

ATTUALITÀ

ALESSANDRO PASTA

L'arresto differito come espressione delle, e come rimedio, alle recenti tendenze di politica legislativa criminale

L'arresto differito è stato previsto più di vent'anni fa per una ristrettissima cerchia di reati. Dopo un periodo in cui è rimasto relegato ai margini della giustizia penale, da qualche anno pare essere diventato un punto di riferimento per il legislatore. L'autore si interroga sulle ragioni di questa involuzione legislativa, che ha portato un istituto che dovrebbe consentire una eccezionale limitazione della libertà personale esclusivamente in vista del soddisfacimento di esigenze cautelari ad assolvere alle funzioni tipicamente attribuite alla pena.

Deferred arrest as an expression of, and a remedy for, recent trends in criminal legislative policy

Deferred arrest was introduced more than twenty years ago for a highly restricted category of offenses. Following a period during which it remained confined to the margins of the criminal justice system, it has increasingly emerged in recent years as a key benchmark for the legislature. The author examines the underlying reasons for this legislative regression, which has transformed an institution—originally designed to permit an exceptional restriction of personal liberty solely to meet precautionary requirements—into a tool that fulfills functions traditionally ascribed to criminal punishment.

SOMMARIO: 1. Un istituto in continua espansione - 2. Una puntualizzazione sulla denominazione. 3. Libertà personale e processo penale - 4. Il primo vincolo costituzionale: l'estrema fondatezza dell'ipotesi della colpevolezza - 5. Il secondo vincolo costituzionale: l'esigenza cautelare - 6. Una tipica esigenza cautelare da soddisfare con i provvedimenti provvisori. 7. La prima ipotesi di arresto differito nelle coordinate costituzionali - 8. Propagazione. 9. 93 equivoco. 10. Arresto differito ed esigenze cautelari. 11. L'inconciliabilità tra «casi di eccezionale necessità e urgenza» e criptoistruttorie. 12. L'ordine smarrito: processo penale, funzione della pena, funzione dell'arresto.

1. *Un istituto in continua espansione.* Dopo aver approvato un d.l. che estende l'«arresto differito» anche «al danneggiamento aggravato in occasione di manifestazioni pubbliche, alla fuga pericolosa di chi non si ferma all'alt delle forze di polizia e ai reati di lesioni, violenza o resistenza commessi ai danni di docenti, dirigenti scolastici e addetti alla rete ferroviaria nell'esercizio delle loro funzioni oltre che, come già avviene, ai danni delle forze dell'ordine o del personale sanitario», il Consiglio dei Ministri, con il comunicato stampa n. 159 del 5 febbraio 2026, ha dichiarato che «l'arresto in flagranza differita, che consente di procedere entro le 48 ore dal fatto sulla base di documentazione video-fotografica certa, viene esteso dal d.l. a nuove fattispecie *per garantire una risposta penale efficace* anche senza intervento immediato sul posto»¹.

¹ <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-159/31034>

L'«arresto differito» è stato introdotto ormai un quarto di secolo fa² per i reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto in flagranza³. Per tali reati, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, è considerato in stato di flagranza chi «sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta l'autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione, e comunque, entro quarantotto ore dal fatto».

Poco meno che quindici anni dopo è stato previsto che nel caso di reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è obbligatorio l'arresto ai sensi dell'art. 380 c.p.p., nonché nel caso dei delitti di cui agli artt. 583 *quater* e 635, terzo co. c.p., commessi in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza 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 fatto⁴.

Nel 2020, sulla base dell'assunto che, quanto a pericolosità dell'intervento della forza pubblica, i centri di permanenza per i rimpatri fossero contesti assimilabili agli stadi e ai luoghi di manifestazioni sportive, il legislatore ha ulteriormente esteso la disciplina dell'arresto differito, introducendo il co. 7 *bis* nell'art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286⁵. È stato così previsto che nei casi di delitti commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa del trattenimento in uno di questi centri, per i quali è obbligatorio o facol-

² Con il d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2003, n. 88, che ha modificato il co. 1 *ter*, inserito con L. 19 ottobre 2001, n. 377, che aveva modificato l'art. 8 L. 13 dicembre 1989, n. 401.

³ Così il vigente testo del co. 1 *bis* dell'art. L. 13 dicembre 1989, n. 401, a cui rimanda il co. 1 *ter*.

⁴ Art. 10, co. 6 *quater* 20 febbraio 2017 n. 14, conv. con mod. dalla L. 18 aprile 2017, n. 48, poi modif. dall'art. 15, co: 1, lettera b) del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv., con modif. dalla L. 8 agosto 2019, n. 77, dall'art. 13, co. 1, lett. c) del d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito, senza modificazioni, dalla L. 9 giugno 2025, n. 80 e dall'art. 4, co. 1, l. b), n. 6) del d.l. 24 febbraio 2026, n. 23.

⁵ Art. 6 del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173, successivamente modificato dall'art. 9 *bis*, co. 1 del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni dalla L. 5 maggio 2023, n. 50.

tativo l'arresto, «quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 c.p.p. colui il quale, anche sulla base di documentazione video o fotografica, risulta essere autore del fatto e l'arresto è consentito entro quarantotto ore dal fatto».

Nel 2023, con la c.d. legge Roccella o «Codice rosso rafforzato»⁶, l'arresto differito ha fatto ingresso nel codice. Subito dopo l'articolo che definisce le tre situazioni di flagranza è stato inserito l'art. 382 *bis* c.p.p., il quale, al primo comma, prevede che per i reati di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori debba considerarsi in stato di flagranza «colui il quale, sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, 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».

L'anno successivo è stato aggiunto nell'art. 382 *bis* c.p.p. il comma 1 *bis*⁷, che ha reso applicabile il primo comma dell'art. 382 *bis* c.p.p. anche nei casi di delitti non colposi per i quali è previsto l'arresto in flagranza, commessi in ambiente sanitario o in danno di personale sanitario⁸, «quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica o individuale ovvero per ragioni inerenti alla regolare erogazione del servizio».

Meno di un anno dopo è stato inserito anche il comma 1.1⁹, che prevede l'estensione delle disposizioni nel primo comma anche per una serie di delitti contro l'ambiente¹⁰.

⁶ L. 24 novembre 2023, n. 168.

⁷ Dall'art. 2, co. 1, lett. b) del d.l. 1° ottobre 2024, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 novembre 2024, n. 171.

⁸ Più precisamente, «all'interno o nelle pertinenze delle strutture sanitarie o socio-sanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, in danno di persone esercenti una professione sanitaria o socio-sanitaria nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, nell'esercizio o a causa di tali attività, ovvero commessi su cose ivi esistenti o comunque destinate al servizio sanitario o socio-sanitario».

⁹ Introdotto dall'art. 3, co. 1 del d.l. 8 agosto 2025, n. 116, convertito con modificazioni dalla L. 3 ottobre 2025, n. 147.

L'ormai annuale estensione si è conclusa, almeno per ora, al 24 maggio 2026, quando è stato pubblicato il testo del d.l. n. 23 (c.d. decreto sicurezza), convertito in L. 24 aprile 2026, n. 54. L'ultimo comma dell'art. 4 del decreto, modificando la disciplina del c.d. DASPO urbano, previsto dal d.l. 14/2017, conv. con modificazioni dalla L. 48/2017, ha esteso la possibilità di arresto in flagranza differita per i danneggiamenti in occasione di manifestazioni pubbliche. L'art. 8 dello stesso decreto prevede poi l'applicabilità dell'istituto nei confronti di chi, non ottemperando all'invito a fermarsi da parte della polizia stradale e dei soggetti ad essa equiparati, si dia alla fuga con modalità tali da mettere in pericolo l'altrui incolumità, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica o individuale.

L'evoluzione legislativa non pare lasciar spazio a molti dubbi. Dopo un periodo in cui l'istituto era rimasto relegato ai margini della giustizia penale, da qualche anno è diventato un riferimento a cui guardare per assolvere – così sembra – una delle principali funzioni dello Stato.

2. *Una puntualizzazione sulla denominazione.* Prima di procedere, pare utile svolgere alcune considerazioni sul nome dell'istituto in esame. Per designarlo, sono state infatti usate espressioni diverse, sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Talvolta si è parlato di «arresto ritardato»¹¹ o «arresto differito»¹²; in altri casi di «arresto in flagranza differita»¹³, o anche di arresto nei casi di «flagranza tecnologica»¹⁴.

Sono preferibili le prime due espressioni, che non richiedono alcuna contorsione linguistica, e anzi rappresentano fedelmente il fenomeno che si intende

¹⁰ Segnatamente, quelli indicati negli artt. 452 *bis*, 452 *ter*, 452 *quater*, 452 *sexies* e 452 *quaterdecies* c.p. e nei casi di cui agli articoli 255 *bis*, 255 *ter*, 256, co. 1, secondo periodo, 1-bis, 3 e 3 *bis*, 256 *bis* e 259 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

¹¹ Cass., Sez. VI, 1 luglio 2025, n. 26106; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2015, n. 2633.

¹² Di nuovo, Cass., sez. VI, 1 luglio 2025, n. 26106.

