione investigativa»²⁹⁴. Al pubblico ministero fu attribuito il compito di dare tempestivamente impulso al controllo giurisdizionale, entro il termine che il terzo comma dell'art. 13 Cost. stabilisce per la comunicazione del provvedimento restrittivo funzionale al giudizio sulla convalida. Nella trama codicistica, tale adempimento comunicativo ha poi assunto le forme della richiesta di cui all'art. 390 comma 1²⁹⁵.

Alla procedura di convalida deve essere sottoposta non soltanto la **misura** che la polizia abbia applicato di propria iniziativa, ma anche quella disposta dal pubblico ministero, purché non rimasta **ineseguita** per essere il destinatario riuscito a sottrarsi²⁹⁶. Il **pubblico ministero** che deve provocare l'intervento giurisdizionale è quello **del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito**²⁹⁷. Il **termi-**

²⁹² Tale è la conclusione alla quale perviene Cass., Sez. II, 10.11.2011, Manzittu, cit.; analogamente, Cass., Sez. I, 6.12.2011, Frau, cit. Con riguardo al caso di libertà riacquistata attraverso l'elusione della sorveglianza da parte dei soggetti preposti, sul rapporto tra configurabilità del delitto di evasione della persona in stato di arresto e mancato vaglio, in sede di udienza di convalida, circa la legittimità dell'iniziativa della polizia giudiziaria, v. Cass., Sez. VI, 25.6.2013, Louri Mohamed alias Rabhi Salah, cit.

²⁹³ Sul senso dell'espressione v. L. D'Ambrosio, *Art. 386*, 420.

²⁹⁴ L. D'Ambrosio, *Art. 379*, 357. *Supra*, 1.

²⁹⁵ V. A. Ferraro, *Arresto*, 86, nota 50, e 89 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 243 s.

²⁹⁶ Esclude «la eventualità [...] della convalida di un decreto di fermo rimasto ineseguito» a causa della tempestiva fuga del destinatario Cass., Sez. Un., 11.5.1993, Maroni, cit.: *supra*, 11.1.

²⁹⁷ V. D. Carcano, G. Izzo, *Arresto*, 34; A. Ferraro, *Arresto*, 84; K. La Regina, *L'udienza*, 201.

ne²⁹⁸ di quarantotto ore concessogli decorre dalla materiale apprensione del soggetto²⁹⁹. L'inutile decorso del lasso di tempo indicato determina la sopravvenuta **inefficacia** della precautela, donde la doverosa liberazione immediata del soggetto *ex art.* 389.

Ben presto l'art. 390 suscitò qualche incertezza in ordine alla condizione che garantisce la conservazione della restrizione provvisoria: mera formulazione della richiesta entro il termine prescritto³⁰⁰ oppure presentazione della stessa presso la cancelleria del giudice³⁰¹. La soluzione più plausibile sembra quella che conserva efficacia alla misura se la richiesta di convalida – che può essere legittimamente trasmessa anche a mezzo *telex* – perviene nella cancelleria del giudice entro quarantotto ore dall'arresto o dal fermo, pur se oltre l'orario di chiusura dell'ufficio o in un giorno festivo³⁰². In ogni caso, l'osservanza dei termini che governano la procedura di convalida, a partire da quello concernente la relativa richiesta, non s'impone quando l'arrestato o il fermato non è più ristretto³⁰³.

²⁹⁸ In tal senso, fra le altre, Cass., Sez. I, 6.5.2009, Valente, *CED*, 2009/243811, ove, tuttavia, si ammette che la regola secondo la quale – ai fini del computo dei termini massimi cui è sottoposta la procedura di convalida – occorre aver riguardo al momento iniziale della reale privazione della libertà, subisca «un obbligato correttivo [...] ove il tempo ulteriore trascorso si sia reso necessario per gli accertamenti sull'identità della persona arrestata (cfr. art. 349 c.p.p., comma 4)». Per quanto concerne «altre disposizioni normative che prevedono forme di identificazione diverse da quella c.d. giudiziaria», nel senso che si tratta di attività «sicuramente non computabili ai fini della decorrenza delle misure precautelari», v. Cass., Sez. I, 13.11.2007, Turè, *CED*, 2007/238422. In ordine alle restrizioni precautelari applicate in rapporto a reati legati al fenomeno dell'immigrazione, per l'esclusione – dal computo dei termini prescritti per la convalida – del periodo trascorso per l'accertamento dell'identità dello straniero mediante rilievi fotodattiloscopici ai sensi dell'art. 6 t.u. immigrazione, v. anche, fra le altre, Cass., Sez. I, 10.6.2010, Bakhiri, *CED*, 2010/247427; Cass., Sez. I, 13.11.2008, Beremli, *CED*, 2008/242099; Cass., Sez. I, 14.2.2008, Chen, *CED*, 2008/239181. In senso critico, K. La Regina, *L'udienza*, 244 s.

²⁹⁹ Se il pubblico ministero dispone il fermo quando la misura è già in atto per iniziativa della polizia giudiziaria, non ne deriva un'estensione della durata massima della precautela: Cass., Sez. I, 6.12.2007, Capasso, *CED*, 2008/238776. Per altro verso, là dove l'esecuzione della misura precautelare venga ritardata, l'estensione temporale concessa alla restrizione provvisoria non subirà contrazioni: infatti, il punto di riferimento resterà l'effettiva apprensione del soggetto e non il momento in cui ciò sarebbe potuto avvenire (v., già con riguardo all'abrogato art. 98 t.u. stupefacenti, Cass., Sez. VI, 22.12.1997, Arellano Osorio, *CED*, 1998/210071). In dottrina, cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 244.

³⁰⁰ In tal senso Cass., Sez. I, 12.2.1992, D'Avino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 588.

³⁰¹ V. Cass., Sez. I, 8.6.1990, Paunkovic, in *Riv. pen.*, 1991, 425; in dottrina, v. M.M. Monaco, *Convalida*, 252.

³⁰² A favore di tale soluzione, Cass., Sez. V, 26.5.2009, Incandela, *CED*, 2009/244138; Cass., Sez. VI, 27.11.2008, Pascale, *CED*, 2008/241612; Cass., Sez. IV, 16.1.2004, Minutillo, *CED*, 2004/227350; Cass., Sez. VI, 11.5.1998, Desire, in *Riv. pen.*, 1998, 1168, ove si afferma la non applicabilità dell'art. 172 comma 6 alla presentazione della richiesta di convalida delle misure precautelari; in dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 249 s.

³⁰³ V. Cass., Sez. II, 24.10.2003, Sozzi, *CED*, 2003/227656; Cass., Sez. V, 22.5.1998,

In giurisprudenza³⁰⁴ si è precisato che, per evitare la caducazione della precautelata, è necessario che entro quarantotto ore dalla sua esecuzione il pubblico ministero non soltanto ne richieda la convalida, ma trasmetta al giudice anche gli **atti indicati nell'art. 122 disp. att.**, imprescindibili per la formulazione del giudizio sulla legittimità dell'attività sottoposta al controllo giurisdizionale³⁰⁵. Anche nel caso in cui l'arrestato o il fermato sia già stato rimesso in libertà, il magistrato è comunque tenuto a fornire al giudice tali atti, pur oltre le quarantotto ore dall'esecuzione della misura, ma prima dell'udienza o producendoli nella stessa, essendo altrimenti legittima la mancata convalida della misura precautelare³⁰⁶. L'art. 122 disp. att. è stato accolto da letture diverse circa la finalità perseguita: individuazione del materiale di accompagnamento della richiesta *ex art. 390* comma 1 che non può omettersi – ostando la sua assenza alla convalida dell'arresto o del fermo – salvi possibili ulteriori arricchimenti³⁰⁷ oppure definizione dei soli atti suscettibili di sottoposizione al giudice, con esclusione di tutti gli altri³⁰⁸. L'attribuzione di quest'ultimo significato all'art. 122 disp. att. crea i problemi maggiori ove ne derivi un limite al novero dei supporti che possono accompagnare la richiesta di una misura coercitiva che faccia seguito ad una restrizione precautelare³⁰⁹. Un chiarimento è venuto dagli innesti operati dal d.lgs. 14.1.1991, n. 12: da un lato, l'esplicito riferimento all'art. 291 inserito nell'art. 391 comma 5, ossia nella previsione espressamente dedicata alla vicenda cautelare che si collochi nell'ambito della procedura di convalida; dall'altro lato, il comma 3-*bis* dell'art. 390, che mutuò la definizione del corredo delle richieste in ordine alla libertà personale trasmesse al giudice dal pubblico ministero che non ritenga di comparire in udienza dall'art. 291 comma 1, senza esclusioni *ex lege*. A quest'ultimo riguardo si è osservato che dal “nuovo” comma si trae un'indi-

Azemi, in *Cass. pen.*, 2000, 2657; Cass., Sez. V, 7.11.1997, Tineo, cit.; Cass., Sez. I, 28.10.1994, Rovai, cit.; Cass., Sez. VI, 11.7.1990, Favano, cit.; Cass., Sez. VI, 9.2.1990, Linzola, in *Cass. pen.*, 1990, II, 123 s.

³⁰⁴ V. Cass., Sez. IV, 5.10.1999, Bee, cit.

³⁰⁵ Nello specifico, si tratta del verbale di arresto o di fermo, di copia della documentazione attestante che il soggetto è stato tempestivamente condotto nel luogo di custodia, del decreto di fermo eventualmente emesso a norma dell'art. 384 comma 1 (nulla impedisce al pubblico ministero «di riqualificare correttamente come verbale di arresto in quasi-flagranza un atto erroneamente definito come verbale di fermo» dalla polizia giudiziaria: Cass., Sez. III, 18.2.1999, Sciammetta A., *CED*, 1999/213279).

³⁰⁶ Cass., Sez. IV, 5.10.1999, Bee, cit.

³⁰⁷ Contro la limitazione degli atti ostensibili al giudice della convalida entro i confini di cui all'art. 122 disp. att., v. P.P. Rivello, *Art. 122*, 463. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 1.6.1992, Cefariello, *CED*, 1992/191611.

³⁰⁸ In tal senso L. Filippi, *L'arresto*, 314 s.; G. Midolo, *La trasmissione*, 587.

³⁰⁹ Cfr. L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 449; A. Ferraro, *Arresto*, 114; L. Scomparin, *Arresto*, 265 s. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 1.6.1992, Cefariello, cit.; Cass., Sez. I, 20.8.1991, Mercurio, in *Cass. pen.*, 1992, 3098; Cass., Sez. I, 9.2.1990, Duraccio, *CED*, 1990/183649.

cazione generale – non limitata ai casi in cui il pubblico ministero non intenda essere presente all'udienza – a sostegno della non tassatività dell'elenco di atti oggetto di ostensione al giudice della convalida contenuto nell'art. 122 disp. att.³¹⁰.

25. ... e le richieste cautelari.

Affinché il giudice investito della decisione sulla convalida di un arresto o di un fermo possa anche disporre per il futuro in ordine alla libertà personale del soggetto, è necessario che vi sia la richiesta di una misura coercitiva³¹¹ da parte del pubblico ministero³¹², com'è reso esplicito dal riferimento – nell'art. 391 comma 5 – all'art. 291³¹³. Anche in tal caso il pubblico ministero potrà avvalersi di tutti gli elementi³¹⁴ che riterrà opportuno sottoporre al giudice per supportare la propria istanza, senza poter comunque omettere quelli a favore dell'interessato e le deduzioni e memorie difensive che siano già state depositate. La presentazione dell'eventuale istanza cautelare e degli elementi su cui essa si fonda non deve necessariamente essere contestuale a quella della richiesta di convalida e degli atti indicati nell'art. 122 disp. att., né soggiace al termine massimo di quarantotto ore dall'esecuzione dell'arresto o del fermo³¹⁵. Il pubblico ministero potrà pure scegliere³¹⁶ di provvedere direttamente all'udienza, mentre – se non intende essere presente – basterà che trasmetta la domanda della misura coercitiva ed i relativi supporti³¹⁷ «per l'udienza»

³¹⁰ V. K. La Regina, *L'udienza*, 246 s.

³¹¹ Nel senso che, «benché il comma 5 dell'art. 391 c.p.p. menzioni solo le misure “coercitive”, deve tuttavia ritenersi consentita [...] anche la richiesta (e la conseguente applicazione) di misure “interdittive”», A. Ferraro, *Arresto*, 128.

³¹² L'art. 3 comma 4 d.lgs. n. 106/2006 esclude che sia necessario l'assenso scritto del procuratore della Repubblica o del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegato quando la richiesta di misure cautelari personali sia formulata in occasione di quella di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato ai sensi dell'art. 390: in tema v. Cass., Sez. Un., 24.2.2011, Fatihi, *CED*, 2011/249301.

³¹³ V. A. Ferraro, *Arresto*, 122; K. La Regina, *L'udienza*, 397 s.

³¹⁴ Per un approfondimento, A. Ferraro, *Arresto*, 116; K. La Regina, *L'udienza*, 247 s.; G. Salvi, *Artt. 390-391*, 317 ss.

³¹⁵ Sul punto cfr. A. Ferraro, *Arresto*, 92 s.

³¹⁶ Sui due percorsi possibili per la domanda cautelare innestata nel procedimento di convalida, A. Marandola, *L'interrogatorio*, 463 s.

³¹⁷ Nel senso che «il pubblico ministero, quando non intende comparire all'udienza, deve presentare al giudice specifiche richieste in ordine alla misura coercitiva che ritiene applicabile all'imputato, senza essere obbligato a motivarle», Cass., Sez. V, 22.5.1991, Stojanovic, *CED*, 1991/187733; cfr., altresì, Cass., Sez. V, 16.5.1991, Djordjevic, *CED*, 1991/187731. Invece, secondo Cass., Sez. VI, 14.2.1997, Messi Abderramane, *CED*, 1997/208121, il pubblico mini-

(art. 390 comma 3-*bis*)³¹⁸. Inoltre, al magistrato requirente non è preclusa la possibilità di richiedere al giudice della convalida l'applicazione di una misura coercitiva pur dopo aver diversamente opinato, disponendo la liberazione del soggetto a norma dell'art. 121 disp. att.³¹⁹.

25.1. *L'ampliamento dell'area della coercizione cautelare.*

Per quanto riguarda l'iniziativa spettante al pubblico ministero per ottenere una misura coercitiva, di assoluto rilievo appare la **seconda parte del comma 5 dell'art. 391**: l'area entro cui tale iniziativa può esplicarsi, infatti, ne risulta allargata rispetto ai casi in cui il magistrato requirente si attivi al di fuori della procedura di convalida di una restrizione già applicata in via provvisoria. In concreto, il successo dell'istanza dipenderà dall'esito del giudizio sulla convalida dell'arresto, in quanto soltanto ove quest'ultimo sia positivo il giudice – in presenza delle condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 e ricorrendo taluna delle esigenze cautelari – potrà disporre una misura coercitiva al di là dei limiti di pena fissati dagli artt. 280 e 274 comma 1 lett. c³²⁰.

Già nella sua versione originaria il codice volle che l'area della coercizione cautelare potesse estendersi per coprire il più vasto ambito di operatività che si era riconosciuto all'arresto nel secondo comma dell'art. 381. La *ratio* è chiara: s'intese coordinare la potestà precautelare con quella cautelare, così da non lasciare senza sbocco gli arresti legittimamente eseguiti oltre gli ordinari confini assegnati alla coercizione cautelare³²¹. Sui rapporti fra l'una e l'altra potestà sono note le parole spese una decina d'anni fa dalla Corte costituzionale nella **sentenza n. 223 del 2004**³²²: ne risultò ribadita «la configurazione dell'arresto come misura “precautelare”»³²³, che trova la sua giustificazione nella necessità di evitare l'infruttuosità di un provvedimento restrittivo tardivo. Sotto tale profilo, è innegabile che la seconda parte dell'art. 391 comma 5 valga proprio ad evitare arresti senza alcun-

stero non è tenuto a motivare la richiesta di convalida dell'arresto, ma la motivazione è indispensabile in ordine all'ulteriore richiesta cautelare.

³¹⁸ Cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 324 ss.

³¹⁹ V. C. cost., 26.6.1991, n. 304 (ord.): *supra*, 23.3.

³²⁰ *Infra*, 33.

³²¹ V. C. cost., 8.6.2001, n. 187 (ord.), che affermò la non omogeneità della situazione «dell'indagato, sia pure per il medesimo titolo di reato, arrestato in flagranza ovvero in stato di libertà», per concludere che «di tale diversità di situazioni il legislatore ha tenuto opportunamente conto» (l'argomentazione fu allora utilizzata per rigettare una questione di legittimità costituzionale mirante ad estendere la possibilità della coercizione cautelare per uno dei reati elencati nell'art. 381 comma 2 anche al di fuori dei casi di avvenuto arresto). Sul punto, all'indomani dell'entrata in vigore del “nuovo” codice di rito, v. le osservazioni di E. Fassone, *Art. 280*, 101.

³²² *Supra*, 1.

³²³ A. Caputo, *Immigrazione*, 565.

no sbocco possibile nella coercizione cautelare³²⁴, ma è altrettanto vero che l'obiettivo è raggiunto attraverso una sorta di inversione del «rapporto di strumentalità tra arresto e cautele processuali»³²⁵.

La deroga agli ordinari limiti oggettivi del potere coercitivo connessa alla legittima esecuzione di un arresto, inoltre, è stata oggetto di dubbi interpretativi, alimentati da difetti di coordinamento fra l'eccezione e le modifiche apportate nel tempo alle regole vigenti in materia cautelare. In particolare, margini d'incertezza si crearono quando la legge 8.8.1995, n. 332, introdusse, per il reato oggetto del procedimento, una soglia sanzionatoria differenziata ai fini dell'applicabilità della **custodia cautelare in carcere** (nel "nuovo" comma – il secondo – aggiunto nell'art. 280, essa saliva alla reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni³²⁶), senza nel contempo intervenire sul regime derogatorio previsto nella seconda parte dell'art. 391 comma 5. *Rebus sic stantibus*, non era pacifico se anche il nuovo limite potesse cadere, tanto più che ne sarebbe derivata una palese incongruenza³²⁷. Infatti, a seguito delle modifiche apportate all'art. 280, erano diventati non più suscettibili di "conversione" nella custodia carceraria alcuni degli arresti eseguiti a norma dell'art. 381 comma 1³²⁸. Pertanto, ipotizzata la perdurante applicabilità della misura più afflittiva in seguito ad arresto per uno dei delitti elencati nell'art. 381 comma 2, si denunciava il conseguente paradosso di un trattamento più benevolo per reati, pur sanzionati con pene maggiori, ma riconducibili ai delitti selezionati dal comma precedente³²⁹. Tale paradosso, tuttavia, sembra non aver preoccupato il legislatore quando la legge 26.3.2001, n. 128, riformulò la seconda parte dell'art. 391 comma 5. L'intervento chiarì la portata della previsione a favore della possibilità, a seguito di arresto, di fare eccezione anche alla soglia di pena richiesta dall'art. 280 comma 2 per il ricorso alla custodia carceraria³³⁰: in tal senso depone pure l'esplicita estensione della deroga ai limiti previsti dall'art. 274 lett. c³³¹. Oltre che in caso di restrizione provvisoria *ex art.* 381 comma 2³³²,

³²⁴ Cfr. S. Allegrezza, *Incostituzionale*, 4704 s.

³²⁵ V. F. Caprioli, *Presupposti*, 421.

³²⁶ Sulla limitata incidenza, in concreto, della riforma, v. G. Illuminati, *Presupposti*, 70 s.; F. Rigo, *Art. 7*, 107.

³²⁷ V. G. Illuminati, *Presupposti*, 72 s.

³²⁸ Sull'originaria esiguità del numero dei reati di cui all'art. 381 comma 1 esclusi – a seguito della riforma del 1995 – dal novero di quelli per cui l'arresto in flagranza può essere "convertito" nella custodia carceraria, A.M. Bonagura, *Udienza*, 262.

³²⁹ Illustrano tale paradosso A.M. Bonagura, *Udienza*, 261 ss.; R. Giovagnoli, *L'applicazione*, 199 s.; V. Grevi, *Misure*, 308; P. Sechi, sub *art. 12*, 450 s.; F. Viggiano, *Cautele*, 133.

³³⁰ Fra gli altri, A.M. Bonagura, *Udienza*, 260; R. Giovagnoli, *L'applicazione*, 199; K. La Regina, *L'udienza*, 407; P. Sechi, sub *art. 12*, 449.

³³¹ La precedente portata della deroga, limitata alla sola condizione generale di applicabilità delle misure coercitive riferita all'entità della pena edittale, era stata, peraltro, ritenuta non lesiva del principio di ragionevolezza da C. cost., 23.4.1998, n. 148 (ord.).