¹³ Cass., Sez. V, 26 novembre 2025, n. 41636; l'espressione è usata anche nella *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo Servizio Penale della Corte di cassazione*, 12 marzo 2024, n. 8/2024, 21.

¹⁴ ALESCI, *Processo algoritmico e contrasto alla violenza di genere. Punti di contatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 1339; LOPEZ, *Flagranza differita in progressiva espansione: segnali di "ordinaria emergenza"*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2025, n. 3; MARANDOLA, *Violenza di genere: la Cassazione inizia a definire i contorni dell'arresto differito*, in *Sist. Pen.*, 18 ottobre 2024; SPAGNOLO, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*, in *Leg. pen.*, 28.2.2024, 16; TOGNAZZI, *Flagranza differita: nuove ipotesi applicative e persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2025, n. 3, 191.

descrivere: un istituto che limita la libertà personale in un momento successivo a quello della commissione del fatto: l'arresto non è contestuale al momento della consumazione dell'illecito, ma è, appunto, differito. Il differimento riguarda l'arresto, non la flagranza. La flagranza – intesa come situazione di chi è colto nell'atto di commettere il reato – non è «differita». La flagranza proprio non c'è¹⁵ (ed è curioso che spesso gli stessi interpreti che hanno deciso di servirsi dell'espressione «flagranza differita» poi la contestino, osservando come essa sia «sostanzialmente un ossimoro»¹⁶).

Come spesso accade quando si scelgono delle espressioni per designare un concetto giuridico, non si tratta solo di preferenze. Si tratta di comprendere il fenomeno che si sta esaminando, che qui concerne essenzialmente la libertà personale, non una peculiare situazione probatoria. La quale, come si vedrà, certamente rileva; ma solo in seconda battuta, come condizione di legittimità dell'arresto. E, in ogni caso, per designare questa condizione nulla impone di servirsi del termine «flagranza», inconciliabile con l'idea del differimento. L'illogicità dell'espressione «flagranza differita» non si risolve dunque con la sostituzione del secondo termine con «tecnologica», ma con l'abbandono del primo. Per la nostra tradizione processuale penale, «arresto» e «flagranza» sono sempre stati usati congiuntamente. Ma come correttamente era stato rile-

¹⁵ «Flagranza differita», si aggiunge così a «consenso differito», «consenso successivo», «consenso postumo», «rieducazione degli imputati», «immediatezza differita», «contraddittorio implicito», «contraddittorio impossibile», «contraddittorio inquinato», pseudoconcetti che vengono utilizzati in virtù dell'astrattezza dei discorsi giuridici per sostenere le più varie tesi in ragione della loro inafferrabilità. Se si usassero entità esistenti nella realtà (animali, strumenti musicali, fiori, frutti) o concetti immateriali ben definiti (esagono, ventisette), discorsi analoghi a quelli svolti in relazione a quegli pseudoconcetti non sarebbero possibili: il linguaggio ordinario è privo delle capacità mimetiche del linguaggio giuridico. Il consenso è preventivo, o non è. La rieducazione ha come destinatario un colpevole, altrimenti non è. L'immediatezza è percezione diretta della formazione della prova, altrimenti non è. La prova è assunta in contraddittorio quando le parti hanno partecipato alla sua formazione, altrimenti non è. La flagranza è la situazione in cui un reato è percepito da una persona nel momento in cui avviene. Altrimenti non è. In questi casi si indica qualcosa che, per essere definito in un determinato modo, richiede la presenza di una precisa condizione; quest'ultima viene rimossa e si aggiunge un attributo al nome, sostenendo che tale concetto è rimasto strutturalmente inalterato. Verrebbe subito svelato l'inganno della persona che dicesse: «vertebrato» è «l'animale fornito di colonna vertebrale»; i molluschi ne sono privi; coniamo per i molluschi l'espressione «vertebrati senza colonna»: ma gli animali che non hanno la colonna non sono «vertebrati». E allora perché parlare di «contraddittorio implicito» quando a mancare è l'assunzione della prova in contraddittorio, di «immediatezza differita» quando il giudice non percepisce direttamente la prova nel momento in cui si forma, di «consenso postumo» quando l'attività a cui si «acconsente» è già stata compiuta, o di «flagranza differita», quando si osserva una videoregistrazione di un fatto accaduto tempo prima?

¹⁶ GALLUZZO, *La mutevole fisionomia dell'arresto in flagranza*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 539.

vato, l'espressione «casi eccezionali di necessità e urgenza» «non consente, almeno di per sé, di ritenere circoscritti ai casi di flagranza [...] i poteri di coercizione personale dell'«autorità di pubblica sicurezza»»¹⁷. Grazie all'evoluzione tecnologica, s'è potuto ideare un nuovo istituto ontologicamente caratterizzato da uno stacco temporale tra commissione del reato e limitazione della libertà ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza: propriamente, si potrà continuare a parlare di «arresto»; di «flagranza» invece no.

Così impostando la questione, si eviterà di dare esclusivo peso alla situazione probatoria che, ai sensi dell'art. 13, co. 3 Cost., legittima la privazione della libertà personale, ponendo in rilievo come i più gravi vizi della disciplina dell'arresto differito – così come dell'arresto *tout court* – stiano nella mancata previsione dell'esigenza cautelare da soddisfare col provvedimento limitativo della libertà personale.

Sarà dunque necessario muovere dai principi sulla libertà personale e dai vincoli che la Costituzione pone a chi intende limitarla nel processo penale¹⁸.

3. Libertà personale e processo penale. Il processo penale è imposto dalla necessità di tutelare le libertà e i diritti delle persone, e così sarà almeno «finché non sarà provata come fallace la verità di sempre che, accanto ad una minoranza di soggetti, che non delinquerebbe anche senza la pena, e di una minoranza di soggetti, che delinque nonostante la pena, esiste una maggioranza di soggetti che non delinque in quanto esiste la pena»¹⁹. Se, nel tempo, alla pena sono state assegnate diverse funzioni, quella di dissuadere i cittadini dal violare la leggi penali accomuna pressoché tutte le epoche: era così per Aristotele²⁰ e Locke²¹, per Beccaria²² e Humboldt²³.

¹⁷ MOSCARINI, *Il fermo di indiziati di reato*, Milano, 1981, 34.

¹⁸ Verranno riprese alcune considerazioni svolte in modo più articolato in Pasta, *Necessità e tradizione. L'arresto in flagranza*, Padova, 2019, 3 ss.

¹⁹ MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale (segni anch'essi di una civiltà decadente?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1230.

²⁰ V. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, X (K), 9, 1179b, in *Id. Opere*, vol. II, Milano, 2008, 275: «i molti non sono per natura portati a obbedire per rispetto, bensì per paura, né ad astenersi dalle cose cattive per la loro turpitudine, bensì per le punizioni».

²¹ Secondo LOCKE, *Lettera sulla tolleranza* [1685], a cura di Viano, Bari, 1994, 9 «se qualcuno volesse violare queste leggi, contravvenendo a ciò che è giusto e lecito, la sua audacia dovrebbe essere frenata dal timore della pena».

²² Per BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, [1766], cap. XII, Milano, 2006, 29 «il fine della pena non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...] Il fine dunque

Affinché ciò possa avvenire, però, non basta prevedere precetti e sanzioni, ma serve anche la diffusa convinzione che le leggi vengano applicate, che la pena non sia solo comminata, ma anche inflitta: «circa le condizioni perché la pena possa produrre un effetto di prevenzione generale, già Cesare Beccaria sottolineava la preminente importanza del fattore certezza rispetto al fattore severità: affermava Beccaria che la speranza di impunità è in grado di vanificare l'impressione prodotta dal più terribile dei castighi»²⁴.

La punizione dei colpevoli si è tradizionalmente effettuata mediante la limitazione della libertà personale. Non è casuale che alla base della concezione del sistema processuale dell'Assemblea costituente vi fosse l'idea che la pena si traducesse in una limitazione della libertà personale²⁵.

Se questo stato di cose può essere considerato quello ordinario – la limitazione della libertà avviene al termine del processo – possono verificarsi delle situazioni che nell'ordinario non ricadono.

Talora si presentano esigenze che per essere fronteggiate non possono attendere l'irrevocabilità di una sentenza, situazioni che richiedono un intervento immediato: se un uomo stesse accoltellando in strada chiunque incontrasse, non sarebbe ragionevole attendere l'accertamento definitivo per limitarne la libertà. L'aggressore, nell'instaurando procedimento, sarebbe certamente «presunto non colpevole». Ma non per questo sarebbe innocuo: la persona, l'indagato, l'imputato, il condannato «è pericoloso» se, banalmente, può nuocere a qualcuno. Si tratta di una mera ricognizione del mondo. L'«imputato pericoloso» non è un ossimoro, come pur è stato detto²⁶, ma un'espressione con la quale si descrive la realtà che il processo penale è chiamato a regolare.

non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali».

²³ V. HUMBOLDT, *Idee per un «saggio sui limiti della attività dello Stato»* [1792], in *Antologia degli scritti politici*, a cura di Serra, Bologna, 1961, 132: «le pene debbono essere mali, i quali abbiano il potere di trattenere i delinquenti con l'incutere loro un timore».

²⁴ DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1376-1377.

²⁵ V. ad es. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali* [1957], in Id., *Scritti giuridici*. Vol. III. *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 200-201. Così anche ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione* [1962], in Id., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005, 439.

²⁶ MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2012, 1.

I problemi che si possono avere nel mondo reale non possono essere dissolti invocando una *prescrizione*²⁷. Quando si afferma che la «categoria [dell'imputato pericoloso], pur riscuotendo una crescente fortuna presso il legislatore e l'opinione pubblica, si presenta palesemente incostituzionale»²⁸, si fraintende il discorso degli osservatori: il termine «imputato», che chi parla di «imputato pericoloso» riferisce a una persona esistente, nell'attività di descrizione della realtà, viene inteso come un concetto giuridico. Ma mentre un'entità astratta, un'idea, un istituto previsto dal codice Vassalli, non può commettere un reato, impugnare un coltello, brandire un'ascia, malmenare la compagna, certe persone che s'incontrano per strada riescono perfettamente in queste attività. Questi soggetti, ovviamente, considera il legislatore quando, per esempio, dispone che anche l'indagato in custodia cautelare deve intervenire libero al proprio interrogatorio, facendo «salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze» (art. 64, co. 1 c.p.p.).

La libertà personale è (deve essere) inviolabile ma, in determinate circostanze, deve poter essere violata – sono i casi appunto di «libertà pericolosa»²⁹. Della loro esistenza era perfettamente consapevole l'Assemblea costituente, la quale, facendosi carico delle più elementari esigenze della società, ha previsto la possibilità di comprimere l'inviolabile diritto con «atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge» (art. 13, co. 2 Cost.), oppure «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge» con «provvedimenti provvisori» dell'«autorità di pubblica sicurezza» che «devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria» (art. 13, co. 3 Cost.).

La Costituzione ha *dato per scontato* che fosse possibile limitare la libertà personale dopo il termine del processo penale, ma ha *espressamente previsto* la possibilità di una limitazione antecedente alla condanna definitiva. Singolarmente, mentre ha espressamente indicato la finalità a cui deve tendere la limitazione della libertà dopo la conclusione del processo (le pene devono tendere alla rieducazione: art. 27, co. 3 Cost.), non ha specificato le finalità

²⁷ Sul tema PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 148 ss.

²⁸ Quando si afferma che «l'imputato pericoloso è un ossimoro, una *contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo, a partire dalla presunzione d'innocenza» (Mazza, *Le persone pericolose*, cit., 1), si viola la legge di Hume inversa. Si usa una prescrizione per descrivere.

²⁹ L'espressione è tratta da CORDERO, sub art. 274, in Id, *Codice di procedura penale*, Torino, 1990, 313.

che il legislatore può perseguire quando limita la libertà personale prima della conclusione del processo. È così sorta la questione del «vuoto dei fini»³⁰.

Nel solco della tradizione liberale³¹, fino agli anni Sessanta-Settanta, la dottrina processuale ammetteva pacificamente la possibilità di limitare la libertà di una persona per evitare che questa reiterasse il reato per il quale si procedeva, o commettesse nuovi illeciti penali³². Da quattro, cinque decenni, larga parte dei processual penalisti escludono questa possibilità, sostenendo che è inconciliabile con il principio di presunzione di non colpevolezza una disciplina che limiti la libertà personale per finalità di «prevenzione immediata della commissione di delitti da parte del prevenuto»³³: una disposizione che fa riferimento al pericolo della «probabile commissione di “altri” od “ulteriori” reati» presuppone «una presunzione di colpevolezza a carico dell'imputato»³⁴. Il secondo comma dell'art. 27 Cost., dunque, vieterebbe di limitare la libertà personale dell'imputato per il pericolo di reiterazione del reato, non essendo ammessi «anticipati giudizi di colpevolezza nei confronti dell'imputato»³⁵.

Questa interpretazione si è consolidata nella dottrina a tal punto da indurre uno dei suoi più noti sostenitori ad affermare che in virtù di essa «appare oggi quasi completamente sopito il dibattito teorico [...] sulle finalità che giustifica-

³⁰ ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 951.

³¹ Secondo uno dei suoi più noti esponenti «la sola giustificazione possibile» dell'«ingiustizia necessaria» che è la «custodia preventiva», è «raggiungere la verità, togliendo all'imputato i mezzi di subornare o intimidire i testimoni, o distruggere la vestigia e le prove del suo reato», oppure *garantire «la sicurezza, affinché lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti»*, «raggiungere la pena, affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga» (CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in Id., *Opuscoli*, IV, Lucca, 1974, 300, il quale, riteneva ammissibile la custodia preventiva anche «per formare il processo scritto, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno della istruzione»). V. anche il cap. XIX di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, 50: «La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti».

³² V. tra gli altri, CONSO, *Procedura penale*, Milano, 1964, 86 e VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. dir. Proc.*, 1954, 24.

³³ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 46. Così già AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 376.

³⁴ Le due citazioni sono tratte da GREVI, *Libertà personale*, cit., 47.

³⁵ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 125. V. anche GREVI, *Libertà personale*, cit., 55 s., secondo il quale non sono ammissibili «anticipati giudizi sul merito dell'accusa».

no la custodia dell'imputato in corso di processo»³⁶. Questa lettura non convince, per più ragioni.

In primo luogo, perché alla sua base sta un errore logico. Non è vero che un imputato Tizio, accusato di reato, è innocente *perché deve* essere considerato innocente, proprio come non è vero che un giudice Caio, chiamato a esercitare la giurisdizione in uno specifico processo, è imparziale *perché deve* essere imparziale (art. 111, co. 2 Cost) – magari ha appena intascato del denaro per emettere una sentenza sfavorevole a una parte. Secondo la c.d. legge di Hume inversa «non si possono validamente inferire [...] conclusioni conoscitive (proposizioni) da premesse puramente normative (norme)»³⁷. Posta «a tutela della conoscenza empirica»³⁸, essa stabilisce che è logicamente impossibile trarre da una prescrizione una descrizione, e che incorre in un errore logico colui il quale pretende di descrivere la realtà empirica ricorrendo a una norma.

In secondo luogo, perché l'adozione di questa tesi condurrebbe a conseguenze inaccettabili, minando alle fondamenta il processo penale, che diverrebbe incapace di farsi carico di alcune funzioni essenziali per la civile convivenza, tra le quali c'è anche quella di limitare prima della sentenza di condanna definitiva la libertà della persona che, priva della volontà di fuggire o distruggere documenti, quotidianamente malmena la propria compagna.

La tesi contestata non solo non è accettabile per l'illogicità che la caratterizza e per la vanificazione di alcune funzioni essenziali del processo penale che comporta, ma anche per il vizio d'impostazione che le sta alla base.

Con l'obiettivo di colmare il «vuoto dei fini», essa va in realtà alla ricerca delle ragioni che *non* consentono di limitare la libertà personale: l'attenzione viene posta sulla prescrizione secondo cui l'imputato deve essere considerato non colpevole fino a condanna definitiva. Ma se si vuole affrontare la questione del «vuoto dei fini», non ci si deve chiedere in quali casi la limitazione della libertà *non* è ammessa, ma in quali lo è. Si deve ricercare il fine che giustifica la limitazione, non quello che la impedisce, come se esistesse una generale

³⁶ ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2007, 399.

³⁷ GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2006, 193. Secondo la c.d. legge di Hume (la cui violazione è la c.d. fallacia naturalistica), invece, «non si possono validamente inferire conclusioni normative (cioè norme) da premesse esclusivamente conoscitive (cioè proposizioni)».

³⁸ SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 111.

presunzione di ammissibilità delle limitazioni della libertà, salvo dimostrazione del contrario.

Dalla prescrizione secondo la quale «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» non si trae alcuna indicazione sugli scopi che il legislatore *può* perseguire quando prevede una limitazione della libertà ad opera dell'«autorità giudiziaria» o anche dell'«autorità di pubblica sicurezza» (sebbene talvolta lo si dimentichi, il problema del «vuoto dei fini» non riguarda solo il secondo comma dell'art. 13 Cost., ma anche il terzo).

Nonostante questo errore d'impostazione, i sostenitori della tesi contestata giungono a una risposta parzialmente corretta. Non perché sia esatto il percorso seguito, ma perché a volte, quando si devia dalla deviazione, si torna sulla retta via. È vero che «dalla lettura combinata dell'art. 13 e dell'art. 27, co. 2 Cost. si desume innanzitutto l'idea di uno specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva alla logica del processo, quindi alle necessità e agli scopi del medesimo»³⁹. Ma l'affermazione è corretta perché del tutto legata alla tesi proposta: il «coordinamento funzionale della carcerazione preventiva [...] alle necessità e agli scopi del medesimo» non è connessa alla prescrizione di considerare l'imputato non colpevole fino alla condanna definitiva, ma alla necessità di tener conto dello scopo («della logica») del processo. Affinché possa svolgere questa sua essenziale funzione il processo non può essere considerato come una «serie ordinata di atti» purchessia. È necessario che abbia una specifica struttura, una ben precisa configurazione: deve essere generalmente in grado o, più prudentemente, non deve essere troppo spesso incapace di accertare le responsabilità e punire gli autori dei reati. È il «valore della "efficienza del processo"»⁴⁰, da intendersi come «necessaria attitudine del sistema processuale a conseguire, attraverso meccanismi normativi idonei allo scopo, l'accertamento dei fatti e delle responsabilità»⁴¹ – niente altro che «un aspetto del principio di indefettibilità della giurisdizione»⁴² – un ri-

³⁹ GREVI, *Libertà personale*, cit., 40-41.