³³² Nel senso che, nei «casi "particolari" di arresto [in flagranza] previsti da leggi speciali

la deviazione dai confini ordinari della coercizione cautelare fu autorizzata altresì nelle ipotesi di arresto per uno dei delitti che lo consentono anche fuori flagranza³³³. Diversamente, nessun regime derogatorio fu introdotto per i casi di arresto eseguito a norma dell'art. 381 comma 1³³⁴. Una successiva riforma degli artt. 280 comma 2 e 274 lett. c ha poi ulteriormente circoscritto il ricorso alla custodia carceraria. Si tratta del d.l. 1.7.2013, n. 78, convertito nella legge 9.8.2013, n. 94. Ai fini dell'applicabilità della misura più afflittiva, è stata infatti innalzata alla reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni la soglia di pena che deve raggiungere il reato oggetto del procedimento³³⁵ ed anche quello temuto, là dove la necessità della carcerazione cautelare si fonda sull'esigenza di fronteggiare il pericolo della commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede³³⁶. La spinta al contenimento del ricorso alla misura più afflittiva non ha comunque raggiunto i casi di "conversione" degli arresti eseguiti per uno dei delitti indicati nell'art. 381 comma 2 o che consentono la restrizione provvisoria anche fuori flagranza. Ne sono derivati l'idoneità della legittima esecuzione di un arresto per uno di tali reati a sottrarre la custodia in carcere anche ai suoi "nuovi" confini e, fra i delitti di cui al primo comma dell'art. 381, l'aumento di quelli la cui pena edittale non consente che all'arresto segua l'applicazione della misura più afflittiva. Successivamente, con la riforma dell'art. 275 comma 2-bis, è stato però introdotto il divieto della custodia cautelare in carcere «se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni», senza che si sia fatta salva – per quanto più rileva in questa sede – l'applicabilità dell'art. 391 comma 5 (art. 8 d.l. 26.6.2014, n. 92, conv. nella legge 11.8.2014, n. 117)³³⁷.

per reati puniti con pene che non consentirebbero, in via normale, l'applicazione di misure coercitive», la possibilità di disporle ugualmente, in deroga ai limiti edittali ordinari, deve essere espressamente stabilita dalla legge speciale, A. Ferraro, *Arresto*, 126.

³³³ Peraltro, l'applicabilità – in sede di convalida – di una misura cautelare in deroga all'art. 280 era già una previsione piuttosto comune in ordine ai casi di arresto consentito anche fuori flagranza: v. R. Giovagnoli, *L'applicazione*, 196.

³³⁴ V., però, M. Bargis, *Disposizioni*, 26; R. Giovagnoli, *L'applicazione*, 211.

³³⁵ Tuttavia, è stata sganciata dall'entità della pena edittale l'applicabilità della custodia cautelare in carcere per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7 legge 2.5.1974, n. 195.

³³⁶ Con la legge n. 47/2015, anche sotto il profilo *de quo* il trattamento cautelare è stato irrigidito quando viene in gioco il delitto di finanziamento illecito dei partiti.

³³⁷ V., fra gli altri, M. Daniele, *Il palliativo*; A. Laronga, *L'art. 275, co. 2°-bis, c.p.p.* In giurisprudenza v., però, con riferimento ad un arresto per evasione, Cass., Sez. VI, 1.10.2015, El Mkhatri, *CED*, 2015/265609.

26. La *discovery* degli atti che supportano le richieste del pubblico ministero.

Il nodo del diritto della difesa alla conoscenza delle richieste del pubblico ministero, con gli atti presentati dall'inquirente al giudice ai fini della decisione³³⁸, si lega al tema dell'ampiezza e dell'effettività del contraddittorio in seno al procedimento di convalida. La *discovery* connessa alle istanze in ordine alla libertà personale avanzate in seguito all'esecuzione di una misura precautelare è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale che ha sollecitato le Sezioni Unite della Corte di cassazione a confrontare fra loro principalmente due posizioni: acquisito che – in sede di udienza di convalida – il contraddittorio abbraccia anche il tema cautelare³³⁹, il contrasto si concentrava sulle facoltà conoscitive che debbono essere accordate alla difesa.

Sul punto aveva ottenuto un ampio seguito la conclusione secondo cui l'instaurarsi del contraddittorio non presupporrebbe il diritto del difensore di accedere preliminarmente agli atti presentati dal pubblico ministero. A norma dell'art. 391 comma 3, l'equo bilanciamento degli interessi contrapposti sarebbe garantito, invece, dall'indicazione dei motivi della precautela e dall'illustrazione delle richieste in ordine alla libertà personale da parte del pubblico ministero, che precedono l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato e l'audizione del difensore³⁴⁰. In ordine all'ipotesi di assenza dell'inquirente, in giurisprudenza si era diffusa la conclusione per cui a soddisfare le esigenze conoscitive della difesa sarebbe allora l'esposizione orale del giudice. Quest'ultimo approdo venne più volte confermato³⁴¹ anche dopo l'intervento con cui le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione indicarono come unica interpretazione costituzionalmente conforme quella per cui, nell'ordinario procedimento *de libertate*, il deposito previsto dall'art. 293 comma 3 deve precedere l'interrogatorio di garanzia, altrimenti nullo³⁴². Fu un

³³⁸ Sul diritto di accesso agli atti v. ora l'art. 7 della direttiva 2012/13/UE: tuttavia, «nel corpo del d.lgs. n. 101 del 2014, non vi [è] traccia di norme dedicate, specificamente, all'attuazione della direttiva» sotto questo profilo, probabilmente poiché il legislatore ha dato «già per assolti gli obblighi» sul punto (S. Ciampi, *Diritto all'informazione*, 22 s.).

³³⁹ In senso contrario, v., in epoca ormai risalente, Cass., Sez. VI, 21.10.1991, Cacciolla, *CED*, 1991/188691.

³⁴⁰ V. Cass., Sez. IV, 18.1.2007, Albanese, *CED*, 2007/236380; Cass., Sez. II, 4.12.2006, Paci, *CED*, 2007/235614; Cass., Sez. II, 9.7.2004, Cernica, *CED*, 2004/229646.

³⁴¹ Cass., Sez. III, 7.4.2010, Z., *CED*, 2010/246772; Cass., Sez. III, 9.7.2009, Said, *CED*, 2009/244574; Cass., Sez. II, 5.5.2009, Giuffrida, *CED*, 2009/244351; Cass., Sez. VI, 27.11.2008, Artiano, *CED*, 2009/242933; Cass., Sez. VI, 11.10.2007, Gurrieri, in *Cass. pen.*, 2009, 231, con osservazioni di E. Aprile; Cass., Sez. V, 9.7.2007, Pilia, *CED*, 2007/237283; Cass., Sez. VI, 19.4.2007, Ben, *CED*, 2007/236855; Cass., Sez. VI, 5.2.2007, Hoxha, in *Cass. pen.*, 2007, 4474, con nota di E. Gallucci; Cass., Sez. II, 15.12.2006, Sergi, *CED*, 2007/235362; Cass., Sez. VI, 27.11.2006, Parisi, *CED*, 2006/235287.

³⁴² Cass., Sez. Un., 28.6.2005, Vitale, in *Cass. pen.*, 2005, 3260, con nota di L. Giuliani. Sulla *discovery ex art. 293 comma 3 v.*, diffusamente, A. Marandola, *L'interrogatorio*, 327 ss.

orientamento minoritario ad argomentare che le conoscenze offerte alla difesa dall'intervento del giudice non possono ritenersi sufficienti neppure ai fini dell'interrogatorio in sede di udienza di convalida, espressamente indicato dal legislatore quale valido sostituto di quello ordinariamente prescritto *ex art.* 294. In particolare, nel caso di pubblico ministero che non ritenga di comparire in udienza, il canale preposto ad assicurare le necessarie basi conoscitive al contraddittorio sarebbe piuttosto da rintracciare nell'accesso del difensore agli atti presentati dall'inquirente a fondamento delle proprie richieste in ordine alla libertà personale dell'arrestato o del fermato³⁴³.

Il contrasto giurisprudenziale è stato sottoposto alle **Sezioni Unite** della Corte di cassazione³⁴⁴, le quali hanno fatto leva sull'equipollenza normativa tra l'interrogatorio di garanzia prescritto dall'art. 294 e l'interrogatorio in sede di udienza di convalida per "agganciare" al secondo il medesimo diritto che accompagna il primo: il diritto all'esame ed all'estrazione di copia³⁴⁵ degli atti presentati dall'inquirente a fondamento delle proprie richieste (di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare). Il Supremo Collegio, infatti, ha giudicato la lettura giudiziale, così come l'illustrazione svolta personalmente dal pubblico ministero comparso in udienza, mezzi incapaci di garantire adeguatamente il «diritto di difendersi *ratione cognita*». Il rigetto della richiesta di accesso agli atti³⁴⁶ – afferma la Corte – «determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, che resta sanata a norma dell'art. 182 c.p.p., comma 2, se non viene eccepita nella udienza di convalida»³⁴⁷. Invece, l'incidenza della diversità del contesto che ospita l'uno e

³⁴³ Diversamente «la scelta del pubblico ministero di avvalersi della facoltà di non comparire in udienza e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente al cospetto dell'arrestato e del suo difensore» produrrebbe «l'effetto negativo (ed irragionevole)» di privare questi ultimi di un «contraddittorio in situazione di parità»: Cass., Sez. II, 23.2.2006, Basile, *CED*, 2006/233736; successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. I, 1.4.2009, Schirripa, *CED*, 2009/243690; Cass., Sez. IV, 14.6.2007, Kurti, *CED*, 2007/237984. In dottrina, cfr. già A. Marandola, *L'interrogatorio*, 467; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1409.

³⁴⁴ Cass., Sez. Un., 30.9.2010, Gemeanu, in *Cass. pen.*, 2011, 883, con nota di M. Lo Giudice; la pronuncia è altresì commentata da M. Pinna, *Le incerte*, 1792; G. Varraso, *L'accesso*, 74.

³⁴⁵ Per quanto riguarda il diritto del difensore all'estrazione di copia degli atti, riconoscendolo in ordine al materiale depositato a norma dell'art. 293 comma 3, C. cost., 24.6.1997, n. 192, precisò che, in considerazione dei termini stabiliti per l'interrogatorio e poi per la richiesta di riesame e per la relativa decisione, «né il difensore potrà pretendere, né l'autorità giudiziaria potrà concedere dilazioni di tali termini ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio e per l'udienza di riesame».

³⁴⁶ Sull'ipotesi in cui la difesa fruisca di un'ostensione soltanto parziale degli atti presentati dal pubblico ministero, v. K. La Regina, *L'udienza*, 327 s.

³⁴⁷ Quanto al destino della misura cautelare eventualmente applicata dal giudice della convalida, l'indirizzo minoritario che ha incontrato il favore delle Sezioni Unite si era espresso esplicitamente: la nullità dell'interrogatorio effettuato nell'udienza di convalida «in quanto

l'altro interrogatorio è stata circoscritta entro l'alveo delle sole condizioni di esercizio del medesimo diritto di accesso, che sono state mantenute distinte³⁴⁸: il deposito con avviso notificato al difensore, infatti, non potrebbe «trovare spazio nella udienza di convalida, in considerazione dei tempi assai ristretti in cui deve essere celebrata»³⁴⁹.

27. Il destinatario delle richieste del pubblico ministero.

La richiesta di convalida della misura cautelare deve essere rivolta «al **giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito**» (art. 390 comma 1). La ragione della scelta di un criterio territoriale diverso dal *locus commissi delicti* s'individua agevolmente: l'inderogabile radicamento del giudizio sulla convalida nel luogo di esecuzione della misura³⁵⁰ è

tempestivamente proposta comporta la perdita di efficacia della misura ai sensi dell'art. 302» (così Cass., Sez. II, 23.2.2006, Basile, cit.; analogamente Cass., Sez. I, 1.4.2009, Schirripa, cit.; Cass., Sez. IV, 14.6.2007, Kurti, cit.); in senso critico v. K. La Regina, *L'udienza*, 334 s., la quale rileva come la perdita di efficacia della misura cautelare consegua soltanto all'eventuale successiva omissione dell'interrogatorio di garanzia.

³⁴⁸ Peraltro, sotto il profilo dell'informazione al difensore circa la materiale disponibilità degli atti, la differenza di trattamento si appanna ove si consideri che Cass., Sez. Un., 28.6.2005, Vitale, cit., ha ritenuto causa di nullità dell'interrogatorio prescritto dall'art. 294 soltanto l'omesso previo deposito, non anche la mancata tempestiva notifica del relativo avviso. Sulla questione della fruibilità del diritto di accesso agli atti in assenza della notifica dell'avviso dell'avvenuto deposito, v. F. Alonzi, *Le attività*, 183; K. La Regina, *L'udienza*, 318 ss.

³⁴⁹ D'altronde – ricordano le Sezioni Unite – già la Corte costituzionale ritenne «inconfidente il richiamo all'art. 293, comma 3», effettuato a fini di censura dell'equipollenza normativa fra l'interrogatorio in sede di udienza di convalida e quello prescritto dall'art. 294: v. C. cost., 5.2.1999, n. 16 (ord.). Sui problemi sollevati dalla rimessione al pubblico ministero dei tempi di presentazione di un'eventuale domanda cautelare e degli elementi su cui la stessa si fonda (*supra*, 25), K. La Regina, *L'udienza*, 327; M. Pinna, *Le incerte*, 1803.

³⁵⁰ Sottolinea che «il giudice indicato nell'art. 390 comma 1 c.p.p. è funzionalmente competente per il giudizio di convalida dell'arresto o del fermo senza che siano previste deroghe» Cass., Sez. Un., 14.7.1999, Salzano, in *Cass. pen.*, 2000, 344, con osservazioni di S. Palla. Sull'inderogabilità della competenza per la convalida in capo al giudice per le indagini preliminari individuato dall'art. 390 comma 1, v., altresì, Cass., Sez. II, 16.11.2006, Lomanto, *CED*, 2007/235813; Cass., Sez. III, 2.6.1999, Isa, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 61 s. Cass., Sez. I, 15.11.1996, Ciulli, *CED*, 1996/206625, precisa che, in sede di convalida dell'arresto, al giudice per le indagini preliminari è preclusa ogni deliberazione in ordine alla connessione con altri procedimenti pendenti presso altri uffici giudiziari ed egli perciò deve procedere alla convalida con riferimento al reato di propria competenza e non può, ritenuta la connessione, trasmettere gli atti al giudice per le indagini preliminari competente. V., inoltre, Cass., Sez. II, 23.2.1990, Crupi, in *Giur. it.*, 1990, II, 212 ss.: «può [...] accadere che il luogo ove il fermo o l'arresto sono stati eseguiti sia compreso nel distretto in cui il magistrato coinvolto esercita allo stato le sue funzioni ovvero le esercitava al momento del fatto, ed in tal caso vengono inevita-

funzionale alla celerità che caratterizza il procedimento³⁵¹.

Non sempre il giudice per le indagini preliminari individuato in base al luogo di esecuzione dell'arresto o, più frequentemente, del fermo coincide con quello indicato dall'art. 279 quale titolare del potere cautelare. Pur mancando tale identità, il pubblico ministero può comunque utilmente richiedere al giudice della convalida una **misura coercitiva**: sulla relativa **efficacia**, però, in giurisprudenza sono emerse posizioni diverse. Chiamate a risolvere il contrasto, le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione hanno affermato che, «quando il luogo dell'arresto o del fermo sia diverso da quello della commissione del reato, l'ordinanza coercitiva emessa dal giudice per le indagini preliminari competente per la convalida ha efficacia provvisoria a norma dell'art. 27»³⁵²: essa, pertanto, cessa di avere effetto se non rinnovata dal giudice indicato dall'art. 279 entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la misura coercitiva disposta dal giudice della convalida che non coincida con quello indicato nell'art. 279 sia una misura emessa da un giudice incompetente nell'**esercizio, in via d'urgenza, del potere surrogatorio contemplato dal secondo comma dell'art. 291**, richiamato nella sua interezza dall'art. 391 comma 5. Rispetto alla misura coercitiva adottata in sede di udienza di convalida, l'**urgenza** del provvedere per fronteggiare taluna delle esigenze previste dall'art. 274 sarebbe **implicita**³⁵³. Per quanto riguarda, invece, l'esercizio del potere cautelare da parte del

bilmente ad interferire tra loro le disposizioni degli artt. 11 e 390, primo comma); «orbene, la Corte ritiene che anche in questa ipotesi non potrebbe negarsi la prevalenza della seconda delle due disposizioni in parola». In dottrina, fra gli altri, K. La Regina, *L'udienza*, 251 s.; L. Scomparin, *Arresto*, 262; F. Vergine, *Arresto*, 461 s.

³⁵¹ Proprio l'esigenza di un immediato controllo giurisdizionale sulla restrizione precautelare è stata invocata per sostenere che, nei procedimenti per i delitti indicati nell'art. 51 commi 3-bis, 3-quater e 3-quinquies, la competenza del giudice per le indagini preliminari distrettuale subisce una deroga quando si tratti del giudizio di convalida: v. Cass., Sez. I, 13.4.1994, Latina, in *Foro it.*, 1995, II, 159, con osservazioni di A. Scaglione; cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 18.10.1999, Nasone, in *Cass. pen.*, 2001, 2119; Cass., Sez. VI, 5.6.1996, Mistretta, *CED*, 1996/205774; inoltre, Cass., Sez. V, 3.5.1996, Barbieri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 224. Nel senso che il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale ordinario, individuato sulla base del luogo di realizzazione dell'intervento restrittivo, «deve pronunciarsi sulla legittimità dell'arresto anche quando nel corso dell'udienza camerale insorga incertezza sulla minore età dell'arrestato»: Cass., Sez. I, 17.11.2009, Sarr, *CED*, 2009/245642; analogamente, Cass., Sez. I, 8.7.2004, Mohamed, *CED*, 2004/229803; Cass., Sez. I, 8.2.2002, Dani, *CED*, 2002/221495. Tuttavia, «è del tutto legittima la decisione del giudice ordinario [...] dinanzi al quale viene condotto l'indagato o imputato minorene per l'udienza di convalida dell'arresto o del fermo di declinare la propria competenza funzionale in favore dell'autorità giudiziaria minorile, qualora vi siano le condizioni temporali perché quest'ultima provveda nei termini»: Cass., Sez. IV, 6.4.2005, Padeanu, *CED*, 2005/231788 (relativa ad un caso in cui era risultata inequivocabilmente la minore età dell'arrestato). In dottrina, sulle questioni in oggetto, recentemente, K. La Regina, *L'udienza*, 254 ss.

³⁵² Cass., Sez. Un., 14.7.1999, Salzano, cit.

³⁵³ Analogamente v. Cass., Sez. II, 21.3.2000, Major, *CED*, 2000/216594.

giudice competente, al quale gli atti vengano trasmessi a norma dell'art. 27, l'intervento delle Sezioni Unite si segnala per due precisazioni. In primo luogo, anche al **giudice** individuato ai sensi dell'art. 279 **che rinnovi la misura coercitiva provvisoria** spetta il più ampio potere cautelare che l'art. 391 comma 5 "aggancia" all'avvenuta convalida dell'arresto eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 comma 2 o per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza. In secondo luogo, «il giudice cautelare competente **non trova preclusioni endoprocessuali**»³⁵⁴, potendo «l'ordinanza che rinnova la misura coercitiva [...] basarsi anche sugli stessi elementi presi in considerazione dal giudice dichiaratosi incompetente». Ove, poi, il pubblico ministero che indaga chieda ed ottenga la misura coercitiva dal giudice indicato nell'art. 279 mentre altrove ancora pende il procedimento di convalida del fermo eseguito per gli stessi fatti, in giurisprudenza si è ritenuto che il provvedimento del giudice cautelare naturale "prevalga" su quello successivamente emesso a norma dell'art. 391 comma 5³⁵⁵.

Nel citato intervento, le **Sezioni Unite** non avevano affrontato il tema del valore della **dichiarazione di incompetenza** del giudice della convalida. Successivamente chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale sul punto³⁵⁶, esse ne hanno affermato la **natura costitutiva**, invocando argomenti di ordine letterale, logico e sistematico³⁵⁷. Nel contempo, si è sostenuto che «è l'autorità che ha ordinato la misura a dover valutare la propria competenza in una **dichiarazione**» che deve essere «**esplicita**»³⁵⁸.

³⁵⁴ Nel senso che, nell'ipotesi di provvedimento di rigetto della richiesta di misura cautelare adottato dal giudice per le indagini preliminari competente per la convalida, ma diverso da quello indicato nell'art. 279, non si forma alcun giudicato cautelare, cosicché al pubblico ministero non è preclusa la reiterazione della suddetta richiesta al giudice cautelare naturale, cfr. Cass., Sez. VI, 28.4.2006, Lepre, *CED*, 2006/235187.

³⁵⁵ V. Cass., Sez. VI, 16.1.2006, Aglieri Rinella, *CED*, 2006/233827: sul punto v. K. La Regina, *L'udienza*, 265 s.