⁴⁰ GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, marzo 1998, 137 (il quale segnala appunto che manca una «previsione specifica e puntuale» che lo preveda).

⁴¹ La definizione del bene dell'efficienza del processo, impeccabile, è del Tribunale di Genova, rimettente in Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, in *Giur. cost.*, 2008, 3411.

⁴² GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del convegno Foggia Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 21.

ferimento per interpretare l'art. 13 Cost. Si tratta di un principio non menzionato dalla Costituzione, ma da essa implicitamente previsto (appartiene dunque alla categoria dei c.d. principi inespressi⁴³) che è presupposto da alcune disposizioni costituzionali sul processo penale. Quello, e null'altro, è la ragion d'essere «di istituti che autorizzano (a date condizioni e modalità) mezzi d'indagine che incidono in sfere altrimenti inviolabili (perquisizioni, intercettazioni telefoniche o ambientali); e sono proprio esigenze di questo tipo che fondano, nel sistema costituzionale (artt. 13, 14, 15), le possibilità di intervento in sfere altrimenti inviolabili, sulla base della duplice riserva di legge e di giurisdizione. Analoghe considerazioni valgono per la previsione di misure cautelari, personali e reali»⁴⁴. Se non si riconoscesse rango costituzionale a questo bene, del resto, sarebbe difficile giustificare la previsione di tutte quelle norme poste a tutela del bene dell'«amministrazione della giustizia».

La Corte costituzionale non ha mai avuto difficoltà a riconoscere l'esistenza di questo bene⁴⁵, così come la giurisprudenza europea, la quale in più occasioni ha ritenuto necessario che «lo Stato adempia come si deve all'obbligo di tutelare i diritti delle persone che rientrano nella sua giurisdizione»⁴⁶, non omettendo di prevedere né disposizioni che assicurano efficacia alle indagini, né disposizioni che garantiscono l'efficienza del processo⁴⁷.

Senza avvedersene, gli autori che giungono a ritenere legittime le disposizioni che prevedono le misure cautelari finalizzate a prevenire il pericolo di inquinamento probatorio e quello di fuga, escludendo quello di reiterazione del reato, non si servono dell'art. 27, co. 2 Cost., ma del principio da essa presupposto, ossia quello dell'efficienza del processo (la «logica del processo, quindi [...] le necessità e [...] gli scopi del medesimo»⁴⁸). Il secondo comma

⁴³ I c.d. principi inespressi sono «quelli “privi di disposizione”, ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa [...] ma elaborati o “costruiti” dagli interpreti» (Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 208).

⁴⁴ PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 962.

⁴⁵ Che il «bene della realizzazione della giustizia» il quale, «fra l'altro, vale a garantire ed assicurare l'esercizio di tutte le libertà», è «garantito, in via primaria, dalla Costituzione», è affermato da Corte cost., 10 marzo 1966, n. 18, in *Giur. cost.*, 1966, 173.

⁴⁶ Corte EDU, IV sez., sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia § 207.

⁴⁷ Tra le tante, v. Corte EDU, sez. V, 15 January 2015, N.D. c. Slovenia § 57. Sulla necessità di garantire indagini efficaci e di processi efficienti, v. anche Corte EDU, sez. IV, 13 giugno 2017, Kosteckas c. Lituania; Corte EDU, sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia; Corte EDU, sez. I, 25 giugno 2009, Begano-
vić c. Croazia, alle quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

⁴⁸ È il già citato passo di GREVI, *Libertà personale*, cit., 40-41.

dell'art. 27 Cost. consente invece di stabilire quali finalità il legislatore *non* può perseguire: la norma costituzionale «necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza»⁴⁹.

Sebbene non sia sempre agevole stabilire quali beni possano essere considerati «di rilievo costituzionale», entrando così nel giudizio di bilanciamento con la libertà personale, in alcuni casi residuano pochi dubbi. La sicurezza e l'ordine pubblico, per esempio, sono stati richiamati per ammettere restrizioni della libertà personale nell'ambito della disciplina dell'immigrazione dalla Corte costituzionale⁵⁰.

Un bene strettamente legato alla sicurezza e all'ordine pubblico è l'interesse «connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, [...] un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»⁵¹. Si tratta dell'interesse che forse più di ogni altro legittima l'esistenza dello Stato, e che, come visto, giustifica la stessa previsione del processo penale.

In determinate circostanze, tuttavia, la tutela dei diritti esige tempi incompatibili con lo svolgimento di un processo. In questi casi il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà sessuale, all'ambiente, alla libertà morale, non consentono di attendere l'irrevocabilità di una sentenza e, con essa, il sovvertimento della presunzione di non colpevolezza: per quante prescrizioni possano essere inserite nella Costituzione sulla «ragionevole durata», il processo penale durerà mesi, anni, tempi incompatibili con le esigenze che possono presentarsi.

Sebbene nell'art. 13 Cost. si menzioni l'«urgenza» solo nel terzo comma («casi eccezionali di necessità e urgenza»), non sembra azzardato sostenere che la «necessità e urgenza», non eccezionale, sia il presupposto implicito del secondo comma, il quale permette una limitazione della libertà personale con atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Quando la lesione dei diritti non è solo prevedibile, ma è in corso, l'urgenza è tale da non consentire nemmeno l'intervento dell'autorità giudiziaria. È stata così prevista la possibilità di ricorrere all'organo statale che si presume essere

⁴⁹ Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, cit.

⁵⁰ V. Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2700, con nota di ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*.

⁵¹ Così una delle più note e celebrate pronunce, Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 338.

più vicino al luogo dell'offesa, l'«autorità di pubblica sicurezza» (art. 13, co. 3 Cost.): quando si è innanzi a una situazione di «necessità e urgenza» qualificabile come «eccezionale»⁵², non solo non si è in condizione di attendere l'irrevocabilità di una sentenza, ma nemmeno l'autorità che offre più garanzie, quella giudiziaria (così fosse, la situazione di «necessità e urgenza» non sarebbe «eccezionale»). Se c'è l'eccezionalità, non ci può essere l'autorità giudiziaria – dunque l'usuale considerazione secondo cui nei casi eccezionali di necessità e urgenza l'autorità di pubblica sicurezza eserciterebbe in via eccezionale poteri che spetterebbero all'autorità giudiziaria lascia perplessi, rischiando tra l'altro di legittimare tesi di dubbia consistenza⁵³.

In sintesi, ogni limitazione della libertà personale non è ammessa, se non in virtù di una sentenza irrevocabile (art. 27, co. 2 Cost.). A questo generale regime, si può derogare nei casi di urgenza. Se questa non è eccezionale, interverrà l'autorità giudiziaria con «atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge» (art. 13, co. 2 Cost.); nei «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge», la limitazione potrà avvenire ad opera dell'«autorità di pubblica sicurezza» con «provvedimenti provvisori che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria».

4. Il primo vincolo costituzionale: l'estrema fondatezza dell'ipotesi della colpevolezza. Mentre la presunzione di non colpevolezza non viene in rilievo per risolvere la questione del vuoto dei fini, fornisce un'utile prescrizione per stabilire una condizione che legittima la limitazione della libertà nel processo penale prima dell'irrevocabilità della sentenza.

La circostanza che di presunzione di colpevolezza si possa parlare esclusivamente al termine del processo, quando l'accusato ha potuto esercitare tutti i diritti a lui riconosciuti, non dovrebbe indurre a pensare che il criterio di giudizio della ragionevole certezza non debba essere previsto per altri momenti processuali. Anzi, nel momento in cui viene previsto – per ragioni d'urgenza – un trattamento dell'accusato analogo a quello riservato al condannato, è ragionevole prevedere un rigore probatorio simile a quello stabilito per la condanna (ovviamente allo stato degli atti: si verte in una situazione d'urgenza). Dunque quando si inquadra la disciplina della libertà personale nell'ottica del

⁵² In questo senso v. CERRI, voce *Libertà. III) Libertà personale* – *Dir. cost.*, vol. XIX, Roma, 1990, 11.

⁵³ Quale è quella che configura l'arresto come anticipazione di una misura cautelare. V. par. 5.

secondo comma dell'art. 27 Cost., oltre a considerare la presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento, come norma costituzionale che impone «il criterio del “minore sacrificio necessario”»⁵⁴, la si deve valorizzare anche come regola di giudizio. Fino a quando le misure cautelari comporteranno una limitazione della libertà personale, è necessario imporre all'organo che le dispone di attenersi a uno standard probatorio elevatissimo sia in riferimento al giudizio sulla colpevolezza, sia a quello sull'esigenza cautelare⁵⁵.

Il legislatore del 1988 ha soddisfatto questo requisito quando ha previsto la disciplina delle misure cautelari, dell'arresto e del fermo, servendosi rispettivamente delle espressioni «gravi indizi di colpevolezza» (art. 273 c.p.p.), «stato di flagranza» di reato (art. 382 c.p.p.), «persona gravemente indiziata di un delitto» (art. 384 c.p.p.).

5. Il secondo vincolo costituzionale: l'esigenza cautelare. La questione delle esigenze cautelari che legittimano l'adozione di una misura cautelare è stata oggetto di decennali discussioni. Meno trattata è quella delle ragioni che giustificano l'adozione da parte dell'«autorità di pubblica sicurezza» dei «provvedimenti provvisori».

Eppure, la questione del «vuoto dei fini», che caratterizza il secondo comma dell'art. 13 Cost., si pone anche per il terzo comma. Anche in questo caso il legislatore non è affrancato dal vincolo che vale per il secondo comma: può perseguire esclusivamente determinate finalità.

Una situazione che indubbiamente può essere qualificata come «caso eccezionale di necessità e urgenza» è quella che si verifica quando una persona è

⁵⁴ L'espressione è usata, tra le tante, da Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Cass. pen.*, 2011, 146.

⁵⁵ Verrebbe da dire: «oltre ogni ragionevole dubbio», se non fosse che è opportuno riservare questa espressione allo standard previsto per la pronuncia di una sentenza di condanna, l'unico provvedimento idoneo a sovvertire la presunzione di non colpevolezza. In entrambi i casi il giudice deve essere pressoché certo della colpevolezza e, in un caso, anche della sussistenza di un'esigenza cautelare; i due giudizi, accomunati dall'elevatissimo standard probatorio richiesto per la decisione, si distinguono per il materiale sul quale si fondano. In ambito cautelare, si tratta di elementi acquisiti e formati per verificare l'accusa, presentati pressoché esclusivamente dal pubblico ministero; nel giudizio principale, elementi acquisiti su istanza di entrambe le parti e formati con la loro partecipazione (lo rileva, tra gli altri, DINACCI, voce *Regole di giudizio* (*Dir. proc. pen.*), in *Dig. disc. pen.*, X Agg., 2013, 655). Ed è evidente che un giudizio di ragionevole certezza sulla colpevolezza formulato dopo che l'accusato ha potuto esercitare i propri diritti per convincere il giudice dell'erroneità della descrizione contenuta nell'accusa è caratterizzato da un grado di persuasività maggiore rispetto a quella di un giudizio che, pur informato al massimo rigore, si basa su elementi presentati dal solo inquirente e in relazione ai quali non è stato esercitato nemmeno il diritto al contraddittorio.

sorpresa mentre commette un reato e sta realizzando una condotta che, se portata a termine, renderebbe più difficile l'accertamento dell'illecito o la punizione del colpevole, oppure quella che si ha quando una persona commette un reato e ne sta per commettere un altro. In questi casi l'intervento dell'autorità giudiziaria non è possibile; in questi casi un'effettiva esigenza, meritevole di essere presa in considerazione alla stregua dei valori costituzionali esiste.

Se alla commissione del reato non si accompagna un comportamento ulteriore, che pone in pericolo un interesse di rilievo costituzionale, la privazione della libertà non è necessaria né – quindi – legittima. Se il colpevole fosse già stato identificato, o non avesse alcuna intenzione di rendere l'accertamento difficoltoso, o non fosse intenzionato a commettere un ulteriore reato, non si verterebbe in un «caso eccezionale di necessità e urgenza»⁵⁶. La necessità e urgenza eccezionali (così come la necessità e urgenza), non sono da correlare alla fondatezza dell'ipotesi della colpevolezza, ma a un'esigenza che per essere soddisfatta richiede un intervento immediato.

Le affermazioni: «un caso tipico di necessità ed urgenza è dato dallo stato di flagranza»⁵⁷, o «la flagranza è causa legittimante la qualificazione, in termini di necessità e urgenza, dell'intervento della polizia giudiziaria e della conseguente adozione del provvedimento provvisorio di arresto»⁵⁸ nella loro assolutezza, non sono condivisibili. Lo stato di flagranza è indicativo della solidità del quadro probatorio, non dell'urgente necessità di limitare la libertà (né lo stato di flagranza è necessariamente uno dei presupposti dei «casi eccezionali di necessità e urgenza»⁵⁹). Proprio come non c'è alcuna necessità di limitare la libertà della persona oggetto di una accusa molto fondata che non intende fuggire⁶⁰, inquinare le prove o commettere un nuovo reato, così è per chi viene colto nell'atto di commettere il reato.

⁵⁶ Si pensi all'autore di un furto pluriaggravato in un supermercato. Interpellato dal carabiniere chiamato dai vigilanti, non fugge e anzi riconosce la propria responsabilità, consegnando i propri documenti. La fondatezza dell'ipotesi di furto è evidente, ma non vi è alcuna ragione per limitare la libertà della persona.

⁵⁷ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 298.

⁵⁸ D'AMBROSIO, sub art. 382, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coor. da Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, 387-388.

⁵⁹ V. nota 17.

⁶⁰ Come si vedrà a breve, in questo caso la fuga è un espediente finalizzato più che a evitare di spiare la pena (v. art. 274 c.p.p.), a impedire l'identificazione.

Tutte le considerazioni che da decenni la Corte costituzionale svolge in riferimento alla disciplina delle misure cautelari personali valgono anche per la disciplina del fermo e dell'arresto: «la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto»⁶¹. Nessun automatismo è ammesso in tema di libertà personale, e ogni presunzione al riguardo è costituzionalmente illegittima. Non è accettabile la presunzione che una persona colta in flagranza fugga per non farsi identificare o inquinare le prove, anche quando, invitata a fermarsi dall'agente di polizia intervenuto, consegna immediatamente il proprio documento d'identità. Non è ragionevole «assumere che la gravità del reato possa, di per sé sola, far rientrare le ipotesi di sorpresa in flagranza tra i casi di “necessità e urgenza” di cui all'art. 13 comma 3 Cost.»⁶².

6. Una tipica esigenza cautelare da soddisfare con i provvedimenti provvisori. L'archetipico «provvedimento provvisorio» è l'arresto⁶³. Come evidenziato da tempo⁶⁴, una delle principali esigenze che questo può soddisfare è l'identificazione del colpevole⁶⁵. Si potrebbe dire che con l'arresto si mira a evitare il «pericolo di fuga», ma se si adottasse questa formulazione si dovrebbe essere consapevoli di usare l'espressione con un significato peculiare, diverso rispetto a quello alla base della disciplina delle misure cautelari: non per assicurare «la disponibilità del giudicabile», per «assolvere nel processo la [...] funzione di cautela finale»⁶⁶, ma per identificare l'autore di un reato (nella disciplina del fermo sono presi in considerazione entrambi gli scopi⁶⁷).

⁶¹ Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, 4554.

⁶² Così FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, 156, il quale riprende le considerazioni formulate in relazione al previgente codice da GREVI, *Libertà personale*, cit., 88. Così anche DINACCI, *Spunti in tema di rapporto tra audizione dell'arrestato e interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 110, nota 2.

⁶³ Per un inquadramento, v. TRABACE, *Le misure precautelari*, in *Diritto processuale penale*, vol. II, *Dalle indagini preliminari alle impugnazioni*, diretto da Mancuso, Varraso, Milano, 2026, 177 ss.

⁶⁴ Lo rilevava ad esempio FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, Milano, 1961, 62.

⁶⁵ L'identificazione è una delle tradizionali esigenze che possono legittimare l'arresto. D'altra parte, all'identificazione non si giunge solo tramite questa misura (art. 349 c.p.p.). I due istituti non si implicano a vicenda.

⁶⁶ GREVI, *Libertà personale*, cit., 51.

⁶⁷ L'ambiguità della formulazione («specifici elementi che [...] fanno ritenere fondato il pericolo di fuga») è stata chiarita dall'art. 11, della L. 26 marzo 2001, n.128, che ha precisato che la misura può essere adottata «anche in relazione alla impossibilità di identificare l'indiziato».

Ricorrendo a categorie molto generali, è possibile dire che tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, viene soddisfatto il «bene dell'efficienza del processo». Ma non sempre è utile ricorrere a queste categorie, e se si scende di qualche gradino la scala dell'astrazione, è facile vedere che la finalità è diversa.

Preso atto delle differenti esigenze alla base delle due misure, delle diverse finalità che le possono giustificare, è facile avvedersi che, spesso, una volta soddisfatta l'una (il soggetto viene identificato), non si presenta l'altra, né le altre menzionate nell'art. 274 c.p.p.

Il secondo e il terzo comma dell'art. 13 Cost. hanno molti punti in comune, ma non per questo i «casi eccezionali di necessità ed urgenza» divengono necessariamente «casi di necessità e urgenza»: l'adozione dei provvedimenti provvisori potrebbe soddisfare integralmente le esigenze che si hanno nell'immediatezza del fatto⁶⁸.