³⁵⁶ A favore dell'irrelevanza della mancanza di una formale dichiarazione d'incompetenza ai fini della perdita di efficacia della misura coercitiva non rinnovata dal giudice cautelare naturale, Cass., Sez. VI, 28.4.2006, Lepre, cit.; Cass., Sez. I, 7.7.2004, Agyeipah, *CED*, 2004/229802; Cass., Sez. VI, 26.6.2003, Bouchaib, *CED*, 2003/228392 (che, trattandosi di uno dei procedimenti di cui all'art. 328 comma 1-bis, ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 27 nell'ipotesi di misura cautelare coercitiva disposta, in sede di udienza di convalida, dal giudice per le indagini preliminari del luogo di esecuzione dell'arresto in flagranza che non coincida con quello distrettuale); Cass., Sez. I, 20.3.2002, Sinanaj Shkelqim, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 83, con commento di G. Piziali; cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 20.11.2001, Giglio, in *Cass. pen.*, 2003, 2720 ss. (secondo cui, decorso il ventesimo giorno dalla declaratoria – anche implicita – d'incompetenza, è lo stesso giudice che abbia trattenuto indebitamente gli atti a doversi pronunciare sullo *status libertatis* dell'indagato, disponendone la scarcerazione: per un commento v. T. Cavallaro, *Sulla misura*, 2723). In senso contrario, fra le altre, Cass., Sez. III, 2.12.2009, Ugochukwu, *CED*, 2009/245600; Cass., Sez. VI, 18.4.2003, Ndukwe, *CED*, 2003/228391; Cass., Sez. II, 24.11.2000, Saliu, in *Cass. pen.*, 2002, 3153, con nota di R.A. Ruggiero.

³⁵⁷ Cass., Sez. Un., 25.3.2010, Mones, in *Cass. pen.*, 2010, 3040, con nota di P. Bronzo.

³⁵⁸ Il valore costitutivo della dichiarazione d'incompetenza non rimetterebbe la caducazione

Qualora provenga da un giudice per le indagini preliminari diverso da quello individuato in relazione al luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito, l'**ordinanza che decide sulla convalida**, emessa in violazione di una norma attributiva di una competenza funzionale, è **nulla**³⁵⁹. In ordine alla sorte della **misura cautelare** disposta dal medesimo giudice, che non coincida con quello indicato dall'art. 279, alla tesi della nullità del provvedimento³⁶⁰ si contrappone quella che ne riconosce la validità, seppure quale fonte di una limitazione della libertà personale dotata dell'efficacia provvisoria di cui all'art. 27³⁶¹. Ove, tuttavia, si neghi la validità dell'interrogatorio effettuato in sede di udienza di convalida dal giudice per le indagini preliminari incompetente *ex art.* 390 comma 1³⁶², si conclude per la necessità dell'interrogatorio di garanzia da parte del giudice indicato dall'art. 279 che rinnovi la misura cautelare³⁶³.

28. Funzione, oggetto e natura del giudizio sulla convalida.

La decisione sulla convalida della precautelata «“consuma” l'efficacia del titolo [detentivo] provvisorio costituito dall'arresto» o dal fermo³⁶⁴: lo *status detentio-nis* può perdurare soltanto se contestualmente il giudice – su richiesta del pubblico ministero – sottopone il soggetto a misura cautelare custodiale³⁶⁵; se non lo fa, deve disporre «con ordinanza la immediata liberazione dell'arrestato o del fermato» (art. 391 comma 6), a prescindere dall'esito del giudizio sulla convalida. L'ordinanza di convalida, cioè, «non costituisce titolo di detenzione»³⁶⁶. Può tutt'al più rappresentare un presupposto dell'eventuale protrarsi della restrizione: così è quando il ricorso alla coercizione cautelare viene sollecitato al di là dei suoi con-

della misura all'insindacabile volontà di chi l'ha disposta poiché l'inefficacia differita *ex art.* 27 ben può derivare dalla pronuncia d'incompetenza proveniente dal giudice dell'impugnazione: cfr. Cass., Sez. Un., 24.1.1996, Fazio, in *Cass. pen.*, 1997, 18, con nota di R. Fois.

³⁵⁹ Cass., Sez. III, 8.11.2000, Lleshai, *CED*, 2000/217395; Cass., Sez. III, 11.3.1999, Ndricim, in *Cass. pen.*, 2000, 433, con osservazioni di G. Spangher; Cass., Sez. VI, 5.6.1996, Mistretta, cit.

³⁶⁰ In tal senso v. Cass., Sez. III, 11.3.1999, Ndricim, cit.

³⁶¹ Cass., Sez. IV, 6.2.2008, Beqiraj, *CED*, 2008/240018; in dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 340 ss.

³⁶² In tal senso v. G. Spangher, *Osservazioni sub Cass. Ndricim*, 436 s.

³⁶³ V. Cass., Sez. IV, 6.2.2008, Beqiraj, cit.

³⁶⁴ P. Dubolino, *Convalida*, 404.

³⁶⁵ V. L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 454; A. Ferraro, *Arresto*, 130; M.M. Monaco, *Convalida*, 253. Precisa che «la rimessione in libertà consegue anche all'applicazione di una misura cautelare di carattere non custodiale» F. Viggiano, *Art. 391*, 1653.

³⁶⁶ Cass., Sez. II, 27.2.2001, Blake, in *Cass. pen.*, 2002, 614.

fini ordinari *ex art.* 391 comma 5³⁶⁷. In giurisprudenza, tuttavia, vi è un caso nel quale – discutibilmente – la convalida stessa è stata riconosciuta quale titolo di detenzione. Si tratta dell'ipotesi in cui essa abbia ad oggetto l'arresto e preluda all'immediata celebrazione del giudizio: «funzionalmente diretta alla celebrazione del giudizio direttissimo», in tal caso la convalida legittimerebbe – secondo le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione – «la procrastinazione dello *status detentionis* dell'imputato fino alla emanazione del successivo provvedimento coercitivo»³⁶⁸.

Non diretto ad accertare la sussistenza delle condizioni per il futuro protrarsi della privazione della libertà personale, il giudizio sulla convalida si rivolge, invece, al passato³⁶⁹. Esso esercita una **funzione di controllo** rispetto ad un intervento privativo della libertà personale già eseguito, eccezionalmente deciso dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero in sostituzione del giudice³⁷⁰. Più precisamente, nel caso di **arresto in flagranza**, l'oggetto del controllo giurisdizionale è la «**ragionevolezza dell'atto di polizia**»³⁷¹. Quest'ultima presuppone l'accertamento della flagranza (“propria” o “impropria”) di un fatto ragionevolmente configurabile, nel suo profilo oggettivo, come uno dei reati per cui è previsto l'arresto.

La verifica che attinge la sussistenza, in concreto, degli elementi costitutivi di un **fatto tipico** legittimante la restrizione a carico della persona ad esso collegata dalla flagranza concilia l'istituto di cui agli artt. 380 ss. con «la dimensione della legalità penale»³⁷². Tuttavia, l'accertamento risente del contesto in cui l'arresto è deciso e realizzato e poi sottoposto al controllo giurisdizionale. L'intervento restrittivo è caratterizzato dalla contiguità rispetto al fatto, collocandosi, «normalmente, in fase di esordio dell'indagine preliminare»³⁷³; il controllo giurisdizionale s'instaura e si conclude a brevissima distanza di tempo, allo stato degli atti, e non è finalizzato a decidere sulla prosecuzione o meno dello stato detentivo. Si spiega, pertanto, la distinzione fra «il piano del controllo sull'operato della forza pubblica» e «quello della prova necessaria a sostenere un provvedimento cautelare, ed a maggior ragione [...] quello attinente al merito dell'imputazione»³⁷⁴. In primo

³⁶⁷ *Supra*, 25.1; *infra*, 33.

³⁶⁸ Cass., Sez. Un., 1.10.1991, Simioli, *CED*, 1991/188583; analogamente, Cass., Sez. VI, 21.7.1992, Quadagno, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 133; Cass., Sez. IV, 13.11.2002, Burdus, *CED*, 2002/223599; Cass., Sez. VI, 8.3.2000, Bondielli A., *CED*, 2000/216136. *Contra*, in dottrina: F. Cordero, *Procedura*, 1063; M.R. Marchetti, *Giudizio*, 2440 s.; L. Scomparin, *Arresto*, 276 ss.

³⁶⁹ L. Filippi, *L'arresto*, 320; K. La Regina, *L'udienza*, 374.

³⁷⁰ Sulla natura sostitutiva dell'intervento privativo della libertà personale deciso dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, v. K. La Regina, *L'udienza*, 7 ss.

³⁷¹ Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, *CED*, 2014/257851.

³⁷² D. Negri, *Fumus*, 92.

³⁷³ V. Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, *cit.*

³⁷⁴ Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, *cit.* V., inoltre, Cass., Sez. VI, 23.2.2016, Obien, *CED*, 2016/266734, Cass., Sez. V, 1.10.2015, Dunisha, *cit.*, Cass., Sez. VI, 5.5.2015, Quaid,

luogo, ne discende la non esigibilità di una verifica positiva circa la sussistenza dell'elemento **oggettivo del reato**³⁷⁵, mentre, in rapporto alla sussistenza in concreto di una condizione d'incapacità d'intendere e/o di volere ostativa all'arresto *ex art.* 385, l'illegittimità della misura è ricondotta ai soli casi in cui «lo stato di non imputabilità [...] appar[e] immediatamente percepibile e rilevabile da parte degli organi di Polizia»³⁷⁶. In secondo luogo, ai fini della convalida, gli elementi a disposizione debbono rendere ragionevolmente ipotizzabile la configurabilità concreta del reato nella sua materialità, senza che, tuttavia, sia necessario il raggiungimento, sul punto, della soglia della gravità indiziaria³⁷⁷. Qualora si tratti di **arresto in flagranza discrezionale**, il controllo giurisdizionale in ordine alla ragionevolezza dell'atto di polizia investe pure i presupposti della «gravità del fatto» e della «pericolosità del soggetto»³⁷⁸ (anche uno soltanto dei due basta a giustificare la misura)³⁷⁹. Isolata appare la tesi che vorrebbe il controllo del giudice della convalida sull'operato della polizia che abbia proceduto ad un arresto di-

CED, 2015/263539, Cass., Sez. V, 26.10.2015, Prenga, in *D&G*, 26.11.2015, Cass., Sez. VI, 12.2.2015, Ahmad, *CED*, 2015/262502, e, fra le molte altre, Cass., Sez. VI, 17.2.2015, Chen Fengpang, in *DeJure*; Cass., Sez. VI, 28.11.2013, Scalici, *CED*, 2013/258230; Cass., Sez. VI, 21.5.2013, D'Antonio, *CED*, 2013/256129; Cass., Sez. VI, 27.11.2012, Crimaldi, *CED*, 2013/254240; Cass., Sez. VI, 12.4.2012, Eebrihim, *CED*, 2012/253022; Cass., Sez. IV, 6.4.2006, Alessandroni, *CED*, 2006/233969; Cass., Sez. VI, 11.7.2006, Adamo, *CED*, 2006/235136; Cass., Sez. I, 30.3.2006, Solimeno, *CED*, 2006/234259; Cass., Sez. IV, 27.1.2005, De Stefano, *CED*, 2005/231545; Cass., Sez. I, 4.4.2003, Ianiga, *CED*, 2003/224423; Cass., Sez. VI, 30.3.2000, Sacchetti, *CED*, 2000/216233. In senso critico v., recentemente, F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, 661 ss.

³⁷⁵ Fra le altre, v. Cass., Sez. VI, 21.4.2008, Guidi, *CED*, 2008/240369; Cass., Sez. VI, 12.7.2006, Abou Bakir, *CED*, 2006/234875; ai fini della legittimità dell'arresto, basta che non sia evidente il difetto dell'elemento oggettivo: Cass., Sez. IV, 2.12.2004, Garavaglia, *CED*, 2005/231381; Cass., Sez. I, 24.2.1997, Del Puerto, *CED*, 1997/207348. Sul punto v., in dottrina, D. Negri, *Fumus*, 96.

³⁷⁶ Cass., Sez. III, 7.7.2010, Pagano, *CED*, 2010/248479; v., altresì, Cass., Sez. VI, 13.4.2016, Barnaba, *CED*, 2016/266930.

³⁷⁷ In tema di stupefacenti, Cass., Sez. IV, 15.12.2009, Tomassini, *CED*, 2010/246417; cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 27.1.2005, De Stefano, *CED*, 2005/231545; cfr., inoltre, Cass., Sez. VI, 28.11.2013, Scalici, cit.; Cass., Sez. VI, 28.3.2007, Riaviz, *CED*, 2007/236671; Cass., Sez. IV, 6.4.2006, Alessandroni, cit., nonché Cass., Sez. IV, 21.6.2000, Biancardo, *CED*, 2000/216807. Nel senso che, affinché sussista «un ragionevole *fumus* del reato di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73», è comunque necessario che gli elementi a disposizione rivestano «oggettivamente una valenza significativa» in ordine alla destinazione della sostanza ad uso di terzi, cfr. Cass., Sez. IV, 4.5.2007, Torres, *CED*, 2007/237602. Con riguardo ai reati di cui all'art. 12 t.u. immigrazione, Cass., Sez. I, 4.4.2003, Ianiga, cit.; cfr. anche Cass., Sez. I, 20.5.2003, Boszormenyi, *CED*, 2003/225009.

³⁷⁸ V., per esempio, Cass., Sez. V., 4.2.2014, Stoican, *CED*, 2014/262541; Cass., Sez. VI, 21.5.2013, D'Antonio, *CED*, 2013/256129; Cass., Sez. VI, 20.11.2008, Giai Checco, *CED*, 2008/241994; Cass., Sez. IV, 22.2.2007, Marinotti, *CED*, 2007/236204.

³⁷⁹ *Supra*, 6.2.; *infra*, 31.

screzionale esteso alla «prognosi di una misura “stabile”, alla stregua dei criteri di cui all’art. 274»³⁸⁰.

Anche l’accertamento dei presupposti del **fermo** necessario ai fini della convalida – si sottolinea – «è in buona misura indipendente dall’accertamento dei presupposti per l’applicazione della misura coercitiva eventualmente richiesta dal P.M.»³⁸¹. Sotto il profilo dei *pericula libertatis*, ai fini della convalida è soltanto il rischio di fuga³⁸² a rilevare. Invece, là dove investe «la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell’art. 384», la verifica funzionale alla decisione sulla convalida del fermo si distinguerebbe «soltanto perché, essendo limitata al controllo sulla legittimità dell’iniziativa del P.M. o della polizia giudiziaria, va riferita al momento in cui questa si verificò, senza tener conto (com’è invece doveroso a fini cautelari) di eventuali acquisizioni successive»³⁸³.

Effettivamente, in giurisprudenza, all’accertamento sull’esistenza dei presupposti delle misure precautelari che ha luogo in sede di convalida è diffusamente riconosciuta la natura di **verifica ex ante**, «cioè condotta in riferimento alle circostanze che gli agenti hanno conosciuto – o avrebbero potuto conoscere usando la dovuta diligenza – all’atto del provvedimento restrittivo»³⁸⁴. Il giudice – si riconosce – è sì dotato del potere di **qualificare diversamente il fatto** per cui si è

³⁸⁰ In tal senso Cass., Sez. V, 16.12.2005, Ralmondas, cit. In tale occasione la Corte di cassazione richiamò – a supporto della propria tesi – C. cost., 24.7.1996, n. 305, là dove, riferendosi appunto ad un’ipotesi di «misura precautelare provvisoria facoltativa», precisava che «essa può essere adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile»: tuttavia, nel senso che la sentenza costituzionale non riguarderebbe l’estensione del controllo sull’operato della polizia spettante al giudice della convalida, v., diffusamente, K. La Regina, *L’udienza*, 380 ss. Peraltro – sotto altro ma connesso profilo – si può rilevare che C. cost., 2.4.1999, n. 109, ha poi «tacitamente» respinto la doglianza del rimettente relativa alla mancata previsione del diritto alla riparazione per la detenzione subita in conseguenza di arresto non seguito da ordinanza impositiva della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari (v. C. Santoriello, *Un’opportuna*, 963).

³⁸¹ V. Cass., Sez. II, 27.2.2001, Blake, cit.

³⁸² *Supra*, 11.1.

³⁸³ Così Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, *CED*, 1999/214044. Sulla verifica richiesta al giudice della convalida in ordine al quadro indiziario a carico del fermato, v., altresì, Cass., Sez. IV, 4.11.2003, Benouna, *CED*, 2004/227343.

³⁸⁴ Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, cit.; nello stesso senso, fra le altre, Cass., Sez. VI, 13.4.2016, Barnaba, cit.; Cass., Sez. V, 1.10.2015, Dunisha, cit.; Cass., Sez. III, 24.6.2015, Amistà, cit.; Cass., Sez. II, 11.3.2015, Morelli, *CED*, 2015/264026; Cass., Sez. VI, 4.11.2014, Maggi, in *DeJure*; Cass., Sez. II, 14.1.2014, Bombaci, *CED*, 2014/261817; Cass., Sez. VI, 28.11.2013, Scalici, cit.; Cass., Sez. VI, 14.10.2010, Prikhno, *CED*, 2010/248519; Cass., Sez. V, 27.3.2009, Celona, *CED*, 2009/243885; Cass., Sez. VI, 11.7.2006, Adamo, cit.; Cass., Sez. I, 4.4.2006, Oprea, *CED*, 2006/234211. Cfr., inoltre, Cass., Sez. VI, 17.2.2015, Chen Feng-pang, cit.; Cass., Sez. III, 17.6.2014, Pasceri, *CED*, 2014/260084; Cass., Sez. I, 8.2.2012, Rosichuk, *CED*, 2012/252217; Cass., Sez. V, 12.1.2012, Hraich, *CED*, 2012/252949; Cass., Sez. III, 7.7.2010, Pagano, cit. (*contra*, Cass., Sez. V, 5.7.1993, Rinaldi, *CED*, 1993/195841).

proceduto all'applicazione della misura precautelare, traendone le necessarie conseguenze ai fini della decisione sulla convalida³⁸⁵, ma non può farlo sulla base di elementi sopravvenuti³⁸⁶.

Nell'ottica appena descritta, l'interrogatorio reso dall'arrestato o dal fermato nell'udienza di convalida, così come gli elementi presentati dal difensore a norma dell'art. 391-*octies*, potranno contribuire all'accertamento delle circostanze (ostative all'intervento precautelare) di cui la polizia giudiziaria o il pubblico ministero avrebbero comunque dovuto avvedersi usando la dovuta diligenza³⁸⁷; inoltre, saranno utilizzabili ai fini della decisione sull'eventuale richiesta cautelare³⁸⁸. Le possibilità, per la difesa, d'incidere sulla convalida aumentano se, invece, all'accertamento sull'esistenza dei presupposti delle misure precautelari si riconosce la natura di **verifica ex post**, ossia condotta «tenendosi conto anche degli elementi acquisiti successivamente, pur se non conosciuti o non conoscibili» al momento dell'intervento restrittivo³⁸⁹.

Nel suo complesso, infine, la disciplina del procedimento di convalida rivela, sotto più di un profilo, la preoccupazione per l'**indefettibilità del controllo giurisdizionale**: esigenza, questa, che, a seguito della sentenza n. 109 del 1999 della Corte costituzionale, ha tratto ulteriore alimento, in quanto tale controllo ora condiziona anche l'accesso dell'arrestato o del fermato all'equa riparazione ex art. 314³⁹⁰. Per apprezzare la preoccupazione appena evocata, basti pensare all'art. 121 disp. att., che prescrive l'intervento giurisdizionale anche nel caso di arrestato o fermato già restituito alla libertà; oppure all'art. 391 comma 3, ove si esclude che l'impossibilità di procedere all'interrogatorio osti alla verifica *de qua*. Non sempre, tuttavia, l'indefettibilità di un controllo giurisdizionale che valuti "nel merito" la richiesta di convalida (o di non convalida) della misura precautelare riesce a conciliarsi in modo soddisfacente con l'obiettivo di contenere il procedi-

³⁸⁵ V. Cass., Sez. V, 19.2.2016, Cosman, *CED*, 2016/266566; Cass., Sez. IV, 4.11.2003, Benouna, cit.; Cass., Sez. V, 28.11.1997, Tamburrini, *CED*, 1998/209563.

³⁸⁶ In tal senso, Cass., Sez. II, 5.4.2013, Chitari, *CED*, 2013/256783, ove si riconosce inoltre che, data al fatto una differente qualificazione, il giudice dovrebbe comunque accordare la convalida qualora in concreto sussistessero i presupposti di misura precautelare diversa da quella per cui la convalida stessa è stata richiesta.

³⁸⁷ V. F. Alonzi, *Le attività*, 185, nota 84; F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, 661. In giurisprudenza v., in particolare, Cass., Sez. III, 7.7.2010, Pagano, cit.