Flagranza, arresto, e immediata liberazione, non è una sequenza illogica. Un legislatore accorto, sensibile al tema della libertà personale, la dovrebbe mettere in conto. Ed in effetti è stata prevista. L'art. 121 disp. att. c.p.p. prevede l'immediata liberazione dell'arrestato quando il pubblico ministero ritiene di non dover chiedere l'applicazione di misure coercitive: avendo l'arresto soddisfatto tutte le esigenze cautelari ipotizzabili, non ha senso protrarre la limitazione della libertà; se si considera una delle tipiche funzioni dell'arresto (impedire la fuga del reo per procedere all'identificazione), non si tratta di ipotesi di scuola. Anzi.

Per questa ragione non convince la tesi, pur ampiamente condivisa, secondo la quale l'arresto sarebbe una misura che può essere «adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile»⁶⁹; che «il codice di procedura penale prevede delle misure restrittive della libertà personale che costituiscono sostanzialmente *una anticipazione delle misure cautelari* disposte dal giudice e che, per questa ragione, possono definirsi *misure precautelari*»⁷⁰; che «l'arresto (ed il fermo) costitui-

⁶⁸ Modificando l'esempio già proposto nella nota 56, si pensi al caso dell'autore di un furto, sorpreso in flagranza, che tenta di fuggire: di regola l'identificazione esaurisce le esigenze cautelari; lo stesso vale nel caso dello spacciatore che tenta di distruggere la sostanza stupefacente: la privazione della libertà è necessaria a fini probatori nell'immediatezza, e non oltre.

⁶⁹ Corte cost., 24 luglio 1996, n. 305, in *Cass. pen.* 1997, 11.

⁷⁰ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 298 (il corsivo è aggiunto). Pressoché identiche le considerazioni sono formulate da Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 524: «Queste misure so-

scono [...] «mezzi di coazione del tutto provvisori e *preordinati* alla attuazione della custodia cautelare». La limitazione temporanea della libertà personale si giustifica, quindi, solo nell'ottica di una ragionevole prognosi in materia cautelare»⁷¹.

Ventidue anni fa questa tesi era stata accolta da una nota pronuncia della Corte costituzionale⁷² la quale – secondo alcuni interpreti – avrebbe «compi[uto] un decisivo salto di qualità nell'individuazione delle finalità legittime dell'arresto»⁷³, «eleva[ndo] la finalizzazione cautelare del provvedimento provvisori a parametro di legittimità costituzionale delle previsioni in materia di arresto»⁷⁴. Sarebbe dunque oggi «noto, [che] l'arresto in flagranza è volto ad assicurare la disponibilità fisica della persona in vista dell'adozione di una misura coercitiva da parte del giudice»⁷⁵. Le cose non stanno in questi termini, e l'autorevolezza dell'avallo non rende la tesi più convincente.

L'arresto, al pari di tutti i «provvedimenti provvisori» di cui tratta la Costituzione, è una misura «strumentale». Ma non alle misure cautelari personali; è strumentale al soddisfacimento di un'esigenza meritevole di considerazione alla stregua dei valori costituzionali⁷⁶. Che può essere la necessità di individua-

no dette sinteticamente «precautelari» per indicare che consistono in un anticipo della tutela predisposta mediante le misure cautelari».

⁷¹ ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giust. cost.*, 2004, 4705 (la quale cita DE LUCA, voce *Arresto. Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, vol. III, 39).

⁷² Corte cost., 15 luglio 2004, n. 223, in *Giur. cost.*, 2004, 4.

⁷³ CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 418.

⁷⁴ LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Padova, 2011, 171. In senso analogo ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio*, cit., 4704: «si capisce come la Consulta abbia avuto giuoco facile nell'affermare l'incostituzionalità di un arresto a cui mai potrà seguire l'applicazione di una misura coercitiva». Così anche VIAGGIANO, sub *art. 380*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2015, 1619, secondo il quale «il rapporto di strumentalità rispetto alle misure cautelari [...] assurge a canone di legittimità costituzionale del potere d'arresto» e TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 524: «la misura precautelare è ammessa dalla Carta fondamentale (art. 13 comma 3) in quanto abbia una natura servente rispetto alla finalità processuale di adottare una misura cautelare. Ove da parte del legislatore non sia prevista la possibilità di trasformare la misura precautelare in una misura coercitiva, viene meno la giustificazione costituzionale della restrizione della libertà disposta dalla polizia giudiziaria».

⁷⁵ SIGNORATO, *Arresto in flagranza differita: limiti sistematici e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 82.

⁷⁶ Non solo. Se si tiene in debito conto la capacità di suggestione delle parole, è la stessa espressione «misure precautelari», contrapposta a «misure cautelari», a essere infelice. Innanzitutto per via dell'ambiguità dell'espressione: è vero che le prime sono state previste per essere eseguite quando non è possibile aspettare l'applicazione delle altre (servono per soddisfare esigenze imposte dai «casi di ec-

re l'autore del reato, ma anche quella di impedire che venga distrutto il corpo del reato, o un documento che ha un valore probatorio. A un diverso bene si ricollega la «domanda di giustizia della vittima per la quale sarebbe intollerabile che l'autore del reato, dopo l'identificazione del caso, potesse impunemente riprendere e completare l'illecito interrotto dall'arrivo della polizia»⁷⁷. Anche in questo caso, però, non è scontato che il pericolo persista anche dopo l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza.

È ovviamente agevole proporre esempi in cui l'esigenza cautelare persiste e al provvedimento provvisorio deve seguire una misura disposta dall'autorità giudiziaria. Ma si tratta, appunto, di casi singoli, più o meno frequenti. Non è ragionevole presumere che l'adozione di un provvedimento provvisorio da parte dell'autorità di pubblica sicurezza generalmente *non* sia in grado di soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, e che a esso debba necessariamente seguire una restrizione della libertà decisa dall'autorità giudiziaria⁷⁸.

Da quanto detto, dovrebbe apparire chiaro come l'attuale disciplina dell'arresto obbligatorio sia contraria alla Costituzione, poiché non prevede tra i propri presupposti un'esigenza cautelare. Poco più complesso è il discorso relativo all'arresto facoltativo. Il quarto comma dell'art. 381 c.p.p. consente di procedere all'arresto in flagranza soltanto quando la misura è giustificata «dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto». La «gravità del fatto» è condizione estranea al tema delle esigenze cautelari. La «pericolosità del soggetto» può invece venire in rilievo. Sennonché, nulla dice in ordine al pericolo che si vuole scongiurare. «Pericolo» è termine relativo, e richiede una specificazione che nel testo legislativo non c'è. Anche considerando che la «pericolosità» de-

cezionale necessità e urgenza» incompatibili con l'attesa dell'intervento dell'autorità giudiziaria) e, in questo senso, l'espressione non è inappropriata (sottolinea un dato cronologico). È però altrettanto vero che l'aggettivo «precautelare» induce a credere che esse siano una sorta di anticipazione delle prime («chiamiamoli, dunque, sub cautele: *preludono* all'eventuale misura disposta dal giudice, e ne garantiscono l'esecuzione»), la qual cosa, non è, ben potendo le prime soddisfare ogni esigenza. Ma soprattutto l'aggettivo «precautelare», nella sua contrapposizione a «misura cautelare», fa pensare che possano esistere «provvedimenti provvisori» che non abbiano una finalità cautelare, misure non finalizzate a soddisfare esigenze propriamente cautelari (che sarebbero invece soddisfatte, appunto, mediante le «misure cautelari»). Ma la Costituzione non ammette provvedimenti che limitino la libertà personale che non siano finalizzati al soddisfacimento di un bene di rilievo costituzionale. In questo senso, tutte le misure che limitano la libertà personale sono «misure cautelari» (i.e. misure che mirano a garantire, a proteggere), siano esse applicate dall'autorità giudiziaria oppure dall'autorità di pubblica sicurezza.

⁷⁷ CORSO, *Le misure precautelari*, in *Procedura penale*, Torino, 2017, 352.

⁷⁸ La tesi è tra l'altro smentita dall'art. 121 disp. att. c.p.p., come appena visto.

ve essere «desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto» (art. 381, co. 4 c.p.p.), non si comprende cosa si teme accada: c'è il pericolo di alterazione delle prove, oppure che il soggetto fugga o commetta un nuovo reato? O quale altro evento si teme? Il testo della legge nulla dice e, in una materia – quella delle restrizioni della libertà personale – informata al principio di stretta legalità, l'omissione non può essere emendata dall'interprete.

7. La prima ipotesi di arresto differito nelle coordinate costituzionali. Se già in un codice che, nell'impianto originario, era molto sensibile al tema della libertà personale non si rinvenivano disposizioni che attuavano le norme costituzionali, non era ragionevole attendersi risultati migliori da testi legislativi emanati in periodi di dichiarate emergenze.

La figura archetipica è l'arresto differito previsto dall'attuale co. 1 *ter* dell'art. 8 L. 13 dicembre 1989, n. 401, congegnato per contrastare determinati reati commessi durante o in occasione di manifestazioni sportive, nel 2003⁷⁹.

Vista la peculiarità del contesto in cui si verificano i reati, la disposizione è stata prevista per evitare di costringere l'autorità di pubblica sicurezza a «impegnarsi nei rischiosi arresti “sul campo”»⁸⁰. Uno dei presupposti della legittimità dell'arresto è dunque l'impossibilità di «procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica», correttamente valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità⁸¹.