³⁸⁸ V. Cass., Sez. VI, 5.5.2015, Quaid, cit.

³⁸⁹ V. Cass., Sez. IV, 4.5.2007, Torres, cit. Cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 5.2.2009, Perri, *CED*, 2009/243072; Cass., Sez. III, 4.12.1998, Gircineanu, *CED*, 1999/212436; Cass., Sez. VI, 24.5.1996, Debiasi, *CED*, 1996/205903; Cass., Sez. IV, 16.5.1994, Scorsa, *CED*, 1994/199064; Cass., Sez. V, 5.7.1993, Rinaldi, cit. In dottrina, a sostegno del giudizio di convalida come giudizio *ex post*, K. La Regina, *L'udienza*, 390 ss.; propende, invece, per un controllo svolto *ex ante* F. Alonzi, *Le attività*, 185.

³⁹⁰ Cass., Sez. I, 8.3.2007, Hassan, *CED*, 2007/236786; v., altresì, Cass., Sez. IV, 15.1.2015, Baatar, *CED*, 2015/262034, Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, *CED*, 2014/260930.

mento di cui all'art. 391 entro **tempi strettissimi**, donde accertamenti rapidi ma significativamente impoveriti.

29. La fissazione dell'udienza di convalida.

L'art. 390 comma 2 prescrive che dell'udienza di convalida sia dato **avviso**, «senza ritardo», al pubblico ministero ed al difensore dell'arrestato o del fermato³⁹¹. A questi ultimi si aggiunge la persona liberata, ove la restrizione non sia più attuale (art. 121 comma 2 disp. att.). L'art. 391 comma 2 stabilisce poi che, in caso di mancato reperimento o mancata comparizione del difensore (di fiducia o d'ufficio), l'udienza di convalida sarà celebrata alla presenza di un sostituto designato dal giudice ai sensi dell'art. 97 comma 4. Si tratta di una disciplina per lo più soggetta ad un'interpretazione giurisprudenziale «elastica»³⁹², che si richiama alla necessità di assicurare un rapido contatto con l'organo giurisdizionale al soggetto privato della libertà personale su iniziativa della polizia giudiziaria o del pubblico ministero. **Antiformalismo** e attribuzione di **oneri collaborativi** in capo **al difensore** dominano la valutazione della Corte di cassazione circa la validità dell'avviso dato a quest'ultimo³⁹³, dalla quale dipende la validità stessa dell'udienza celebrata alla presenza di un sostituto designato dal giudice. Ciò si rileva con riguardo all'apprezzamento dell'avviso sotto il profilo della correttezza ed esaustività del **contenuto**, della tipologia dei **mezzi** utilizzati, della **distanza temporale dall'udienza**. Così, si è esclusa la nullità dell'avviso privo della data e dell'ora dell'udienza, integrato soltanto a ridosso della stessa, facendosi carico al destinatario di procurarsi le informazioni mancanti e «tenersi pronto a interveni-

³⁹¹ Cass., Sez. VI, 27.5.2008, Skuqi, *CED*, 2008/240582, esclude che l'avviso dell'udienza debba essere dato «a quel legale la cui nomina sia stata formalizzata in un momento successivo alla emissione dell'avviso stesso»; cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 5.5.2000, Ferri Vici G., *CED*, 2000/217377, ove si sostiene che è «onere del difensore [tardivamente nominato] di intervenire all'atto, previamente adoperandosi per assumere le opportune informazioni», nonché Cass., Sez. VI, 17.1.1991, Gobbi, *CED*, 1991/190144. In precedenza v. Cass., Sez. Un., 6.7.1990, Scarpa, in *Cass. pen.*, 1990, II, 386, secondo cui il destinatario dell'avviso è il difensore che risulti tale al momento della richiesta di convalida del pubblico ministero (nella specie, comunque, la nomina era successiva anche alla «fissazione dell'udienza da parte del giudice ed [a]l compimento da parte del suo ufficio degli atti volti alla notificazione dell'avviso»). Sull'efficacia della nomina del difensore di fiducia effettuata *ex art.* 123 (sin dal momento della ricezione da parte del direttore del carcere), v. Cass., Sez. Un., 26.3.1997, Procopio, in *Cass. pen.*, 1998, 45. Quanto all'omissione dell'avviso nei confronti di uno dei due difensori di fiducia nominati dall'arrestato o dal fermato, nel senso del determinarsi di una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio effettuato in sede di convalida, v. Cass., Sez. I, 1.2.2008, Satta, *CED*, 2008/239219; Cass., Sez. VI, 20.2.2004, Abazoski, *CED*, 2004/229403.

³⁹² Così Cass., Sez. IV, 29.5.2001, Restagno, *CED*, 2001/219879.

³⁹³ Cfr. A. Bassi, *Un ulteriore*, 1290 ss.

re»³⁹⁴. Consolidato è poi l'approccio antiformalistico, forgiato sugli oneri di collaborazione del difensore, in materia di modalità dell'avviso *de quo*³⁹⁵. Risale al 2002 la pronuncia con cui le **Sezioni Unite**³⁹⁶ riconobbero che, per dare conoscenza della data dell'udienza di convalida al difensore, non soltanto è consentita «una attività a forma libera»; il Supremo Collegio aggiunse, inoltre, che la validità dell'avviso così fornito «prescinde dalla conoscenza effettiva» che ne abbia il destinatario. È sufficiente (e necessario) che esso venga dato «nel modo che si appalesa il più idoneo a rintracciare il difensore», sulla base di una «valutazione di adeguatezza del mezzo prescelto [...] formulata [...] caso per caso»³⁹⁷. Per il resto, si ritiene onere del difensore assicurarsi che siano ben funzionanti gli apparecchi, deputati alle comunicazioni, di cui egli dispone e verificare i messaggi ricevuti, memorizzati nella segreteria telefonica³⁹⁸, ma pure inviati via *fax*³⁹⁹ e finanche pervenuti al cellulare⁴⁰⁰, tutti potenziali veicoli dell'avviso di fissazione dell'udienza di convalida. Infine, sebbene l'art. 390 comma 2 non preveda «alcun termine specifico minimo» per l'avviso *de quo*, si riconosce che la distanza dall'udienza non è comunque irrilevante ai fini della sua validità, non potendo essere così esigua da frustrare lo scopo stesso della comunicazione⁴⁰¹.

Per la **fissazione dell'udienza di convalida** l'art. 390 comma 2 prevede l'os-

³⁹⁴ Cass., Sez. IV, 29.5.2001, Restagno, cit. Per un caso di avviso di fissazione dell'udienza di convalida con indicazione errata del cognome del fermato, nella specie ritenuta dalla Corte di cassazione non ostativa alla validità dell'avviso, Cass., Sez. III, 11.6.2002, Fassliu Luan, *CED*, 2002/222904.

³⁹⁵ In senso critico v. già G. Spangher, *In tema*, 283.

³⁹⁶ Cass., Sez. Un., 30.10.2002, Arrivoli, cit. In precedenza v. la soluzione proposta da Cass., Sez. Un., 12.10.1993, Morteo, in *Cass. pen.*, 1994, 892.

³⁹⁷ Nella specie si discuteva della validità dell'avviso dato mediante registrazione nella segreteria telefonica del difensore di fiducia: quanto alla dimostrazione dell'avvenuta memorizzazione del messaggio, basta «l'attestazione della polizia giudiziaria, contenuta nel verbale di arresto». Cfr., altresì, Cass., Sez. I, 14.1.2008, Ben, *CED*, 2008/238945.

³⁹⁸ In tal senso, ancora, Cass., Sez. Un., 30.10.2002, Arrivoli, cit. Analogamente, di recente, Cass., Sez. VI, 18.6.2014, Bevinetto, *CED*, 2014/261646.

³⁹⁹ Cass., Sez. IV, 3.10.2013, Niang, *CED*, 2014/258213; nello stesso senso, Cass., Sez. II, 9.10.2008, Valenti, *CED*, 2008/242407.

⁴⁰⁰ Cass., Sez. IV, 11.7.2012, Caffo, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1501, con nota critica di R. Montanile.

⁴⁰¹ V. Cass., Sez. IV, 3.12.2014, Tetto, *CED*, 2015/261947; v., altresì, Cass., Sez. IV, 11.7.1997, Mounir, *CED*, 1997/209059. Nel senso che il «termine di ventiquattro ore per l'avviso al difensore, [...] previsto in via generale dall'art. 364 cod. proc. pen., è però incompatibile con il procedimento di convalida, caratterizzato dalla necessità di espletare i relativi adempimenti in tempi brevi, pena la perdita di efficacia dell'arresto o del fermo», Cass., Sez. VI, 5.3.1999, Mutone, *CED*, 1999/213683. Come esempi di distanza temporale fra l'avviso e l'udienza ritenuta congrua, v. Cass., Sez. VI, 18.6.2014, Bevinetto, cit.; Cass., Sez. IV, 3.10.2013, Niang, cit.; Cass., Sez. VI, 29.11.2010, n. 42155, in *Proc. pen. giust.*, 2011, fasc. 2, 59, con nota critica di A.E. Ricci.

servanza di un termine: occorre provvedere «al più presto e comunque **entro le quarantotto ore successive**» alla richiesta del pubblico ministero⁴⁰². Il tempo concesso al giudice resta di quarantotto ore anche qualora l'inquirente non abbia consumato tutto quello a sua disposizione per avanzare l'istanza⁴⁰³. In forza del necessario coordinamento con l'art. 391 comma 7 si ricava che, all'infruttuoso spirare delle quarantotto ore dalla richiesta di convalida del pubblico ministero, **l'efficacia dell'arresto o del fermo cessa**⁴⁰⁴: la restrizione precautelare non può durare oltre, in attesa della decisione del giudice, e ciò nemmeno se l'udienza è già stata fissata (anche se, come si vedrà nel prosieguo, in giurisprudenza si fornisce una lettura che, di fatto, "allunga" il termine)⁴⁰⁵. Nel caso di **soggetto già rimesso in libertà** è inapplicabile il termine di cui agli artt. 390 comma 2 e 391 comma 7⁴⁰⁶.

30. Lo svolgimento dell'udienza di convalida.

Il **luogo** di svolgimento dell'udienza di convalida è disciplinato dall'art. 123 disp. att. trans., riformato dall'art. 2 d.l. 22.12.2011, n. 211, convertito nella legge 17.2.2012, n. 9, con l'intento di ridurre il numero dei trasferimenti dagli istituti di custodia⁴⁰⁷. La regola è lo svolgimento dell'udienza di convalida «nel luogo dove l'arrestato o il fermato è custodito». Essa non vale, naturalmente, se l'interessato è già stato liberato; né si applica, per evidenti ragioni, nell'ipotesi di convalida e

⁴⁰² «La fissazione [...] dell'udienza di convalida dell'arresto prima della ricezione della relativa richiesta da parte del P.M. non determina la nullità dell'udienza e del successivo provvedimento»: Cass., Sez. III, 29.7.1993, Dell'Angelo, *CED*, 1993/194465. Si è precisato, inoltre, che «l'udienza di convalida [...] non rientra tra quegli "atti" rispetto ai quali opera la sospensione dei termini nel periodo feriale» (Cass., Sez. I, 12.11.1990, Dragonetti, *CED*, 1991/186173).

⁴⁰³ Per tale precisazione v. L. Filippi, *L'arresto*, 319; analogamente K. La Regina, *L'udienza*, 395 s.

⁴⁰⁴ L'art. 391 comma 7 fa decorrere il termine di quarantotto ore incombente sul giudice dal «momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a [sua] disposizione», ossia dalla richiesta di convalida: A. Ferraro, *Arresto*, 130, nota 56. L'Autore (*ivi*, 94) osserva altresì che il termine massimo di cui all'art. 390 comma 2 deve essere «corretto, in adeguata "diminuzione", atteso che [...] esso coincide con quello massimo concesso per la *decisione* del giudice». Infine, l'ultimo comma dell'art. 391 contempla – secondo Trib. Genova, 21.5.1992 (ord.), Iedra, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 414 – «una deroga (ispirata al *favor libertatis* [...]) al principio generale espresso dall'art. 172, comma 4, c.p.p. secondo cui "[...] nel termine non si computa l'ora o il giorno in cui ne è iniziata la decorrenza [...]».

⁴⁰⁵ Sulle modalità di calcolo del termine di cui all'art. 391 comma 7 e sulle conseguenze del suo spirare, *infra*, 31.

⁴⁰⁶ V. Cass., Sez. VI, 9.2.1990, Linzola, cit.; Cass., Sez. II, 10.11.2011, Manzittu, cit. *Supra*, 23.3; 24.

⁴⁰⁷ Sulla riforma, Gius. Amato, *Ridotto*, 38 ss.; L. Scomparin, *Meno traduzioni*, 340 ss.

contestuale giudizio direttissimo; del tutto comprensibilmente, infine, non opera neppure quando l'arrestato o il fermato è custodito «nel proprio domicilio o altro luogo di privata dimora»⁴⁰⁸. Rispetto al testo precedente, il “nuovo” art. 123 disp. att. trans. mira a contenere le **eccezioni** alla suddetta regola: il giudice potrà disporre il trasferimento dell'interessato per la comparizione davanti a sé soltanto in presenza di «eccezionali motivi di necessità o di urgenza», dei quali dar conto in un decreto motivato⁴⁰⁹. Quest'ultimo consentirà eventualmente l'accertamento dell'illecito disciplinare introdotto nella lett. *gg-bis* dell'art. 2 comma 1 d.lgs. 23.2.2006, n. 109, ove è appunto sanzionata l'inosservanza dell'art. 123 disp. att. trans.⁴¹⁰.

Per quanto riguarda il **contesto temporale** dell'udienza di convalida, si precisa che essa può essere celebrata **anche in un giorno festivo**⁴¹¹.

Le **modalità** sono quelle stabilite dall'**art. 127**, come si ricava dall'*incipit* dell'art. 391, che prescrive lo svolgimento dell'udienza «in camera di consiglio». Tuttavia, esse «sono applicabili solo in quanto compatibili o non espressamente derogate»⁴¹². Nell'ottica della **celerità** del procedimento di convalida, rimane ad esso estranea la previsione, contenuta nel primo comma dell'art. 127, per cui l'avviso della data dell'udienza «è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta»⁴¹³, così come non può trovare applicazione il comma successivo, che stabilisce la possibilità di presentare memorie in cancelleria «fino a cinque giorni prima dell'udienza»⁴¹⁴. Nella medesima prospettiva di speditezza s'inscrive l'irrilevanza del legittimo impedimento dell'arrestato o del fermato, in deroga alla regola stabilita nell'art. 127 comma 4⁴¹⁵. Diversa è invece la ragione di un ulteriore significativo discostamento dall'ordinaria procedura in camera di consiglio: a norma del primo comma dell'art. 391, nell'udienza di convalida la

⁴⁰⁸ Sul mancato riferimento ai custoditi presso «un luogo pubblico di cura o di assistenza», v. L. Scomparin, *Meno traduzioni*, 341.

⁴⁰⁹ Ritengono che neppure il testo riformato dell'art. 123 disp. att. osti al trasferimento dell'arrestato o del fermato a causa di incombenze concomitanti in capo al giudice Gius. Amato, *Ridotto*, 38; L. Scomparin, *Meno traduzioni*, 341.

⁴¹⁰ Sull'illecito disciplinare (nell'esercizio delle funzioni) di cui alla lett. *gg-bis* dell'art. 2 comma 1 d.lgs. 23.2.2006, n. 109, v. S. Beltrani, *Interrogatorio*, 41 ss.; L. Scomparin, *Nuove condotte*, 350 ss.

⁴¹¹ Art. 14 disp. reg. c.p.p.: «Nel corso delle indagini preliminari possono essere compiuti atti del procedimento anche nei giorni festivi». In dottrina, v. L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 446, nota 2; A. Ferraro, *Arresto*, 102, nota 3; L. Filippi, *L'arresto*, 315; F. Vergine, *Arresto*, 465. In giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 7.11.2000, Khabiri M'Hahed, *CED*, 2000/217911.

⁴¹² L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 447; analogamente, A. Ferraro, *Arresto*, 102; L. Filippi, *L'arresto*, 315 ss.; K. La Regina, *L'udienza*, 285; F. Vergine, *Arresto*, 465.

⁴¹³ L. Filippi, *L'arresto*, 316; K. La Regina, *L'udienza*, 285; F. Vergine, *Arresto*, 466.

⁴¹⁴ K. La Regina, *L'udienza*, 366.

⁴¹⁵ *Infra*, 30.3.

partecipazione del difensore dell'arrestato o del fermato è necessaria⁴¹⁶, e ciò affinché sia garantita l'effettività del **diritto di difesa** nell'ambito di un procedimento che attinge la libertà personale⁴¹⁷.

Nel complesso, la struttura data dal legislatore all'udienza di convalida è «congeniale» – osserva l'**ord. n. 412 del 1999** della Corte costituzionale – alla sua funzione, individuata nell'offrire «un momento di necessaria garanzia sullo *status libertatis* volto esclusivamente a verificare, allo stato degli atti e nei tempi brevissimi imposti dall'art. 13, terzo comma, Cost., le condizioni di legittimità dell'arresto sulla base del relativo verbale». È in armonia con tale disegno complessivo – secondo l'ordinanza – pure la mancata previsione «che il giudice possa acquisire nuovi elementi di valutazione e, in particolare, sentire come testimoni gli agenti o gli ufficiali che hanno eseguito l'arresto»⁴¹⁸, là dove la soluzione opposta, invece, snaturerebbe l'udienza di convalida⁴¹⁹. L'eventuale contestazione delle circostanze emergenti dal verbale della polizia⁴²⁰ resta dunque affidata agli elementi di prova a favore del proprio assistito che il difensore può introdurre a norma dell'art. 391-*octies*⁴²¹, oltre che all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato ed all'audizione dell'avvocato stesso⁴²². Quest'ultimo – secondo alcuni – sussistendone i presupposti potrebbe peraltro beneficiare di un **termine per la difesa**, che sarebbe compreso entro limiti temporali assai esigui, ma non in radice precluso⁴²³.

⁴¹⁶ *Infra*, 30.2.

⁴¹⁷ Cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 285; F. Vergine, *Arresto*, 466.

⁴¹⁸ Comunque – secondo C. cost., 29.10.1999, n. 412 (ord.) – «in caso di effettiva lacunosità o contraddittorietà degli elementi sottoposti alla sua valutazione, il giudice, in omaggio al principio del *favor libertatis* dovrà disattendere la richiesta del pubblico ministero, non convalidando l'arresto».

⁴¹⁹ La validità delle conclusioni raggiunte verrà poi ribadita anche con riguardo all'udienza di convalida celebrata quando l'interessato è già stato liberato e, pertanto, sono ormai cessate le esigenze di celerità della procedura: v. C. cost., 21.12.2001, n. 424 (ord.), commentata da G. Spangher, *Limiti*, 4018.

⁴²⁰ Sui margini di un sindacato di attendibilità delle attestazioni della polizia giudiziaria in sede di convalida di un arresto o di un fermo, v. Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, cit., ed altresì Cass., Sez. V, 1.10.2015, Dunisha, cit.

⁴²¹ *Infra*, 30.2.

⁴²² Nel senso che al giudice della convalida è precluso operare attività di indagine su richiesta o indicazione della difesa, Cass., Sez. VI, 5.2.2009, Perri, cit.; Cass., Sez. VI, 24.5.1996, Debiasi, cit.; Cass., Sez. IV, 16.5.1994, Scorsa, cit. Per la soggezione del procedimento di convalida all'art. 190, che vieta al giudice di assumere prove d'ufficio al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, Cass., Sez. VI, 9.11.1994, Mancina, *CED*, 1995/200657. In dottrina, sul punto, K. La Regina, *L'udienza*, 367 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 470; F. Vergine, *Arresto*, 467.

⁴²³ In tal senso, L. D'Ambrosio, *Art. 390*, 444; A. Ferraro, *Arresto*, 107 s.; L. Filippi, *L'arresto*, 316. *Contra*, *Rel. al testo def. c.p.p.*, in *G.U.*, 24.10.1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, 187.

30.1. *La presenza facoltativa del pubblico ministero.*

A seguito delle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 12/1991, il **pubblico ministero** può scegliere se comparire o meno all'udienza. Nel primo caso vi indicherà «i motivi dell'arresto o del fermo» e illustrerà «le richieste in ordine alla libertà personale» (art. 391 comma 3). Qualora, invece, il magistrato ritenga di non presenziare, in aggiunta alla richiesta di convalida, anche l'eventuale domanda cautelare, con gli elementi su cui la stessa si fonda, dovrà necessariamente essere oggetto di trasmissione al giudice. È sufficiente che la richiesta della misura coercitiva ed i relativi supporti siano trasmessi «per l'udienza» (art. 390 comma 3-*bis*)⁴²⁴. La facoltà del pubblico ministero di non comparire è fra gli aspetti della disciplina del procedimento di convalida giunti all'attenzione della Corte costituzionale. L'**ord. n. 424 del 2001** dichiarò la manifesta infondatezza della questione sollevata⁴²⁵. Si affermò che «il carattere facoltativo della partecipazione del pubblico ministero trova una non irragionevole giustificazione nelle esigenze [...] di semplificazione e di snellimento dell'udienza di convalida», secondo la Corte soddisfatte dal legislatore senza sacrificare al di là del consentito gli interessi contrapposti.

30.2. *La partecipazione necessaria del difensore.*

Il primo comma dell'art. 391 prescrive «la **partecipazione necessaria** del difensore dell'arrestato o del fermato» all'udienza di convalida⁴²⁶. Si è precisato che il giudice «non è tenuto a pronunciarsi sull'istanza di differimento dell'udienza avanzata dal difensore di fiducia» impossibilitato a presenziarvi: **non comparso** quest'ultimo, sarà legittimamente designato un sostituto *ex art. 97* comma 4, secondo quanto è espressamente previsto nel secondo comma dell'art. 391⁴²⁷. Nello stesso modo si provvederà a garantire l'assistenza difensiva nel caso di **mancato reperimento** dell'avvocato dell'arrestato o del fermato. In giurisprudenza quest'ultima situazione è stata identificata con quella del difensore «“non rintracciato”, in base alle notizie conosciute dal giudice»⁴²⁸. Si ritiene che il di-

⁴²⁴ *Supra*, 25.

⁴²⁵ C. cost., 21.12.2001, n. 424 (ord.). In precedenza l'introdotta possibilità, per il pubblico ministero, di non comparire all'udienza di convalida era già stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, denunciandosene l'incompatibilità con gli artt. 76 e 24 Cost.: tuttavia, C. cost., 22.1.1992, n. 4, aveva dichiarato la questione di legittimità dell'art. 391 comma 3 inammissibile per difetto di rilevanza nei giudizi *a quibus*.

⁴²⁶ Nel senso dell'inconciliabilità fra la «particolare brevità dei termini stabiliti» per l'*iter* di convalida e la «complessa procedura, disciplinata dall'art. 106 c.p.p., prevista per l'eliminazione dell'incompatibilità» della difesa di più imputati nello stesso procedimento, v. Cass., Sez. IV, 22.6.1999, Sebi A., *CED*, 1999/214583.

⁴²⁷ V. Cass., Sez. II, 5.5.2009, Giuffrida, cit.

⁴²⁸ Cass., Sez. VI, 12.11.1993, Morini, in *Cass. pen.*, 1995, 3361, con nota di N. Triggiani; più recentemente, Cass., Sez. IV, 25.9.2008, Proietti, *CED*, 2008/242180.

fensore di fiducia, il quale non risulti prontamente reperibile presso il recapito disponibile, debba essere sostituito *ex art. 97 comma 4*, senza che siano necessari ulteriori tentativi di comunicargli l'avviso⁴²⁹, sempre che quello espletato possa ritenersi connotato da «ragionevole serietà e attendibilità»⁴³⁰: ove così non fosse, l'avviso dovrebbe ritenersi invalido, non versandosi pertanto in una situazione di mancato reperimento legittimante la celebrazione dell'udienza di convalida alla presenza di un legale designato dal giudice⁴³¹. Non è pacifico, tuttavia, se, in caso di omissione o invalidità dell'avviso spettante all'avvocato (di fiducia o d'ufficio), l'udienza svolta con un sostituto designato dal giudice sia affetta da una nullità assoluta⁴³² (come quella celebrata in assenza di qualsiasi difensore) oppure a regime intermedio⁴³³.

Il **difensore** viene **sentito** «in ogni caso» (art. 391 comma 3), cioè sia qualora l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato abbia avuto luogo sia nell'eventualità opposta. Essendo ormai acquisito che, in sede di udienza di convalida, il contraddittorio abbraccia anche il tema cautelare, pure ad esso si estende il contributo del difensore⁴³⁴. Egli può presentare elementi di prova a favore del proprio assistito ai sensi dell'art. 391-*octies*⁴³⁵, «a prescindere dalla partecipazione del pubblico ministero all'udienza di convalida»⁴³⁶. Analogamente a quanto può fare il pubblico ministero a sostegno della sua richiesta cautelare⁴³⁷ – si sostiene⁴³⁸ – anche il di-

⁴²⁹ V. Cass., Sez. VI, 20.11.2008, Obidigbo, *CED*, 2008/242378; Cass., Sez. IV, 14.3.2001, Giustini, *CED*, 2001/219177.

⁴³⁰ Cass., Sez. V, 29.9.2000, Goletti, *CED*, 2000/217491, che ha escluso l'adeguatezza del tentativo effettuato; le ricerche svolte sono state ritenute sufficientemente serie, invece, da Cass., Sez. IV, 25.9.2008, Proietti, cit.

⁴³¹ V. A. Bassi, *Un ulteriore*, 1293; A.E. Ricci, *L'avviso*, 66; N. Triggiani, *Avviso*, 3368 s.

⁴³² V. Cass., Sez. IV, 3.12.2014, Tetto, cit.; Cass., Sez. V, 18.12.1995, Derbari Mounir Ben Zaier, *CED*, 1996/203827; cfr., altresì, con riferimento ad ipotesi di convalida e contestuale giudizio direttissimo, Cass., Sez. Un., 30.10.2002, Arrivoli, cit., nonché Cass., Sez. III, 11.10.2012, Ermonsele, *CED*, 2012/253873. In dottrina, A. Ferraro, *Arresto*, 110; K. La Regina, *L'udienza*, 282 s.; G. Magliocca, *Le nullità*, 385.

⁴³³ In tal senso, Cass., Sez. V, 13.2.2014, Medda, *CED*, 2014/262738; Cass., Sez. V, 12.2.2009, Caushi, *CED*, 2009/243164; Cass., Sez. III, 16.10.2008, Pusceddu, *CED*, 2008/241499; Cass., Sez. II, 23.11.2004, Medile, *CED*, 2005/230225.

⁴³⁴ V. K. La Regina, *L'udienza*, 363 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 470.

⁴³⁵ Per questa via il difensore potrebbe tentare di sopperire all'impossibilità di contestare le circostanze emergenti dal verbale della polizia attraverso l'esame – precluso nell'udienza di convalida – dei terzi presenti al momento dell'arresto o del fermo: infatti, egli potrebbe introdurre tali contributi nelle forme di cui all'art. 391-*bis* comma 2, con le difficoltà, tuttavia, che di fatto genera l'esiguità del tempo a sua disposizione: cfr. K. La Regina, *L'udienza*, 369.

⁴³⁶ C. cost., 21.12.2001, n. 424 (ord.). Cfr. Cass., Sez. III, 4.12.1998, Gircineanu, cit.; Cass., Sez. IV, 16.5.1994, Scorsa, cit. In dottrina, v. G. Spangher, *Limiti*, 4019; K. La Regina, *L'udienza*, 365; F. Vergine, *Arresto*, 466.

⁴³⁷ *Supra*, 25.

⁴³⁸ V. K. La Regina, *L'udienza*, 365 ss.

fensore può provvedere direttamente in udienza (e non necessariamente prima) a presentare i contributi a supporto delle proprie tesi. In ogni caso, ai fini della decisione sulla convalida, l'utilità degli elementi introdotti dalla difesa risulterà significativamente ridotta qualora al giudizio si riconosca natura *ex ante*, secondo un'opinione diffusa in giurisprudenza⁴³⁹.

30.3. Il ruolo dell'arrestato o del fermato.

La **presenza** dell'arrestato o fermato è soltanto **eventuale**: l'udienza di convalida è celebrata in sua assenza ove egli «non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire» (art. 391 comma 3). Pertanto, ove l'interessato non compaia, il giudice dovrà comunque pronunciarsi sulla legalità dell'operato della polizia giudiziaria e del pubblico ministero. L'eccezione alla regola della rilevanza del **legittimo impedimento** contenuta nell'art. 127 comma 4 si giustifica nell'ottica della celerità dell'*iter*⁴⁴⁰, rispetto alla quale soccombe l'esigenza di effettività del diritto di difesa salvaguardata dal rinvio dell'udienza. Se comparso, l'arrestato o fermato è **interrogato** dal giudice, secondo le regole dettate dagli artt. 64 e 65. Anche chi ne ammette la possibilità, esclude comunque che le **dichiarazioni spontanee** possano svolgere una «funzione surrogatoria dell'interrogatorio»⁴⁴¹.

30.4. L'interrogatorio.

Secondo le parole delle **Sezioni Unite** della Corte di cassazione, «l'interrogatorio in sede di convalida [...] è **atto polifunzionale**, perché è destinato, da un lato, a riflettersi sulla richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e, dunque, eventualmente a contestarne la fondatezza, e, dall'altro, sulla eventuale richiesta di misura cautelare»⁴⁴². Già con il d.lgs. n. 12/1991, fu stabilito espressamente che si tratta di atto **equipollente** all'interrogatorio di garanzia successivo all'esecuzione dell'ordinanza che dispone una cautela personale⁴⁴³ (art. 294 comma

⁴³⁹ *Supra*, 28.

⁴⁴⁰ F. Caprioli, *Indagini*, 558; A. Ferraro, *Arresto*, 103; L. Filippi, *L'arresto*, 316 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 286 s.; F. Vergine, *Arresto*, 466. V., però, con riguardo all'udienza di convalida dell'arresto di una persona rimessa in libertà *ex art.* 121 disp. att., Cass., Sez. I, 11.11.2014, Moretti, *CED*, 2014/261460.

⁴⁴¹ A. Marandola, *L'interrogatorio*, 469; analogamente K. La Regina, *L'udienza*, 361. In senso contrario alla possibilità, per l'arrestato o fermato, di rendere dichiarazioni spontanee nell'udienza di convalida, v. Cass., Sez. fer., 16.8.2002, Orlando, *CED*, 2003/223483.

⁴⁴² Cass., Sez. Un., 30.9.2010, Gemeanu, cit. Sul possibile uso a fini contestativi, in sede dibattimentale, delle dichiarazioni rese a norma dell'art. 391 dispone l'art. 503, che ne prevede l'acquisizione «nel fascicolo per il dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni».

⁴⁴³ Ricostruiscono l'*iter* che ha infine condotto all'espressa equiparazione normativa dei due atti K. La Regina, *L'udienza*, 294 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 83 ss.; L. Scomparin, *Arresto*, 267 ss.

1)⁴⁴⁴. Sottoposta al vaglio della **Corte costituzionale**, l'equipollenza normativa così stabilita fu giudicata finalizzata «all'evidente, quanto ragionevole esigenza [...] di evitare un'inutile duplicazione di attività processuali, realizzandosi anticipatamente in sede di convalida le finalità di garanzia poste a base dell'interrogatorio dell'imputato in stato di custodia cautelare»⁴⁴⁵. In dottrina, tuttavia, resta molto criticata l'adeguatezza dell'interrogatorio *ex art.* 391 comma 3 ai fini di un'efficace interlocuzione sulle richieste avanzate dal pubblico ministero, donde istanze di riforma ispirate all'irrinunciabilità della garanzia delineata nell'art. 294 anche qualora la persona sottoposta a misura cautelare sia già stata interrogata nel corso dell'udienza di convalida⁴⁴⁶.

Nell'economia dell'udienza di convalida l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato non rappresenta un'attività irrinunciabile: il giudice potrà validamente decidere sulla legittimità della precautelata anche **se l'arrestato o il fermato «non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire»** (art. 391 comma 3). In tal caso, però, qualora egli disponga altresì una misura cautelare, non potrà essere omesso il successivo interrogatorio di garanzia, pena la perdita di efficacia della misura adottata⁴⁴⁷: secondo l'orientamento fatto proprio dalle **Sezioni Unite** della Corte di cassazione, il termine per l'interrogatorio *ex art.* 294 decorrerà non dal momento dell'arresto o del fermo, ma da quello in cui si è data esecuzione al provvedimento che ha disposto la misura coercitiva⁴⁴⁸. **Se, invece, l'arrestato o il fermato si presenta in udienza**, allora è d'**obbligo**, per il giudice, **procedere all'interrogatorio**, dopo che il pubblico ministero – se comparso – ha indicato i motivi della precautelata ed illustrato le sue richieste in ordine alla libertà personale. Presente l'arrestato o il fermato, l'omissione dell'interrogatorio comporta la nullità dell'ordinanza di convalida⁴⁴⁹, oltre a non consentire che la misura cautelare eventualmente applicata conservi efficacia ove non seguita con tempestività dall'interrogatorio della persona che vi è sottoposta. Affinché quest'ultimo possa

⁴⁴⁴ Cfr., in ogni caso, le puntualizzazioni contenute in Cass., Sez. II, 26.4.2001, Lettieri, in *Cass. pen.*, 2002, 2441.

⁴⁴⁵ C. cost., 5.2.1999, n. 16 (ord.).

⁴⁴⁶ Sui vari fattori che indeboliscono le garanzie offerte dall'interrogatorio *ex art.* 391 comma 3, v., fra gli altri, P. Ferrua, *La revisione*, 138 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 327; L. Marafioti, *Scelte*, 183 s.; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 224 s.; M. Pinna, *Le incerte*, 1802; G. Varaso, *Interrogatorio*, 1411; Id., *L'accesso*, 80.

⁴⁴⁷ V. Cass., Sez. VI, 22.1.1992, Quarta, *CED*, 1992/189441.

⁴⁴⁸ Cass., Sez. Un., 16.3.1994, Cepollaro, in *Cass. pen.*, 1994, 2062 ss. Sul punto v. K. La Regina, *L'udienza*, 330 ss.; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 226 ss.; L. Scomparin, *Arresto*, 269 s.

⁴⁴⁹ V. Cass., Sez. VI, 6.12.1989, Centra, in *Foro it.*, 1990, II, 583; v., altresì, Cass., Sez. VI, 11.6.2013, Garizzo, *CED*, 2013/255860, ove si esclude la nullità del provvedimento di convalida nel caso in cui l'arrestato, presente all'udienza, in luogo dell'interrogatorio si limiti a consentire che il difensore prospetti la sua ricostruzione dei fatti. In dottrina, A. Ferraro, *Arresto*, 104; L. Filippi, *L'arresto*, 318, il quale precisa che si tratta di «una nullità “intermedia” attinente all’“intervento” dell'imputato»; K. La Regina, *L'udienza*, 292; M.M. Monaco, *Convalida*, 253.

essere tralasciato senza che ne consegua l'inefficacia della cautela, è necessario che l'atto sia già stato validamente espletato nel corso dell'udienza di convalida⁴⁵⁰: l'eventuale **nullità dell'interrogatorio** compiuto in tale sede⁴⁵¹ non comporta la nullità dell'ordinanza che dispone la misura cautelare⁴⁵², ma obbliga alla reiterazione dell'atto, in modo valido, nei termini di cui all'art. 294, pena la caducazione della misura cautelare⁴⁵³. Quanto allo svolgimento dell'atto, si è riconosciuto che deve essere assicurata, a pena di nullità, la garanzia dell'**assistenza**

⁴⁵⁰ Nel senso che «non può ritenersi per avvenuto ai sensi dell'art. 294 un interrogatorio non svolto in sede di convalida sia pure per volontà dell'indiziato», rifiutatosi di comparire, v. Cass., Sez. IV, 27.6.2012, Eddalia, *CED*, 2012/253290.

⁴⁵¹ Tra le cause di nullità dell'interrogatorio svolto dal giudice della convalida c'è innanzitutto l'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza al difensore. Nel senso che l'omessa notifica al difensore di fiducia integra una nullità di ordine generale a regime intermedio, che è sanata qualora né l'indagato né il difensore designato d'ufficio la eccepiscano tempestivamente, v. Cass., Sez. V, 12.2.2009, Caushi, cit.; Cass., Sez. III, 16.10.2008, Pusceddu, cit.; Cass., Sez. II, 23.11.2004, Medile, cit.; per il caso di mancato avviso ad uno dei due difensori di fiducia, v. Cass., Sez. I, 1.2.2008, Satta, cit. In dottrina cfr., tuttavia, G. Magliocca, *Le nullità*, 385, secondo cui «la nullità assoluta prevista dall'art. 179 c.p.p. non concerne esclusivamente il caso [...] di assoluta carenza di assistenza tecnica, quanto, piuttosto, le ipotesi in cui all'espletamento dell'incombente abbia partecipato un difensore diverso da quello, di fiducia o d'ufficio, che, non essendo stato preavvertito nei modi di legge, sia rimasto assente»; analogamente, K. La Regina, *L'udienza*, 282 s.; in giurisprudenza, appellandosi alla garanzia dell'immutabilità del difensore (sino all'eventuale dispensa dall'incarico), Cass., Sez. V, 18.12.1995, Derbari Mounir Ben Zaier, cit., ha concluso che il difensore d'ufficio, al pari di quello di fiducia, non può essere sostituito se non nella ricorrenza di situazioni specificamente previste dal legislatore, quali quelle stabilite nell'art. 97, mentre il mancato avviso dell'udienza di convalida determina la nullità assoluta del rapporto processuale e del conseguente provvedimento ai sensi dell'art. 179. Sulla nullità derivante dal rigetto della richiesta dell'avvocato di accedere agli atti su cui si fondano le richieste del pubblico ministero, v. Cass., Sez. Un., 30.9.2010, Gemeanu, cit. (*supra*, 26); si sofferma sulle ipotesi di negato accesso «ad un atto che costituisce la base del solo giudizio di convalida» oppure, al contrario, «rilevante solo nell'economia della vicenda cautelare» K. La Regina, *L'udienza*, 335 s. Sulla nullità originata dall'impedimento indebitamente frapposto al colloquio con il difensore, *supra*, 20.1; per quanto riguarda le conseguenze della «mancanza o tardività della nomina dell'interprete segnatamente deputato a consentire all'arrestato di conferire con il suo difensore», v. Cass., Sez. I, 13.2.2015, Aref, cit.

⁴⁵² Sull'autonomia della decisione cautelare rispetto a quella sulla convalida dell'arresto o del fermo, *infra*, 33.

⁴⁵³ Cass., Sez. VI, 7.11.2013, Calvigioni, *CED*, 2014/258993; Cass., Sez. III, 16.10.2008, Pusceddu, cit.; Cass., Sez. VI, 21.6.2005, Vujacic, *CED*, 2005/232505; Cass., Sez. I, 1.10.2004, Piccirillo, *CED*, 2004/231023; Cass., Sez. IV, 10.7.2002, De Giglio, *CED*, 2002/222399; Cass., Sez. I, 27.7.1995, Peroni, *CED*, 1995/202912; Cass., Sez. VI, 12.11.1993, Monni, *CED*, 1994/196324; Cass., Sez. VI, 4.3.1991, Bottone, *CED*, 1991/190043. In dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 334 ss.; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 89 s.; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 225.

dell'interprete in favore di colui che non conosca la lingua italiana⁴⁵⁴. L'irreperibilità di un interprete, tuttavia, è stata ripetutamente considerata una causa di forza maggiore ostativa all'assunzione dell'interrogatorio dell'arrestato o fermato che ignora l'italiano: in tal caso il giudice – si afferma – deciderà validamente sulla legittimità della precautela pur senza aver previamente interrogato il soggetto che l'ha subita, al pari di quanto accade se quest'ultimo non può o non vuole comparire in udienza⁴⁵⁵. Tale orientamento è stato ribadito anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 32/2014⁴⁵⁶. Affinché l'interrogatorio effettuato nell'udienza di convalida consenta di omettere quello successivo all'esecuzione del provvedimento che abbia disposto una misura cautelare, non rilevano le scelte operate dall'interessato in ordine alla **facoltà di non rispondere**. Posto che anche l'interrogatorio *ex art.* 391 comma 3 soggiace alle regole generali dettate dagli artt. 64 e 65⁴⁵⁷, si riconosce che, rispettate tali regole⁴⁵⁸, lo scopo garantistico dell'atto è comunque conseguito: pertanto, l'eventuale scelta di mantenere il silenzio non prelude alla caducazione della misura cautelare in caso di mancata rinnovazione dell'interrogatorio a norma dell'art. 294⁴⁵⁹, a differenza di quanto accade, invece,

⁴⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 21.2.2001, Simander, *CED*, 2001/218918; più recentemente, Cass., Sez. VI, 24.10.2013, Usifoh, cit.; dopo il d.lgs. n. 32/2014, v. Cass., Sez. I, 8.10.2014, S., cit.

⁴⁵⁵ In tal senso, Cass., Sez. I, 8.5.2008, Pasor, *CED*, 2008/239997; Cass., Sez. IV, 17.5.2007, Beben, *CED*, 2007/236995; Cass., Sez. I, 8.3.2007, Hassan, cit.; Cass., Sez. I, 23.2.2006, Singh, *CED*, 2006/233860; Cass., Sez. IV, 15.12.1998, Allamani, *CED*, 1999/212477. In senso critico, K. La Regina, *L'udienza*, 355 ss., che ritiene viziata da una nullità a regime intermedio l'ordinanza di convalida emessa nonostante l'omissione dell'interrogatorio conseguente alla mancata nomina dell'interprete.