L'allora nuova previsione era stata molto criticata. Si era parlato di «arresti senza flagranza», ossia «arresti “differiti” e quindi fuori flagranza»⁸², di «flagranza “videofotografica” o comunque [...] flagranza “finta”»⁸³. In particolare si era rilevato come con la disposizione fosse stato «ridisegnato» un concetto di

⁷⁹ V. nota 2.

⁸⁰ L'espressione è tratta da FRIGO, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, in *Guid. dir.*, 2003, f. 9, 27, molto critico nei confronti dell'istituto.

⁸¹ La quale ha ritenuto illegittima l'ordinanza di convalida motivata solo in relazione all'identificazione tardiva dell'imputato, avvenuta solo dopo la visione dei filmati, dovendo l'impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza per «ragioni di sicurezza e di incolumità pubblica» essere desunta da specifici elementi di fatto (Cass., sez. VI, 16 dicembre 2015, M.N., n. 2633, in *Dir. & Giust.*, 22 gennaio 2016).

⁸² L'espressione è tratta da FRIGO, *Arresto fuori flagranza: difesa in pericolo*, in *Guid. dir.*, 2004, f. 46, 35.

⁸³ FRIGO, *Arresto fuori flagranza: difesa in pericolo*, in *Guid. dir.*, 2004, f. 46, 35. Per delle considerazioni critiche, v. anche LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto*, cit., 174 ss.

quasi-flagranza ben lontano da quello previsto dal codice di rito»⁸⁴: «la contraddizione è evidente (e come tale ammessa dallo stesso testo normativo), ove si abbia riguardo al concetto di flagranza o di quasi flagranza, che è sì un concetto giuridico, ma definito con riguardo a situazioni, appunto, di fatto o materiali: come si legge nell'articolo 382, "è in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato" ovvero (ecco la quasi flagranza) "chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato poco prima"»⁸⁵.

Secondo questa tesi, il problema risiede nella distanza tra il tradizionale concetto di flagranza e la nuova situazione a essa assimilata dal legislatore: «per illustrare lo sconfinato potere del legislatore un tempo si diceva che la legge *potest facere de albo nigrum et de nigro album* (con la legge si può fare nero del bianco e bianco del nero). L'immagine era intenzionalmente esasperata e paradossale, poiché almeno un limite doveva apparire invalicabile: quello delle leggi fisiche, non potendo il legislatore (se non svelando la propria impotenza e rischiando il proprio prestigio) capovolgere, ad esempio, la legge di gravità»⁸⁶. Le critiche non erano fondate⁸⁷.

È infatti vero che il significato dell'espressione «stato di flagranza» nella lingua italiana non può essere riferito al caso della persona che, dopo essere stata filmata mentre commette un reato, si allontana dal *locus commissi delicti*. Ma nulla vieta al legislatore di prevedere l'adozione di un «provvedimento provvisorio» fuori dal caso della flagranza, equiparando, quanto a effetti giuridici, una situazione diversa da quella tradizionalmente considerata. A patto di aver individuato un tratto comune che rende ragionevole l'assimilazione.

Il concetto di flagranza è storicamente diventato rilevante sotto il profilo giuridico per via della presunzione che, in questo caso, i problemi di accertamento siano minimi⁸⁸.

⁸⁴ LO MONTE, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi dello stato di diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, 1477; così anche GARRAFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi: qualche piccolo passo in avanti, ed un grosso passo indietro*, in *Dir. pen. contemp.* web, 5 maggio 2015, 20.

⁸⁵ FRIGO, *Tutti i rischi*, cit., 26.

⁸⁶ FRIGO, *Tutti i rischi*, cit., 26.

⁸⁷ Nemmeno quelle sulla denominazione del nuovo istituto: non era la legislazione, ma gli interpreti, a parlare di «flagranza differita» (v. nota 15).

⁸⁸ GATTO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 29.

Il mondo è cambiato. Da decenni ormai sono a disposizione dell'autorità strumenti di conoscenza inimmaginabili non troppi anni fa; mezzi capaci di dimostrare la responsabilità di una persona in modo molto efficace, ai quali «non si può rinunciare, per il fortissimo contenuto informativo che possied[ono] e che, assai più di quanto possano esserlo altri mezzi, l[i] fa[nno] portator[i] di certezze processuali»⁸⁹.

In fondo non pare irragionevole presumere che il giudizio sulla responsabilità formulato «sulla base di documentazione video fotografica *dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto*» sia di rango inferiore rispetto a quello basato sulla testimonianza di chi ha avuto diretta percezione del fatto chi assiste alla commissione di un reato.

D'altra parte il legislatore nemmeno pretende di sostenere che la nuova ipotesi sia «stato di flagranza»: si limita a equiparare una situazione a un'altra, prevedendo per la nuova situazione i medesimi effetti giuridici stabiliti per l'altra («si considera comunque in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 c.p.p.»). Non si ha dunque un allargamento del concetto di «stato di flagranza», ma un'estensione delle conseguenze giuridiche previste per qualcosa, a qualcosa di diverso: il latitante non è l'evaso; l'indicazione degli atti non è la lettura degli atti; il mancato impedimento di un evento non è cagionarlo. Il quinto comma dell'art. 296 c.p.p., il quinto comma dell'art. 511 c.p.p. e il secondo comma dell'art. 40 c.p., al pari di tutte le disposizioni in cui si prevede una clausola di equiparazione o di equivalenza, si limitano a estendere le conseguenze giuridiche previste per qualcosa, a qualcos'altro.

Che poi la scelta legislativa non sia in linea con la tradizione, è evidente. Ma la circostanza non dovrebbe creare troppi problemi, poiché la società cambia, e non si può pretendere di ignorarne i mutamenti al solo fine di omaggiare una tradizione giuridica non sempre in linea con gli strumenti e le esigenze della società, immaginando di aver bisogno oggi, nel terzo decennio del XXI secolo, degli stessi concetti giuridici della società di Bartolo da Sassoferrato. I tempi cambiano, e nessuna disposizione costituzionale vieta al legislatore di prevedere ipotesi di arresto in assenza di flagranza o di equiparare una determinata situazione allo «stato di flagranza».

⁸⁹ Così Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, n. 26795, in *Cass. pen.* 2006, 3937 indicando a sostegno dell'affermazione proprio il riconoscimento legislativo operato con la L. n. 401 del 1989 delle videoriprese.

Quando si sostiene che «ampliare [...] la nozione di flagranza, considerando ancora in atto qualcosa che in realtà non lo è più, può costituire un “attentato” alle garanzie costituzionali finalizzate a tutelare i cittadini da eventuali abusi»⁹⁰, s'introduce nella disposizione costituzionale qualcosa che non c'è: nel terzo comma dell'art. 13 Cost. non è previsto che le «misure provvisorie» siano esclusivamente quelle collegabili allo «stato di flagranza», concetto nemmeno menzionato nella disposizione. Nessuna disposizione costituzionale stabilisce che le misure provvisorie previste dal terzo comma dell'art. 13 Cost. possano essere adottate esclusivamente in presenza della flagranza di reato⁹¹. Certo è che fino a qualche decennio fa lo stato di flagranza era l'unica situazione che consentiva di formulare un giudizio di colpevolezza nei termini necessari per limitare la libertà personale e, dunque, indirettamente, appariva essere l'unico caso ipotizzabile dal legislatore. Ma da tempo non è più così. Dunque, il requisito dell'estrema fondatezza dell'ipotesi della colpevolezza imposto dal secondo comma dell'art. 27 Cost. è soddisfatto dal comma 1 *ter* dell'art. 8, L. 13 dicembre 1989, n. 401.

A un diverso giudizio deve invece pervenirsi in ordine al secondo requisito necessario per la limitazione della libertà dell'imputato prima dell'irrevocabilità della sentenza: l'esistenza di un'esigenza cautelare, o meglio, *di un'esigenza cautelare che possa essere soddisfatta esclusivamente con l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza*. Se quest'ultima mancasse, o perché del tutto assente, o perché fosse possibile attendere l'intervento dell'autorità giudiziaria, non si verterebbe in un «caso eccezionale di necessità ed urgenza». La disposizione sarebbe allora contraria alla Costituzione.

Nel comma 1 *ter* sono indicate due condizioni. Della prima (la limitazione è ammissibile solo nel caso di impossibilità a «procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica»), si dirà più avanti⁹². Si può anticipare che non attiene al tema del «vuoto dei fini». Quanto alla seconda (la necessità che l'arresto debba avvenire «non oltre il tempo necessario alla [...] identificazione e, comunque, entro quarantotto ore dal fatto»), essa non richiede che l'arresto debba avvenire *al fine di* identificare l'autore del

⁹⁰ PERUGIA, *Violenza negli stadi ed arresto in flagranza “differita”: vecchie e nuove perplessità*, in *Giur. it.*, 2008, 2040.

⁹¹ Così invece VERGINE, *Arresto in flagranza e fermo d'indiziato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 395.

⁹² V. par. 9.

reato, ma si limita a indicare il termine entro il quale l'attività deve essere svolta.