⁴⁵⁶ Cass., Sez. IV, 15.1.2015, Baatar, cit.; nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, cit.

⁴⁵⁷ In tal senso v., fra gli altri, A. Ferraro, *Arresto*, 112; K. La Regina, *L'udienza*, 292; L. Marafioti, *Scelte*, 182; A. Marandola, *L'interrogatorio*, 464; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 225; M.M. Monaco, *Convalida*, 253; F. Peroni, *Sulle dichiarazioni*, 608; L. Scomparin, *Arresto*, 268; G. Varraso, *Interrogatorio*, 1409. In giurisprudenza, Cass., Sez. II, 1.4.1998, Catacchio, *CED*, 1998/210489.

⁴⁵⁸ Per la validità dell'interrogatorio anche in mancanza di domande direttamente poste dal giudice, v. Cass., Sez. II, 5.5.2009, Giuffrida, cit. (ove si afferma, inoltre, che il rifiuto di firmare il verbale opposto dall'interessato è «del tutto ininfluenza ai fini della regolarità della procedura, anche se dovesse ritenersi respiciente manifestazione della volontà di esercitare il diritto al silenzio»); nel senso della natura discrezionale dell'attività di diretta formulazione di domande prevista dall'art. 65 comma 2, cfr. Cass., Sez. I, 26.5.1994, La Mari, in *Cass. pen.*, 1997, 440, con nota di N. Triggiani; in argomento v., in dottrina, L. Marafioti, *Scelte*, 160; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 156.

⁴⁵⁹ V. Cass., Sez. II, 1.4.1998, Catacchio, cit.; Cass., Sez. I, 3.10.1991, Scibelli, in *Cass. pen.*, 1992, 3091 s.; Cass., Sez. II, 5.3.1991, Zanga, *CED*, 1991/187001. La Corte costituzionale stessa ebbe occasione di affermare che «le finalità di garanzia poste a base dell'interrogatorio dell'imputato in stato di custodia cautelare» vengono «a realizzarsi anche nel caso in cui l'arrestato o il fermato rifiuti l'interrogatorio in sede di convalida, dato che tale rifiuto in-

ove l'arrestato o fermato non sia comparso, anche volontariamente, all'udienza di convalida. Infine, sull'idoneità dell'interrogatorio *ex art.* 391 comma 3 a sostituire validamente, anticipandolo, quello della persona sottoposta a misura cautelare non incide l'eventuale mancata convalida della precautela⁴⁶⁰.

Oggetto di specifica attenzione è stato l'interrogatorio svolto dal giudice che ha celebrato l'udienza di convalida, ma diverso da quello competente in materia cautelare a norma dell'art. 279. Le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione hanno escluso, di regola, che la misura cautelare rinnovata *ex art.* 27 perda efficacia per il mancato espletamento di un nuovo interrogatorio ai sensi dell'art. 294⁴⁶¹. Qualora, però, il primo giudice fosse non soltanto diverso da quello individuato dall'art. 279, ma anche privo della competenza a provvedere sulla richiesta di convalida, in giurisprudenza la conclusione può cambiare: in quanto nullo⁴⁶², l'interrogatorio effettuato nell'udienza di convalida non solleverebbe infatti il giudice che rinnova la cautela dal dovere di procedervi nuovamente⁴⁶³.

30.4.1. *L'interrogatorio del fermato e la reiterazione della misura cautelare a norma dell'art. 302.*

Particolare è la situazione in cui il fermo segua la caducazione della custodia cautelare determinata dall'**omissione di un valido interrogatorio di garanzia entro il termine prescritto**. In tal caso l'art. 302 subordina la possibilità di disporre nuovamente la misura cautelare al previo interrogatorio dell'interessato da parte del giudice: non è pacifico se questa condizione possa ritenersi soddisfatta dall'interrogatorio espletato nel corso dell'udienza di convalida del fermo. In senso contrario paiono deporre la lettera e la *ratio* dell'art. 302. La possibilità di disporre nuovamente, previo interrogatorio, la custodia del soggetto è collocata, infatti, «dopo la liberazione». L'intento appare quello di assicurare effettività alla sanzione della perdita di efficacia della cautela che il legislatore ha inteso porre a presidio dell'istituto di cui all'art. 294, donde l'eventuale reiterazione della misura soltanto dopo l'espletamento dell'interrogatorio – indebitamente omesso – nel-

terviene in presenza di un atto contestativo articolato secondo le [...] peculiari cadenze della procedura»: C. cost., 5.2.1999, n. 16 (ord.). In dottrina, K. La Regina, *L'udienza*, 292 s.; L. Marafioti, *Scelte*, 182 s.; O. Mazza, *L'interrogatorio*, 225 s.

⁴⁶⁰ In tal senso, Cass., Sez. IV, 18.1.2007, Albanese, cit.; Cass., Sez. I, 28.1.1998, Ciccarello, *CED*, 1998/210769; Cass., Sez. V, 6.7.1994, Cacciolla, *CED*, 1994/199855.

⁴⁶¹ Cass., Sez. Un., 26.9.2001, Zaccardi, in *Cass. pen.*, 2002, 473, con nota di D. Carcano; v., altresì, il commento di S. Sau, *Una discutibile*, 2835.

⁴⁶² Nel senso dell'invalidità dell'interrogatorio effettuato da un giudice incompetente in relazione al luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito, v. G. Spangher, *Osservazioni*, 436 s.; *contra*, K. La Regina, *L'udienza*, 341.

⁴⁶³ In tal senso, Cass., Sez. IV, 6.2.2008, Beqiraj, cit.

la riacquistata condizione di libertà⁴⁶⁴, più volte riconosciuta necessaria dalla Corte di cassazione stessa⁴⁶⁵. Animata dalla preoccupazione di scongiurare pericolose scarcerazioni appare, invece, la distinzione giurisprudenziale fra interrogatorio espletato «durante la protrazione di fatto, e illegittima, del provvedimento divenuto inefficace» oppure «nel corso dell'udienza di convalida» di un fermo disposto ancor prima dell'effettiva liberazione dell'interessato: a differenza del primo, il secondo consentirebbe la valida reiterazione della custodia *ex art. 302*, «nonostante l'illegittimità del fermo»⁴⁶⁶ disposto per gli stessi fatti già all'origine della misura caducata⁴⁶⁷. Più recentemente, l'idoneità dell'interrogatorio espletato in sede di convalida a soddisfare le condizioni richieste dall'art. 302 per la reiterazione della cautela è stata nuovamente sostenuta, una volta affermata la legittimità del fermo successivo all'estinzione della cautela: posta tale premessa, non potrebbe, infatti, «crearsi un rito ibrido per consentire l'interrogatorio in stato di libertà»⁴⁶⁸.

31. La decisione sulla convalida della misura precautelare.

A norma dell'art. 391 comma 4, «quando risulta che l'arresto o il fermo è stato legittimamente eseguito e sono stati osservati i termini previsti dagli articoli 386 comma 3 e 390 comma 1, il giudice provvede alla convalida con ordinanza»⁴⁶⁹. La **convalida** dovrà dunque essere **negata** tanto nell'ipotesi in cui la misura precautelare sia stata adottata in assenza dei presupposti stabiliti dalla legge quanto ove sia stata mantenuta senza che la polizia o il pubblico ministero abbiano provveduto tempestivamente agli adempimenti loro imposti. In entrambi i casi sorge il diritto ad un'**equa riparazione per la detenzione** subita, entro gli stessi limiti stabiliti per la custodia cautelare, sempre che l'insussistenza delle condizioni per

⁴⁶⁴ V. F. Alonzi, *Art. 302*, 1647 ss.; F. Vergine, *Estinzione*, 275 ss.

⁴⁶⁵ V., fra le altre, Cass., Sez. IV, 16.1.2001, Scala, *CED*, 2001/219036; Cass., Sez. VI, 22.1.1992, Quarta, in *Cass. pen.*, 1993, 613 ss., con nota di C. Beretta.

⁴⁶⁶ V. Cass., Sez. V, 6.7.1994, Cacciolla, cit.: giudica «artificiosa» la distinzione in oggetto N. Felli, *La riemissione*, 2976 s.

⁴⁶⁷ *Supra*, 12.

⁴⁶⁸ Così Cass., Sez. IV, 24.5.2004, Ejili, in *Cass. pen.*, 2005, 1643. Nel senso che l'art. 302 «pone come presupposti indefettibili per l'emissione di un nuovo provvedimento restrittivo la liberazione e l'interrogatorio dell'indagato, senza prevedere che quest'ultimo avvenga in libertà, ma solo che il soggetto non sia sottoposto a detto provvedimento restrittivo di natura giurisdizionale, ove non preceduto da interrogatorio», cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 2.7.2008, Makunja, *CED*, 2008/241404; analogamente, Cass., Sez. IV, 25.5.2007, Shehu, *CED*, 2007/237235.

⁴⁶⁹ Per presupposti e modalità del prelievo di campioni biologici ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, dopo la convalida di un arresto in flagranza di reato o di un fermo di indiziato di delitto, v. l'art. 9 legge 30.6.2009, n. 85, e l'art. 5 del regolamento attuativo (d.P.R. 7.4.2016, n. 87).

la convalida risulti da una decisione irrevocabile⁴⁷⁰. È questo il frutto della **sentenza n. 109 del 1999 della Corte costituzionale**, che ha altresì garantito quel diritto, nei medesimi limiti, all'arrestato o fermato poi «prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non avere commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato».

Il provvedimento del giudice che decide sulla convalida assume la **forma dell'ordinanza**, motivata a pena di nullità *ex art.* 125 comma 3. Sotto quest'ultimo profilo, è necessario che l'ordinanza «consenta [...] la ricostruzione dell'“*iter*” logico seguito dal giudice per pervenire alla decisione adottata, rendendo così possibile la verifica della sua correttezza»⁴⁷¹. Il giudizio sulla legittimità della precautelata deve essere motivato sulla base di specifici elementi relativi alla fattispecie concreta⁴⁷². In giurisprudenza si afferma che non è preclusa «una motivazione “*per relationem*” del provvedimento sulla convalida rispetto a quello sulla misura cautelare, o viceversa», qualora di fatto coincidano le valutazioni circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza effettuate, rispettivamente, in funzione del giudizio di convalida di un fermo ed a fini cautelari⁴⁷³. Quanto all'arresto discrezionale, se il verbale della polizia può limitarsi ad una descrizione del contesto concreto nel quale la misura è stata adottata⁴⁷⁴, il giudice della convalida è tenuto a motivare anche circa l'idoneità dello stesso a rivelare la gravità del fatto o la pericolosità del soggetto⁴⁷⁵: se ravvisa la mancanza di ragionevolezza nell'uso dei poteri discrezionali della polizia, egli «deve fornire sul punto adeguata argomentazione giustificativa»⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ Per l'individuazione delle “decisioni irrevocabili”, v. A. Balsamo, *Riparazione*, 662; M.G. Coppetta, *Riparazione*, 4; K. La Regina, *L'udienza*, 232.

⁴⁷¹ Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, cit.; Cass., Sez. I, 4.7.1990, Diffido, *CED*, 1990/184979.

⁴⁷² Al contrario, deve essere annullata l'ordinanza di convalida che utilizzi «una formula stereotipata e generica» (Cass., Sez. VI, 2.11.2005, Stojanovic, *CED*, 2006/233386), in quanto tale adattabile «a qualsivoglia situazione» (Cass., Sez. III, 11.7.2013, Brianza, *CED*, 2013/256975; Cass., Sez. I, 4.7.1990, Diffido, cit.). Non vale ad integrare una clausola di stile il mero rinvio “*per relationem*” al verbale redatto dalla polizia giudiziaria (v. Cass., Sez. V, 22.4.2005, Maranzano, *CED*, 2005/231897; cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 2.11.2005, Stojanovic, cit.).

⁴⁷³ V. Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, cit.; cfr., inoltre, Cass., Sez. VI, 15.1.1990, Romano, *CED*, 1990/184076.

⁴⁷⁴ *Supra*, 18.

⁴⁷⁵ V. Cass., Sez. VI, 2.11.2005, Stojanovic, cit. Il giudice della convalida deve «verificare se la determinazione di procedere all'arresto si collochi o meno entro i limiti della discrezionalità riconosciuta alla polizia giudiziaria [...], senza però poter sostituire la propria differente valutazione a quella, ragionevolmente fondata», della stessa (Cass., Sez. VI, 4.11.2014, Maggi, cit.).

⁴⁷⁶ Così Cass., Sez. V, 27.3.2009, Celona, cit.; nello stesso senso, fra le altre, Cass., Sez. III, 12.5.2010, Camara, *CED*, 2010/247706; cfr., altresì, Cass., Sez. V, 12.1.2012, Hraich, *CED*, 2012/252949, che ha ritenuto adeguata la motivazione con la quale, nella specie, il giudice si era discostato dall'apprezzamento della polizia; analogamente, Cass., Sez. VI, 26.4.2011, M.M.A., in *DeJure*.

A norma dell'ultimo comma dell'art. 391, l'ordinanza che decide sulla convalida, se non pronunciata in udienza, è **comunicata o notificata** ai soggetti legittimati ad impugnare⁴⁷⁷; in caso contrario, è comunicata al pubblico ministero e notificata all'arrestato o al fermato che non siano comparsi. La misura precautelare «cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice» (tramite la richiesta di convalida). La precautelata, dunque, è destinata ad **esaurire la propria efficacia**⁴⁷⁸ con la decisione sulla convalida da parte del giudice, ma, qualora questa non intervenga entro quarantotto ore dalla richiesta del pubblico ministero, sarà lo spirare stesso del **termine** a determinarne la caducazione. È così garantita – in conformità all'art. 13 comma 3 Cost. – la provvisorietà della misura privativa della libertà personale eccezionalmente adottata dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero in sostituzione dell'organo giurisdizionale⁴⁷⁹. È diffusa l'interpretazione secondo cui il **termine** in oggetto «deve essere riferito all'orario di inizio dell'udienza tenuta dal giudice, non assumendo rilevanza il momento in cui siano emessi i provvedimenti decisori [...], purché intervengano senza soluzione di continuità nel corso dello svolgimento della stessa udienza»⁴⁸⁰. Soltanto qualora l'ordinanza non fosse pronunciata all'esito dell'udienza, l'inizio di quest'ultima entro quarantotto ore dalla richiesta di convalida non sarebbe sufficiente ai fini del rispetto del termine di cui all'art. 391 comma 7, dovendo in tal caso intervenire tempestivamente anche il deposito⁴⁸¹.

La perdita di efficacia dell'arresto o del fermo (connessa all'infruttuoso spirare del termine di quarantotto ore dalla richiesta di convalida) dovrebbe essere tenuta distinta dalla decadenza del giudice dalla *potestas statuendi*, i cui estremi non appaiono ravvisabili nell'ipotesi di specie⁴⁸². Nel panorama giurisprudenziale, tutta-

⁴⁷⁷ *Infra*, 32.

⁴⁷⁸ Sul fenomeno della perdita di efficacia delle misure precautelari, v., recentemente, K. La Regina, *L'inefficacia*, 315 ss.

⁴⁷⁹ In argomento cfr., diffusamente, K. La Regina, *L'udienza*, 4 ss.

⁴⁸⁰ Così Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, cit.; nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 7.6.2012, Scarlat, *CED*, 2012/253011; Cass., Sez. I, 8.3.2007, Hassan, cit.

⁴⁸¹ Cass., Sez. VI, 25.11.2008, Torcasio, *CED*, 2008/242044; analogamente, Cass., Sez. IV, 18.1.2007, Albanese, cit.; Cass., Sez. I, 4.7.2001, Mauro, *CED*, 2001/219755. Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, cit., precisa che è «possibile (come in via generale consentito dall'art. 128 c.p.p.) un distacco temporale tra il momento della deliberazione e quello del deposito dell'ordinanza», ma è «necessario che il contenuto del provvedimento, nella sua integrità, sia reso noto mediante il deposito entro il termine perentorio».

⁴⁸² Per una diffusa illustrazione della differenza tra i due fenomeni, fondante una convincente esegesi dell'art. 309 comma 10 (sviluppata prima della riforma operata con legge 16.4.2015, n. 47), cfr. – ferme le differenze strutturali tra riesame e procedimento di convalida dell'arresto o del fermo – R. Adorno, *Sui limiti*, 393 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame*, 162 ss. (e, più recentemente, Id., *Riformare*, 1182 s.); P. Spagnolo, *Il tribunale*, 369 ss. In giuri-

via, l'annullamento senza rinvio in esito ad un ricorso contro l'ordinanza di convalida tardiva⁴⁸³ testimonia una commistione fra cessazione dell'efficacia della precautela e decadenza del giudice dalla *potestas statuendi*: il provvedimento impugnato viene annullato senza rinvio poiché si presuppone che, oltre il limite temporale stabilito dall'ultimo comma dell'art. 391, l'esercizio del potere-dovere di decisione non sia più consentito⁴⁸⁴.

32. Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida.

Contro l'ordinanza che decide sulla convalida l'unico mezzo d'impugnazione disponibile è il **ricorso per cassazione**⁴⁸⁵, che sollecita «un controllo sul controllo: cioè un controllo non sull'arresto [o sul fermo], bensì sulla [relativa] convalida» (o non convalida)⁴⁸⁶. La «valutazione di merito circa le condizioni in presenza delle quali il fermo o l'arresto furono eseguiti dalla polizia giudiziaria» è riservata in via esclusiva al giudice della convalida⁴⁸⁷. Il controllo della Corte di cas-

sprudenza (prima della citata riforma), v. Cass., Sez. Un., 31.5.2000, Piscopo, in *Cass. pen.*, 2000, 2981, secondo cui «il giudice del riesame che accerti la caducazione della misura ex art. 309 comma 10 c.p.p. [...] è tenuto a compiere ugualmente il giudizio sulla validità del provvedimento applicativo e sui presupposti della misura cautelare»; *contra*, Cass., Sez. Un., 29.10.1997, Schillaci, in *Cass. pen.*, 1998, 796 s., seguita da Cass., Sez. Un., 15.1.1999, Caridi, in *Cass. pen.*, 1999, 3086 ss., con nota critica di M. Ceresa-Gastaldo. Si riferiscono specificamente al termine di cui all'art. 391 comma 7, R. Adorno, *Sui limiti*, 401 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame*, 168; K. La Regina, *L'inefficacia*, 310.

⁴⁸³ V. Cass., Sez. VI, 25.11.2008, Torcasio, cit.; Cass., Sez. I, 1.6.2006, Eseka, *CED*, 2006/234705; Cass., Sez. I, 4.7.2001, Mauro, cit.; Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, cit.

⁴⁸⁴ Cfr. R. Adorno, *Sui limiti*, 395, là dove illustra il fondamento della ricorrente affermazione giurisprudenziale, «inerente alla delimitazione del potere di annullamento senza rinvio dell'ordinanza [confermativa del provvedimento cautelare coercitivo riesaminato] del tribunale ["della libertà"] da parte del Giudice di legittimità, secondo la quale tale pronuncia si impone nel caso di ordinanza di conferma adottata intempestivamente».

⁴⁸⁵ Sotto il profilo della tutela della libertà personale, in dottrina sono state sollevate «forti perplessità» in ordine all'«omessa previsione dell'impugnabilità, anche nel merito, dell'ordinanza di convalida» (M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame*, 81); tuttavia, non si è mancato di osservare come (anche) dall'oggettiva difficoltà di «scindere il controllo sui fatti dal controllo sull'accertamento dei fatti operato dal giudice per le indagini preliminari» deriverebbe, in realtà, un sindacato della Corte di cassazione sul provvedimento di convalida di estensione tale da garantire adeguatamente, di fatto, i diritti dell'arrestato o fermato (K. La Regina, *L'udienza*, 423). Nel senso che anche in caso di decisione sulla convalida di un arresto fuori flagranza l'unico mezzo d'impugnazione esperibile è il ricorso per cassazione, Cass., Sez. III, 5.11.1996, Corà, *CED*, 1996/206729.

⁴⁸⁶ V. F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, 663.

⁴⁸⁷ Cass., Sez. IV, 28.1.1999, Gervasoni, *CED*, 1999/213220; analogamente, Cass., Sez. VI, 5.2.2009, Perri, cit.; Cass., Sez. I, 4.10.1991, Lonoce, *CED*, 1991/188473. È inammissibile il

sazione – si precisa – «riguarda la violazione di legge e il vizio di motivazione»⁴⁸⁸. Costante risulta l'**annullamento** dell'ordinanza impugnata se il Supremo Collegio rileva che il giudice chiamato a pronunciarsi sulla convalida di un arresto in flagranza ha operato secondo i canoni del giudizio di merito o del giudizio cautelare invece di limitarsi a verificare la «ragionevolezza dell'atto di polizia»⁴⁸⁹. Più incerto, allo stato, appare l'esito di un ricorso con il quale si lamenti che la decisione sulla convalida è il frutto di un giudizio *ex post*, visto il contrasto giurisprudenziale esistente sul punto⁴⁹⁰. Ricorrente è la censura della Corte di cassazione là dove risulti che il giudice della convalida ha operato «una complessiva rivalutazione [...] dei presupposti [...] a base dell'esercizio del potere di arresto in flagranza, omettendo di considerare gli elementi riportati nel verbale» redatto dalla polizia⁴⁹¹.

A norma dell'art. 391 comma 7, «i termini per l'impugnazione decorrono dalla lettura del provvedimento in udienza ovvero dalla sua comunicazione o notificazione». L'estensione è pari a **15 giorni** (art. 585 comma 1 lett. a)⁴⁹². I **sogetti legittimati** sono il pubblico ministero, l'arrestato o il fermato e – *ex art. 571 comma 3* – il difensore⁴⁹³. Sotto il profilo dell'**interesse ad impugnare**, è noto che nemmeno la **parte pubblica** può porre «a sostegno del ricorso [...] esclusivamente l'analisi critica del provvedimento impugnato, ove all'annullamento di questo non possa conseguire alcun effetto pratico»⁴⁹⁴. Diverso è il caso in cui il ricorso con-

ricorso diretto «a ottenere una complessiva rivalutazione delle scelte di merito effettuate» dal giudice della convalida «sui presupposti [...] a base dell'esercizio del potere» precautelare nel caso concreto: Cass., Sez. VI, 21.5.2013, D'Antonio, cit. Nei motivi proposti, il ricorrente deve «limitarsi a censurare direttamente il processo logico seguito dal giudice per pervenire all'adozione del provvedimento» sottoposto alla Corte di cassazione: Cass., Sez. VI, 5.2.2009, Perri, cit. È inammissibile il ricorso proposto per «vizi della motivazione» che investano la Suprema Corte «di questioni in punto di fatto, attinenti al giudizio di merito sulla sussistenza o meno dei presupposti per l'affermazione della responsabilità penale»: Cass., Sez. VI, 18.5.2016, Saluci, CED, 2016/267071.

⁴⁸⁸ F.M. Iacoviello, *La Cassazione*, 663.

⁴⁸⁹ *Supra*, 28. A titolo di esempio, v. Cass., Sez. VI, 3.12.2013, Yawat, cit., nonché Cass., Sez. VI, 12.2.2015, Ahmad, cit.; Cass., Sez. VI, 28.11.2013, Scalici, cit.; Cass., Sez. VI, 5.2.2009, Perri, cit.

⁴⁹⁰ *Supra*, 28.

⁴⁹¹ Cass., Sez. VI, 27.11.2012, Crimaldi, CED, 2013/254240; analogamente, Cass., Sez. VI, 12.6.2013, Deplano, CED, 2013/257215; Cass., Sez. V, 16.12.2005, Ralmondas, cit.

⁴⁹² V. K. La Regina, *L'udienza*, 424.

⁴⁹³ A. Ferraro, *Arresto*, 130 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 424; F. Vergine, *Arresto*, 476.

⁴⁹⁴ Ne deriva che è inammissibile per carenza d'interesse il ricorso proposto dal pubblico ministero contro l'ordinanza che abbia convalidato l'arresto con riguardo ad alcuni soltanto dei reati in relazione ai quali la misura precautelare è stata adottata: Cass., Sez. VI, 11.6.2014, Antonacci, CED, 2014/261647; Cass., Sez. I, 6.2.1992, Vitale, CED, 1992/189693. In dottrina, sull'«indispensabile “concretezza” dell'impugnazione del pubblico ministero», v., diffusamente, S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare*, 348 ss.

tro l'ordinanza di mancata convalida sia in grado di incidere, modificandolo, sul controllo di legittimità cui l'ordinamento vuole indefettibilmente soggetto l'operato del pubblico ministero e della polizia che abbiano eccezionalmente agito "in sostituzione" del giudice: anche qualora sia stata disposta la custodia cautelare in carcere, «è pur sempre configurabile l'interesse del P.M. ad impugnare la mancata convalida dell'arresto o del fermo allo scopo di ottenere la verifica della loro legittimità e, conseguentemente, della privazione della libertà dell'indagato nel periodo che precede l'emissione della misura cautelare»⁴⁹⁵. Con riguardo all'interesse dell'**arrestato o del fermato** ad impugnare l'ordinanza di convalida, è rimasta isolata la tesi dell'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse fondata sulla constatazione che l'ordinanza di convalida non costituisce «un formale ed autonomo titolo di detenzione»⁴⁹⁶. Il riconoscimento di un ampio margine all'interesse dell'arrestato o del fermato a ricorrere per cassazione avverso il provvedimento di convalida, anche là dove seguito dall'applicazione di una misura cautelare, si può riscontrare già in epoca risalente⁴⁹⁷: a supporto, dal 1999, milita il diritto ad un'equa riparazione per la detenzione patita a titolo precautelare nell'ipotesi d'insussistenza delle condizioni per la convalida risultante da una decisione irrevocabile⁴⁹⁸. Una limitazione, tuttavia, deriva dalla tesi che richiede all'interessato – la cui libertà o meno non dipende dalla convalida – di manifestare, «in termini positivi e univoci», l'intenzione di servirsi della pronuncia auspicata nel ricorso per avanzare la domanda di cui agli artt. 314 ss.⁴⁹⁹.

Per quanto riguarda le **modalità di trattazione del ricorso** contro l'ordinanza che decide sulla convalida, nel silenzio dell'art. 391 è sorta qualche incertezza in ordine all'alternativa fra la procedura camerale con contraddittorio soltanto cartolare delineata dagli artt. 610 e 611⁵⁰⁰ e le forme previste dall'art. 127, che l'art.

⁴⁹⁵ Cass., Sez. I, 7.6.2001, Mandalà, *CED*, 2001/219548; cfr., altresì, Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, cit.; Cass., Sez. II, 10.11.2011, Manzittu, cit.; Cass., Sez. VI, 26.4.2011, M.M.A., cit.; Cass., Sez. VI, 17.11.1993, Comerci, *CED*, 1994/197371. In senso più restrittivo, v. Cass., Sez. I, 1.2.2008, Shalabi, *CED*, 2008/239234.

⁴⁹⁶ Cass., Sez. I, 9.3.1992, Marazzotta, *CED*, 1992/191157; sul punto, K. La Regina, *L'udienza*, 424.

⁴⁹⁷ V. Cass., Sez. I, 9.5.1990, Rizzi, *CED*, 1990/184630; Cass., Sez. I, 2.4.1990, Rodia, *CED*, 1990/184336; Cass., Sez. I, 9.6.1998, Stegani, cit.

⁴⁹⁸ *Supra*, 23.2.

⁴⁹⁹ In tal senso, Cass., Sez. VI, 13.2.2009, Calia, *CED*, 2009/244141, che richiama gli approdi giurisprudenziali in tema d'interesse a coltivare l'impugnazione cautelare nel caso d'intervenuta revoca, nelle more del procedimento, della misura custodiale: sul punto v., criticamente, S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare*, 223 ss.

⁵⁰⁰ In tal senso, Cass., Sez. I, 23.3.1994, Spangher, *CED*, 1994/197213; Cass., Sez. III, 28.2.1990, F. Maurizi, *CED*, 1990/183591; v. anche Cass., Sez. IV, 22.2.2008, Todorovic, *CED*, 2008/239261, che eccettua soltanto il caso in cui sia stato proposto ricorso per cassazione anche contro l'ordinanza che ha disposto una misura coercitiva, donde l'applicabilità delle forme previste dall'art. 127. In dottrina, T. Rafaraci, *Art. 611*, 5516.

311 comma 5 richiama per il ricorso in tema di misure cautelari personali⁵⁰¹. Ove il ricorso del pubblico ministero contro l'ordinanza di diniego della convalida risulti fondato, sono diffusi i casi in cui la Corte di cassazione **annulla** il provvedimento impugnato **senza rinvio**, dando essa stessa atto, nel dispositivo, della legittimità dell'avvenuta restrizione precautelare⁵⁰². Qualora, invece, l'ordinanza del giudice abbia omesso di provvedere sulla richiesta del pubblico ministero ricorrente per ragioni erroneamente ritenute ostantive, la Corte di cassazione preserva il controllo sulla legittimità della restrizione precautelare attraverso l'**annullamento** del provvedimento impugnato **con rinvio** per la decisione sul merito dell'istanza⁵⁰³. In tal caso – osserva il Supremo Collegio – il rinvio s'impone, essendo indebitamente mancata la valutazione del giudice competente circa la legittimità dell'avvenuta restrizione precautelare⁵⁰⁴, fermo restando – naturalmente – che «in nessun caso il postumo giudizio di convalida potrebbe dar luogo alla riattivazione dello stato detentivo del soggetto a seguito di eventuale posteriore convalida di un arresto ormai perento»⁵⁰⁵.

33. I rapporti con la decisione in materia cautelare.

Il **tema cautelare** è un contenuto eventuale dell'udienza di convalida⁵⁰⁶. Se un'apposita richiesta del pubblico ministero lo introduce⁵⁰⁷, il giudizio sull'applicabilità di una misura cautelare si aggiunge a quello sulla legittimità dell'arresto o

⁵⁰¹ Cfr. C. Valentini Reuter, *Aspetti problematici*, 676. Ambigua appare Cass., Sez. I, 5.7.1991, Russo, in *Giur. it.*, 1992, II, 674, comunque favorevole – in caso di ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida – all'applicabilità dell'art. 127 comma 1 in ordine ai tempi dell'avviso della data dell'udienza.

⁵⁰² V. Cass., Sez. VI, 1.3.2016, Tapia Diaz, *CED*, 2016/266868; Cass., Sez. VI, 23.2.2016, Obien, cit.; Cass., Sez. V, 26.10.2015, Koraj, *CED*, 2016/265886; Cass., Sez. V, 1.10.2015, Dunisha, cit.; Cass., Sez. VI, 17.2.2015, Chen Fengpang, cit.; Cass., Sez. VI, 4.11.2014, Maggi, cit.; Cass., Sez. II, 14.1.2014, Bombaci, *CED*, 2014/261817; Cass., Sez. VI, 28.11.2013, Scalici, cit.; Cass., Sez. VI, 16.10.2013, Moretti, *CED*, 2013/258162; Cass., Sez. VI, 12.6.2013, Deplano, cit.; Cass., Sez. VI, 27.11.2012, Crimaldi, cit.; Cass., Sez. III, 12.5.2010, Camara, cit.; Cass., Sez. I, 21.1.2009, Abdelsalam Ibrahim, *CED*, 2009/243358; Cass., Sez. VI, 28.3.2007, Riaviz, cit. In dottrina, cfr. E. Aprile, *Gli epiloghi*, 1250; K. La Regina, *L'udienza*, 422 ss.

⁵⁰³ V. Cass., Sez. IV, 15.1.2015, Baatar, cit.; Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, cit.; Cass., Sez. II, 10.11.2011, Manzittu, cit.

⁵⁰⁴ V. Cass., Sez. V, 7.2.2014, Scognamiglio, *CED*, 2014/260000.

⁵⁰⁵ Così Cass., Sez. IV, 15.1.2015, Baatar, cit.; analogamente Cass., Sez. VI, 9.5.2014, Fofana, cit.

⁵⁰⁶ V. L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 452.

⁵⁰⁷ *Supra*, 25.

del fermo. Per quanto riguarda la misura cautelare, in giurisprudenza si riconosce che la sua adozione non è soggetta ad **alcun termine**⁵⁰⁸. In ogni caso, qualora scada inutilmente il limite temporale di cui all'art. 391 comma 7, il soggetto dovrà essere rimesso in libertà: di conseguenza, il giudice si troverà a dover decidere sulla richiesta cautelare in una situazione in cui, da un lato, l'interessato non è ormai più in vincoli e, dall'altro lato, l'esecuzione del provvedimento restrittivo eventualmente emesso non potrà giovare dell'effetto "sorpresa"⁵⁰⁹. Sotto altro profilo, in forza della riforma operata con il d.lgs. n. 32/2014, l'art. 143 comma 2 annovera i «provvedimenti che dispongono misure cautelari personali» fra quelli che debbono essere oggetto di **traduzione scritta** a favore dell'imputato o indagato che non conosce la lingua italiana. Tuttavia, ciò non ha impedito di ritenere, oltre «il mero dato letterale», che l'adempimento *de quo* non sia necessario nel caso di ordinanza «emessa dal giudice all'udienza di convalida alla quale lo straniero in stato di arresto o di fermo abbia partecipato con l'assistenza di un interprete»⁵¹⁰.

È d'obbligo rilevare che, rispetto al giudizio sulla convalida della precautelata, «la valutazione delle condizioni per l'applicazione di misure coercitive, anche se di regola contestuale, è distinta e concettualmente autonoma per presupposti, natura ed effetti del provvedimento decisorio, mezzi di impugnazione consentiti»⁵¹¹. Le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione hanno comunque escluso che tale autonomia consenta al giudice di anticipare la decisione cautelare sottraendola al previo contraddittorio⁵¹².

Sul piano delle conseguenze, sarà quest'ultima a determinare la permanenza dello stato detentivo dell'arrestato o fermato oppure la sua liberazione; e ciò anche sulla base di elementi non conosciuti né conoscibili nel momento di adozione della precautelata. Per quanto riguarda i presupposti dei due provvedimenti, la specificità dell'accertamento richiesto ai fini della **convalida** comporta che, ove essa venga **accordata**, non necessariamente debba seguire l'accoglimento dell'istanza

⁵⁰⁸ Cass., Sez. I, 20.4.1994, Fenu, *CED*, 1994/198501; Cass., Sez. I, 6.3.1992, Perri, *CED*, 1992/190339.

⁵⁰⁹ Cfr. A. Ferraro, *Arresto*, 130; F. Vergine, *Arresto*, 474 s.

⁵¹⁰ Così Cass., Sez. I, 8.10.2014, S., cit. Successivamente, con riferimento alla medesima fattispecie, cfr. Cass., Sez. I, 13.2.2015, Aref, cit.: se pure si ritenesse necessaria la traduzione scritta dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale anche là dove pronunciata nell'udienza di convalida, l'omissione dell'adempimento «non incide[rebbe] sulla validità dell'atto e non p[otrebbe] determinarne la nullità, afferendo al differente profilo della sua comunicazione e, quindi, all'esercizio dei diritti e delle facoltà che da detto atto possono derivare: esplicando dunque l'incomprensione dell'atto i suoi effetti, nel caso di misura cautelare, solamente sulla decorrenza del termine per impugnare il relativo provvedimento». Prima del «nuovo» art. 143 v. Cass., Sez. Un., 24.9.2003, Zalagaitis, in *Cass. pen.*, 2004, soprattutto 1572 s., con nota di E. Calvanese.

⁵¹¹ Cass., Sez. I, 29.4.1999, Bollo, cit.

⁵¹² Cass., Sez. Un., 22.11.2000, Boniotti, cit: *supra*, 23.1.

cautelare⁵¹³. Specularmente, la **mancata convalida** non implica che il diniego debba estendersi pure alla richiesta cautelare⁵¹⁴. In caso di **arresto**, tuttavia, non sempre l'applicazione della cautela può prescindere dalla convalida. L'autonomia che, di regola, contraddistingue i rapporti fra le due decisioni spettanti al giudice subisce un'**eccezione** là dove si solleciti il ricorso alla coercizione cautelare oltre i suoi confini ordinari a norma dell'art. 391 comma 5⁵¹⁵; nei casi in cui l'applicazione della misura sarebbe preclusa ove mancasse un previo arresto, infatti, si richiede che si tratti di arresto legittimamente eseguito (e dunque convalidato), donde un disincanto nei confronti di un uso distorto dello strumento precautelare⁵¹⁶.

In giurisprudenza è ampiamente riconosciuto che, poiché le misure coercitive, «pur se collegate con la misura precautelare, non sono con la stessa in connessione essenziale, [...] la **nullità** della convalida [...] non si estende alla (successiva) ordinanza impositiva»⁵¹⁷. Infine, il provvedimento che decide sulla convalida e quello in materia cautelare sono altresì autonomi sotto il profilo delle **impugnazioni**⁵¹⁸. L'unico mezzo disponibile contro il primo è il ricorso per cassazione: si

⁵¹³ Così, «una volta che il giudice competente ha convalidato l'arresto in flagranza di reato non è logicamente e giuridicamente contraddittorio negare, da parte del medesimo giudice, l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere per ritenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza» necessari ex art. 273: Cass., Sez. I, 10.12.1991, Pira, *CED*, 1992/190842. Analogamente, rappresenta un'«eventualità ricorrente, ma non strumentale alla convalida del fermo», il fatto che «il giudice in sede di convalida disponga – ove sussistano le condizioni di applicabilità – una misura coercitiva, che costituisce il titolo di detenzione indispensabile perché permanga lo stato custodiale»: Cass., Sez. VI, 1.3.2016, Tapia Diaz, cit.

⁵¹⁴ V. Cass., Sez. VI, 7.11.2013, Calvigioni, cit. Con riguardo al fermo, per esempio, si potrebbe ben immaginare l'applicazione di una misura giustificata da esigenze cautelari diverse dal pericolo di fuga, la cui insussistenza abbia impedito la convalida: v. Cass., Sez. I, 4.6.1991, Galasso, *CED*, 1991/188334.

⁵¹⁵ *Supra*, 25.1. Nel senso che, nelle ipotesi in questione, l'applicazione della cautela non può prescindere dall'avvenuta convalida dell'arresto, v. C. cost., 22.1.1992, n. 4, ed anche C. cost., 8.6.2001, n. 187 (ord.); analogamente, Cass., Sez. Un., 14.7.1999, Salzano, cit., nonché Cass., Sez. V, 10.12.2008, Maida, *CED*, 2009/242782; Cass., Sez. V, 8.6.2006, Marfisa, *CED*, 2006/234557. In dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 400 ss.; D. Manzione, *Arresto*, 474; F. Viggiano, *Cautele*, 120 ss.

⁵¹⁶ V. A. Ferraro, *Arresto*, 125.

⁵¹⁷ Cass., Sez. Un., 14.7.1999, Salzano, cit. Analogamente, fra le altre, Cass., Sez. VI, 23.2.2016, Bassano, cit.; Cass., Sez. VI, 7.11.2013, Calvigioni, cit.; Cass., Sez. IV, 17.2.2009, Stefanini, *CED*, 2009/243980; Cass., Sez. III, 16.10.2008, Pusceddu, cit.; Cass., Sez. IV, 5.12.2007, Haxhija, *CED*, 2008/239031; Cass., Sez. VI, 2.11.2005, Stojanovic, cit.; Cass., Sez. III, 8.11.2000, Lleshai, cit.; Cass., Sez. VI, 17.2.2000, Moktar, *CED*, 2000/217121. In dottrina, fra gli altri, E. Bellizzi, *Flagranza*, 296; F. Casa, *Flagranza*, 526; A. Ferraro, *Arresto*, 124; K. La Regina, *L'udienza*, 399; M.M. Monaco, *Convalida*, 253; L. Scomparin, *Arresto*, 271; N. Triggiani, *Sui rapporti*, 299 ss.; F. Vergine, *Arresto*, 474.

⁵¹⁸ V. Cass., Sez. VI, 7.7.2003, Lo Bue, *CED*, 2003/226757. Cfr., altresì, Cass., Sez. I, 1.6.1992, Ruiu, *CED*, 1992/190957. In dottrina, v. K. La Regina, *L'udienza*, 416; F. Vergine, *Arresto*, 475.

è costantemente sottolineato che, per questa via, non possono farsi valere motivi inerenti alla ritenuta sussistenza dei presupposti della misura cautelare, i quali debbono essere dedotti attraverso l'impugnazione esperibile contro il relativo provvedimento⁵¹⁹, che resta distinto da quello sulla convalida anche se ad esso materialmente congiunto⁵²⁰. L'autonomia dei rimedi esperibili rischia tuttavia di rivelarsi incoerente quando è la stessa autonomia della decisione cautelare rispetto a quella sulla convalida a venire meno: e ciò avviene⁵²¹ nei casi in cui la misura coercitiva è richiesta al di là degli ordinari limiti edittali in forza dell'art. 391 comma 5⁵²².

⁵¹⁹ V., fra le altre, Cass., Sez. VI, 14.10.2010, Prikhno, cit.; Cass., Sez. I, 11.3.1996, Carrer, *CED*, 1996/204392; Cass., Sez. IV, 20.12.1995, Panarello, *CED*, 1995/204128; Cass., Sez. I, 4.2.1994, Prassedi, *CED*, 1994/197002; Cass., Sez. I, 1.6.1992, De Simone, *CED*, 1992/191276. In dottrina, v. E. Bellizzi, *Flagranza*, 296; F. Casa, *Flagranza*, 526; A. Ferraro, *Arresto*, 122; K. La Regina, *L'udienza*, 418 s.; L. Scomparin, *Arresto*, 272; N. Triggiani, *Sui rapporti*, 303; F. Vergine, *Arresto*, 475. In senso critico verso la soggezione al riesame dell'ordinanza che ha disposto una misura coercitiva previo contraddittorio in sede di udienza di convalida, M. Chiavario, *La riforma*, 179 s.; L. D'Ambrosio, *Art. 391*, 454 s.; D. Manzione, *Arresto*, 474.

⁵²⁰ V. Cass., Sez. IV, 17.1.1997, Kaidi, *CED*, 1997/206654.

⁵²¹ Cfr. A. Ferraro, *Arresto*, 133, nota 64.

⁵²² Diverse sono le soluzioni proposte in dottrina: cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame*, 84 s.; K. La Regina, *L'udienza*, 455; F. Viggiano, *Cautele*, 124.

Bibliografia

Adorno R., *Sui limiti alla deducibilità dell'inosservanza del termine di cui all'art. 309 comma 9 c.p.p.*, in Perchinunno V. (a cura di), *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*, Milano, 1996, 393; Allegrezza S., *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 4697; Alonzi F., *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011; Id., *Art. 302 c.p.p.: un non condivisibile ripensamento della suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 2005, 1643; Id., *Note critiche a margine del nuovo intervento sulla disciplina delle misure cautelari*, in Spangher G. (a cura di), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, 81; Amato Giul., *Art. 13*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili, Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, 1; Amato Gius., *Un intervento a volte non coordinato rispetto alle finalità*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 19, 84; Id., *Colpo di acceleratore all'iter della convalida*, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 3, 72; Id., *Nella convalida dell'arresto per direttissima passa la regola generale della custodia a casa*, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 26, 10; Id., *Ridotto il rischio di un "giudice itinerante"*, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 38, 10; Amato Gius., D'Andria M., *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990; Aprile E., *Gli epiloghi decisori del processo penale in Cassazione: la delicata linea di confine tra annullamento con rinvio e senza rinvio*, in *Cass. pen.*, 2013, 1245; Id., *L'arresto in flagranza ed il fermo di indiziato di delitto*, in Aprile E., Silvestri P., *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, 2011², 433; Id., *Osservazioni sub Cass., Sez. VI, 11.10.2007, Gurrieri*, in *Cass. pen.*, 2009, 231; Id., *Il diritto alla riparazione spetta anche a colui che è stato ingiustamente detenuto in quanto arrestato in flagranza o fermato perché indiziato di delitto*, in *Nuovo dir.*, 1999, II, 335; Archidiacono R., *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 558; Balsamo A., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in **Spangher G.**, II, 2, 617; Bargis M., *Disposizioni per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia e in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*, in Conso G., Grevi V., *Compendio di procedura penale. Appendice agg.*, Padova, 2001, 19; Ead., *Non utilizzabili contro terzi le dichiarazioni rese in interrogatorio non documentato*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 79; Bassi A., *Un ulteriore passo in avanti nella semplificazione degli avvisi urgenti al difensore*, in *Cass. pen.*, 2003, 1285; Bellantoni G., *Problematiche interpretative a proposito del concetto e dell'ambito operativo della c.d. "quasi flagranza"*, in *Ind. pen.*, 2012, 541; Bellizzi E., *Flagranza (arresto in)*, in *D. disc. pen.*, I Agg., Torino, 2000, 293; Beltrani S., *Interrogatorio con "anomalie", è illecito disciplinare*, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 10, 41; Id., *Art. 558*, in **Canzio G., Tranchina G.**, II, 5036; Beretta C., *Sul ripristino della custodia cautelare divenuta inefficace per omesso interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, 617; Betocchi G., *La convalida dell'arresto e del fermo: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 1993, 739; Bigiarini A., *Gli aspetti processuali più rilevanti: prelievo biologico coattivo, arresto in flagranza e competenza del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 442; Bonagura A.M., *Udienza di convalida dell'arresto: sciolto il nodo dei limiti edittali per l'applicazione delle misure cautelari*, in Gaeta P. (a cura di), *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Padova, 2001, 247; Bonzano C., *Le modifiche connesse ai nuovi delitti di furto*, in Spangher G. (a cura di), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, 182; Bresciani L., *Art.*

278, in (a) **Chiavario M.**, III Agg., 194; Bronzo P., *Ancora precisazioni sull'ambito applicativo dell'art. 27 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 3040; Calcagno E., *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 299; Calvanese E., *Ordinanza di custodia in carcere nei confronti dello straniero e diritto alla traduzione del provvedimento*, in *Cass. pen.*, 2004, 1577; Cantone R., *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *Cass. pen.*, 2005, 2507; Caprioli F., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in (a) **Conso G.**, **Grevi V.**, **Bargis M.**, 512; Id., *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in Conso G. (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 407; Caputo A., *Immigrazione e procedimento penale*, in **Spangher G.**, VII, 1, 529; Carcano D., *L'interrogatorio di garanzia tra luci ed ombre*, in *Cass. pen.*, 2002, 478; Id., *Arresto in flagranza e fermo di indiziato: garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1992, 2144; Carcano D., Izzo G., *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990; Carneroli L., *Rigetto della richiesta di misura cautelare e liberazione dell'arrestato prima della convalida*, in *Cass. pen.*, 2001, 529; Carnevale S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2012; Casa F., *Flagranza*, in *D. disc. pen.*, III Agg., 1, Torino, 2005, 518; Cavallaro T., *Sulla misura cautelare disposta dal giudice della convalida del fermo territorialmente incompetente e sulla decorrenza del termine per la rinnovazione della medesima misura*, in *Cass. pen.*, 2003, 2723; Ceresa-Gastaldo M., *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1177; Id., *Il nuovo assetto dell'ufficio del pubblico ministero ed il ruolo del procuratore nel procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 2009, 4166; Id., *Le Sezioni unite disorientate tra inefficacia dell'ordinanza coercitiva e validità della pronuncia di riesame «fuori termine»*, in *Cass. pen.*, 1999, 3089; Id., *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993; Chiavario M., *Libertà personale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; Id., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990²; (c) **Chiavario M.**; Ciampi S., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 24.9.2014; Cocomello A., Corbo A., *Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali"*, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/05/2014; Cocomello A., Costantini F., *Interpretazione e traduzione degli atti del procedimento*, in *Cass. pen.*, 2015, 165; Colamussi M., *Osservazioni sub Cass., Sez. I, 22.12.1993, Puglisi*, in *Cass. pen.*, 1995, 3374; Coppetta M.G., *Art. 33*, in **Della Casa F.**, **Giostra G.**, 377; Ead., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 2001; Ead., *La riparazione per ingiusta detenzione*, Padova, 1993; (b) **Cordero F.**; Cordi L., *sub art. 13, Commento articolo per articolo d.l. 27.7.2005, n. 144*, in *Leg. pen.*, 2005, 542; Corso P., *Le misure precautelari*, in **Dominioni O.**, **Corso P.**, **Gaito A.**, **Spangher G.**, **Galantini N.**, **Filippi L.**, **Garuti G.**, **Mazza O.**, **Varraso G.**, **Vigoni D.**, 345; Id., *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, 1077; Cortesi M.F., *Gli istituti processuali per la prevenzione e la repressione degli episodi di violenza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, in **Spangher G.** VII, 1, 475; D'Ambrosio L., *Artt. 379-391*, in (a) **Chiavario M.**, IV, 345; D'Angelo E., *Sull'illegittimità costituzionale dell'arresto in flagranza di reato ad opera dei privati*, in *Giur. cost.*, 1970, 1120; Daniele M., *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22.9.2014; Id., *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *Leg. pen.*, 2013, 64; De Caro A., *Presupposti e criteri applicativi*, in **Spangher G.**, II, 2, 5;

Della Casa F., *Art. 60*, in **Della Casa F., Giostra G.**, 763; Della Monica G., *Le nuove norme in tema di arresto e di fermo*, in Dalia A.A. (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144*, Milano, 2006, 387; De Roberto G., *Brevi annotazioni sul provvedimento di fermo rimasto ineseguito*, in *Giur. it.*, 1994, II, 1; Di Bitonto M.L., *Le Sezioni unite individuano il pericolo di fuga legittimante il ripristino della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 307 comma 2 lett. b) c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 41; Dubolino P., *Convalida dell'arresto e giudizio direttissimo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, 403; Fassone E., *Art. 280*, in (a) **Chiavario M.**, III, 97; Felli N., *La riemissione del provvedimento di custodia cautelare tra esigenze di garanzia ed esigenze di efficienza: i requisiti dell'art. 302 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1995, 2973; Ferraro A., *Notazioni minime in tema di determinazione della pena ai fini dell'instaurazione e del mantenimento della custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, 3082; Id., *Arresto e fermo. Le misure precautelari e la loro convalida*, Milano, 1994; Ferrua P., *La revisione del codice 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in Id., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 131; Filippi L., *Ma l'arresto per il solo titolo di reato non è conforme all'art. 13 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2010, 3547; Id., *Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1212; Id., *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990; Fois R., *Estinguibilità delle misure cautelari per incompetenza del giudice: non necessaria identità degli organi giurisdizionali*, in *Cass. pen.*, 1997, 18; Gallucci E., *Udienza di convalida dell'arresto e ambito del contraddittorio anticipato sulla richiesta di applicazione di misure cautelari*, in *Cass. pen.*, 2007, 4477; Id., *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*, in *Cass. pen.*, 2004, 3997; Gialuz M., *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 10.4.2014; Giors B., *Misure precautelari e riparazione per detenzione ingiusta o illegittima: una sentenza "additiva" ... riparatrice di una grave lacuna legislativa*, in *Leg. pen.*, 1999, 677; Giovagnoli R., *L'applicazione delle misure cautelari in sede di convalida dell'arresto: ulteriori deroghe al requisito del limite di pena*, in Spangher G. (a cura di), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, 195; Id., *Il fermo e l'impossibilità di identificare l'indiziato*, in Spangher G. (a cura di), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, 191; Gironi E., *Osservazioni sub Cass., Sez. VI, 24.4.1991, Orlando*, in *Foro it.*, 1992, II, 89; Giuliani L., *Nullità dell'interrogatorio «di garanzia» per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 2005, 3265; Giunchedi F., *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, 133; Grevi V., *Misure cautelari*, in (a) **Conso G., Grevi V.**, 291; Id., *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in Amodio E., Dominioni O., Grevi V., Nepi Modona G., Vigna P.L., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 15; Id., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; Iacoviello F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013; Iasevoli C., *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1390; Iazzetti A., *Arresto in flagranza e fermo di indiziato di reato nel nuovo codice*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 19; Illuminati G., *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in Grevi V. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, 69; Kostoris R.E., *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo*

processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1391; Lacchi D., *Arresto in flagranza e giudizio di convalida*, in *D. disc. pen.*, III Agg., 1, Torino, 2005, 76; La Regina K., *L'inefficacia*, in Marandola A. (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, 283; Ead., *Le misure precautelari*, in Spangher G., Marandola A., Garuti G., Kalb L. (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Torino, 2015, 735; Ead., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Padova, 2011; Ead., *Commento a Cass., Sez. V, 16.12.2005, Ralmondas ed altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1105; Laronga A., *L'art. 275, co. 2°-bis, c.p.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Quest. giust.*, 6.10.2014; Leo G. (a cura di), *Ancora sul deposito degli atti provenienti dal pubblico ministero prima dell'udienza di convalida*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 758; Lo Giudice M., *Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: l'overruling delle Sezioni unite ripristina il contraddittorio "effettivo"*, in *Cass. pen.*, 2011, 889; Lorusso S., *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 35, 60; Lupinu F., *La nomina del difensore da parte di un prossimo congiunto della persona «in vinculis»*, in *Giur. it.*, 1992, II, 99; Magliocca G., *Le nullità*, in Spangher G. (a cura di), *Trattato di procedura penale*, I, 2, Torino, 2008, 353; Manzione D., *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (l. 15.7.2009 n. 94)*, in *Leg. pen.*, 2009, 583; Id., *sub art. 2, Commento articolo per articolo d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125*, in *Leg. pen.*, 2009, 148; Id., *Arresto*, in *D. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 469; Marafioti L., *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000; Marandola A., *La perdurante (e gravosa) incertezza della nozione di stato di quasi flagranza*, in *Il Penalista*, 3.12.2015; Ead., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 947; Ead., *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006; Marchetti M.R., *Giudizio direttissimo e poteri del giudice dibattimentale in tema di libertà personale dell'arrestato*, in *Cass. pen.*, 1992, I, 2439; Mari A., *Il nuovo art. 143 c.p.p. e i vecchi problemi in tema di traduzione dell'ordinanza cautelare personale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1506; Masiello A., *Dubbi sulla legittimità dell'arresto in flagranza ordinato dal pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1994, II, 645; Mazza O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004; Midolo G., *La trasmissione della richiesta di convalida: questioni interpretative dell'articolo 122 delle norme di attuazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, 587; Monaco M.M., *Convalida*, in *D. disc. pen.*, Agg., 1, Torino, 2005, 251; Montanile R., *È sufficiente un sms per comunicare al difensore la data dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1500; Negri D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004; Nigro M., *Le norme processuali e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 949; Nunziata M., *Abrogato il potere di arresto spettante al Presidente della Corte costituzionale (ex art. 3 del relativo Regolamento generale)?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 7; Nuzzo F., *Nota breve sull'applicazione di misure cautelari nell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, con riferimento anche alla competenza del giudice*, in *Cass. pen.*, 1999, 220; Id., *Appunti sul rapporto tra liberazione immediata dell'arrestato o del fermato e giudizio di convalida*, in *Giust. pen.*, 1998, III, 462; Palla S., *Osservazioni sub Cass., Sez. Un., 14.7.1999, Salzano*, in *Cass. pen.*, 2000, 347; Peroni F., *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 605; Perugia D., *Violenza negli stadi ed arresto in flagranza "differita": vecchie e nuove perplessità*, in *Giur. it.*, 2008, 2044; Pezzani F., *sub art. 1 lett. c-e*,

*Commento articolo per articolo d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125, in Leg. pen., 2009, 118; Pinna M., Le incerte dinamiche della discovery cautelare nella convalida dell'arresto o del fermo, in Cass. pen., 2011, 1792; Piras L., Ragioni di urgenza e arresto in flagranza: obblighi di PG, in D&G, 22.1.2016; Piziali G., Un'inutile (e dannosa) "riscrittura" dell'art. 27 c.p.p., in Dir. pen. proc., 2003, 84; Id., L'adeguamento (ma non solo) dell'art. 380 c.p.p. e il fermo di soggetti non identificabili (artt. 10 e 11), in Gaeta P. (a cura di), Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128), Padova, 2001, 231; Rafaraci T., Art. 611, in **Canzio G., Tranchina G.**, II, 5513; Recchione S., L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive, in Dir. pen. cont., 15.7.2014; Rel. prog. prel., in Conso G., Grevi V., Neppi Modona G. (a cura di), Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, IV, Padova, 1990; Ricci A.E., L'avviso di fissazione dell'udienza di convalida tra esigenze di speditezza e garanzie difensive, in Proc. pen. giust., 2011, 2, 61; Rigo F., Art. 7 l. n. 332/1995, in AA.VV., Modifiche al codice di procedura penale, Padova, 1995, 106; Rivello P.P., Riparazione per l'ingiusta detenzione, in D. disc. pen., XII, Torino, 1997, 327; Id., Non è costituzionalmente illegittimo che l'interrogatorio dell'arrestato da parte del P.M. possa precedere quello effettuato dal giudice, in Giur. cost., 1996, 3536; Id., Art. 278, in (a) **Chiavario M.**, I Agg., 134; Id., Art. 121-122 disp. att. trans., in (a) **Chiavario M.**, I, 457; Rombi N., Il giudizio di bilanciamento e i provvedimenti di libertate, in Cass. pen., 1998, 3029; Ruggieri S., sub art. 2, *Commento articolo per articolo d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38, in Leg. pen., 2009, 429; Ruggiero R.A., Misure cautelari disposte dal giudice incompetente: ancora un intervento della Cassazione, in Cass. pen., 2002, 3156; Salemme A., Art. 104, in **Canzio G., Tranchina G.**, I, 1056; Salvi G., Artt. 390-391, in (a) **Chiavario M.**, I, Agg., 312; Santoriello C., Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione, in Giur. cost., 1999, 961; Sau S., Una discutibile sentenza delle Sezioni unite sui rapporti tra l'interrogatorio dell'arrestato ex art. 391 comma 3 c.p.p. e l'interrogatorio della persona in custodia ex art. 294 c.p.p., in Cass. pen., 2002, 2835; Scaglione A., Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 575; Id., Osservazioni sub Cass., Sez. I, 13.4.1994, Latina, in Foro it., 1995, II, 159; Scomparin L., Implicita nelle norme codicistiche l'incompatibilità del giudice che abbia respinto in apertura del rito direttissimo la richiesta di convalida e di applicazione di misura cautelare, in Leg. pen., 2012, 680; Ead., Nuove condotte dei magistrati rilevanti sul piano disciplinare, in Leg. pen., 2012, 350; Ead., Meno traduzioni per convalide e interrogatori in vinculis, in Leg. pen., 2012, 340; Ead., Custodia extra-muraria in attesa della convalida e contrazione dei tempi per i giudizi direttissimi dinanzi al giudice monocratico, in Leg. pen., 2012, 332; Ead., La riparazione per ingiusta detenzione, in Chiavario M., Marzaduri E. (a cura di), Libertà e cautele nel processo penale, Torino, 1996, 397; Ead., Arresto e fermo, in Chiavario M., Marzaduri E. (a cura di), Libertà e cautele nel processo penale, Torino, 1996, 231; Ead., sub art. 20, *Commento articolo per articolo l. 8 agosto 1995, n. 332, in Leg. pen., 1995, 760; Sechi P., sub artt. 10-12, Commento articolo per articolo l. 26.3.2001, n. 128, in Leg. pen., 2002, 438; Ead., sub art. 4, Commento articolo per articolo l. 26 marzo 2001, n. 128, in Leg. pen., 2002, 398; Spagnolo P., Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale, Milano, 2008; Spangher G., Limiti al contraddittorio per la convalida del fermo e dell'arresto, in Giur. cost., 2001, 4018; Id., Osservazioni sub Cass., Sez. III, 11.3.1999, Ndrim, in Cass. pen., 2000, 436; Id., Le norme di diritto processuale penale, in Dir. pen. proc., 1998, 1231; Spangher G., In tema di informazioni ed avvisi al difensore della per-***

sona arrestata o fermata, in *Cass. pen.*, 1990, II, 282; Triggiani N., *Sui rapporti tra ordinanza di convalida dell'arresto (o del fermo) e ordinanza applicativa di misura cautelare ex art. 391 comma 5 c.p.p.*, in Perchinunno V. (a cura di), *Percorsi di procedura penale. Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*, II, Milano, 2000, 299; Id., *Interrogatorio «nel merito»: obbligo o facoltà per il giudice di porre direttamente domande all'indagato?*, in *Cass. pen.*, 1997, 441; Id., *Immediata liberazione dell'arrestato (o del fermato) e procedimento di convalida*, in *Cass. pen.*, 1995, 3370; Id., *Avviso di fissazione dell'udienza di convalida al difensore dell'arrestato (o del fermato) e sostituzione del difensore di fiducia «non reperito»*, in *Cass. pen.*, 1995, 3362; Id., *Osservazioni in tema di immediata liberazione dell'arrestato o del fermato disposta dal pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, 1337; Turco E., *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007; Valentini Reuter C., *Aspetti problematici del controllo sull'arresto in flagranza*, in *Giur. it.*, 1992, II, 674; Vanella F., *Arresto in flagranza e fermo*, in *Il Penalista*, 7.1.2016; Varraso G., *L'accesso agli atti prima della convalida dell'arresto o del fermo: tra illusione e realtà*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 1, 74; Id., *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387; Venturini S., *Un'innovativa pronuncia di merito in tema di diritto all'assistenza difensiva dell'arrestato*, in *Dir. pen. cont.*, 20.3.2012; Vergine F., *Arresto in flagranza e fermo di indiziato*, in **Spangher G.**, III, 377; Id., *Estinzione cautelare per omesso interrogatorio e fermo di indiziato: combinazione legittima?*, in *Giust. pen.*, 2005, III, 265; Viggiano F., *Art. 391*, in **Conso G., Illuminati G.**, 1646; Id., *Cautele personali e merito*, Padova, 2004; Voena G.P., *Atti*, in (a) **Conso G., Grevi V., Bargis M.**, 155; Zappalà E., Patané V., *Le misure cautelari*, in (b) **Siracusano D., Galati A., Tranchina G., Zappalà E.**, 315.