Seguendo questa lineare interpretazione, la disposizione risulterebbe contraria alla Costituzione. Con una forzatura, si può tentare una lettura diversa, che si fonda sull'idea che il legislatore abbia dato per scontato che l'arresto possa essere finalizzato esclusivamente all'identificazione, scopo a cui l'arresto può essere preordinato⁹³. L'arresto differito sarebbe dunque ammissibile solo se operato entro quarantotto ore dal fatto, al solo fine di identificare l'autore di un reato commesso durante o in occasione di manifestazioni sportive⁹⁴. Se l'identificazione fosse già avvenuta, o fosse eseguito al fine di conseguire scopi diversi (prevenire la reiterazione del reato, evitare l'inquinamento probatorio o la fuga), sarebbe illegittimo. Non sarebbe possibile nemmeno l'arresto di chi, essendo stato videoregistrato mentre commette un reato, può essere identificato mediante i rituali atti d'indagine (es. la persona videoregistrata, ben visibile, è nota alle forze dell'ordine o è identificabile mediante mezzi che non richiedono alcuna limitazione della libertà).

Il potere attribuito dalla Costituzione all'autorità di pubblica sicurezza si giustifica sulla base dell'eccezionale urgenza, che si può avere nei casi di flagranza e, eventualmente, nelle ore immediatamente successive al fatto. Non invece a distanza di uno o due giorni. In tali eventualità la decisione sulla libertà dell'indagato dovrebbe essere rimessa all'autorità giudiziaria⁹⁵.

Dunque, solo con una palese manipolazione del dato legislativo (finalizzazione della misura all'arresto, riduzione dell'ambito temporale al di sotto delle quarantotto ore), la disciplina odierna potrebbe essere considerata conforme a Costituzione.

8. Propagazione. Dopo circa quindici anni dall'introduzione dell'arresto differito è iniziata una continua espansione dell'ambito di operatività dell'istituto, diventato per il legislatore un punto di riferimento per contrastare dichiarate situazioni emergenziali.

⁹³ V. par. 6.

⁹⁴ Un soggetto, che ha un preciso taglio di barba o di capelli, o determinati vestiti, o peculiari segni di riconoscimento, viene ripreso da una telecamera mentre incendia un'automobile. Un'ora dopo la persona, mentre si sta allontanando, viene ripresa da un'altra telecamera; viene arrestata per consentire l'identificazione.

⁹⁵ V. par. 3.

Per i delitti commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, o in occasione o a causa del trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri, per i reati di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori, per i delitti non colposi per i quali è previsto l'arresto in flagranza commessi in ambiente sanitario o in danno di personale sanitario, per una serie di delitti contro l'ambiente, per i danneggiamenti in occasione di manifestazioni pubbliche, per il reato di chi, non ottemperando all'invito a fermarsi da parte della polizia stradale e dei soggetti ad essa equiparati, si dà alla fuga con modalità tali da mettere in pericolo l'altrui incolumità, è oggi applicabile l'arresto differito.

Ci si può interrogare sulla differente formulazione delle varie disposizioni che lo prevedono. Si potrebbe così rilevare che lo strumento dal quale ricavare il convincimento sull'estrema fondatezza dell'ipotesi della colpevolezza in alcuni casi è *esclusivamente* la «documentazione video fotografica» – così è, per esempio, per i reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive⁹⁶. In altri può essere *anche qualcosa di diverso, indeterminato* – è il caso dei delitti commessi con violenza alle persone e alle cose in occasione nei centri di permanenza⁹⁷. In altri ancora, può *qualcosa di diverso, determinato* – è il caso dei delitti del c.d. codice rosso rafforzato⁹⁸. Alcune di queste formulazioni lasciano perplessi.

Mentre la videoregistrazione, per «il fortissimo contenuto informativo che possiede [...] è portatore di certezze processuali» quanto, o forse più, della testimonianza di colui il quale ha colto il reo nello stato di flagranza, gli altri mezzi indicati nelle disposizioni non riescono a garantire uno standard adeguato per formulare un giudizio in linea con quello imposto dal secondo comma dell'art. 27 Cost.

Non lo permette certamente l'uso di mezzi diversi, indeterminati. Innanzitutto perché, oggi non esiste uno strumento che abbia capacità informative analoghe alle videoregistrazioni. Inoltre, in un ambito del sistema processuale in-

⁹⁶ «Sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta l'autore».

⁹⁷ «Colui il quale, *anche sulla base di documentazione video o fotografica*, risulta essere autore del fatto».

⁹⁸ «Colui il quale, sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore».

formato al principio di legalità, quale è quello deputato a permettere la limitazione della libertà di una persona, non andrebbe rimessa all'autorità di pubblica sicurezza – o a quella giudiziaria – la scelta di tali mezzi.

La «documentazione» ottenuta in modo legittimo da «dispositivi di comunicazione informatica o telematica» pone meno problemi sotto questo secondo profilo. Non mancano però delle riserve.

Alcuni interpreti che hanno commentato la disciplina, dopo aver proposto degli esempi (email, messaggi whatsapp e sms, fotografie, ...), hanno rivolto l'attenzione all'avverbio «legittimamente», rilevando come debba essere escluso quanto non è stato ottenuto in modo legittimo, come ad esempio le videoriprese in ambito domiciliare da parte di un terzo⁹⁹, specificando che «*la giurisprudenza* sarà chiamata in non poche occasioni – in un ambito di materia allo stato in fibrillazione – a valutare possibili interferenze illecite nella vita privata e nell'altrui sfera di riservatezza»¹⁰⁰.

Si tratta di considerazioni condivisibili. Il problema, però, prima ancora che la giurisprudenza, riguarderà l'autorità di pubblica sicurezza, in prima battuta chiamata ad applicare la disciplina: non certo un soggetto attrezzato per sciogliere dubbi in una materia così complessa. Ma non si tratta dell'unico problema.

Per quanto un'email, un messaggio Whatsapp o un'audio registrazione possano apparire «oggettivi», non hanno la medesima capacità informativa di una videoregistrazione, la quale «rappresenta» in fatto in modo molto diverso¹⁰¹. È vero che un'email o un messaggio potrebbero essere utilizzati per dimostrare la pluralità di minacce o di molestie. Ma, in assenza della conoscenza del contesto in cui tali comunicazioni sono avvenute, potrebbero non condurre alle

⁹⁹ SPAGNOLO, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne*, cit., 16.

¹⁰⁰ *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., 23 (il corsivo è aggiunto).

¹⁰¹ Anche in questi casi va comunque adottata la massima cautela: gli elementi ottenuti con le riprese video fotografiche «- al di là dell'apparente oggettività o neutralità del mezzo tecnico di documentazione - neppure può semplicisticamente ritenersi dotato del crisma dell'oggettività assoluta o comunque dell'irreversibilità dimostrativa. Evenienza che, se è intuibile per un'immagine fotografica (che fissa un momento statico di un determinato fatto o comportamento, lasciando solo intuire il prima o il dopo di quel fatto o comportamento diacronicamente decontestualizzato e che, per ciò, necessita di un filtro interpretativo), è altrettanto plausibile per le stesse riprese filmate, salvo che non vi sia la prova che il presunto autore del reato sia stato costantemente seguito dalla telecamera per un ragionevole periodo di tempo, precedente e successivo alla commissione del fatto, e che le sequenze documentate (anch'esse da interpretare, quanto meno nella loro connessione causale) non siano il risultato di una estrapolazione esemplificativa, che è pur sempre il risultato di una opzione soggettiva, consapevole o non, del videoperatore o teleoperatore» (Cass., Sez. VI, 18 aprile 2007, n. 17178, in *Riv. pen.* 2007, 7-8, 737).

certezze richieste dall'art. 27, co. 2 Cost. Ciò che si può ricavare da un messaggio di testo, o da un'email, richiede sempre la conoscenza del contesto, che non può che essere offerta da chi tali mezzi consegna alla polizia giudiziaria, ossia chi sostiene di essere stato vittima. D'altra parte, la stessa provenienza dei messaggi potrebbe essere opinabile: o perché l'indirizzo dal quale proviene l'email (o il numero che ha inviato il messaggio) è ignoto, oppure perché le rubriche del telefono sono facilmente manipolabili (Tizio potrebbe essere indicato come Caio). Ciò che non può fare la polizia giudiziaria – si tratta di un caso di eccezionale necessità e urgenza – è una indagine sul contesto della conversazione o sulla effettiva provenienza del messaggio.

Mentre dalla documentazione videofotografica può «emergere inequivocabilmente il fatto», dalla «documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica», spesso, no: in questo caso entra molto più pesantemente in gioco la questione della *fides*, ossia ciò che dieci anni fa le Sezioni unite hanno voluto bandire affermando che «la eccezionale attribuzione alla polizia giudiziaria (o al privato) del potere di privare della libertà una persona trova concorrente giustificazione nella *altissima probabilità (e, praticamente, nella certezza) della colpevolezza dell'arrestato*»¹⁰².

Questo, naturalmente, non comporta la contrarietà alla Costituzione della norma che prevede l'uso *anche* di mezzi indeterminati o *anche* di documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi informatici. Implica che non potrà mancare una videoregistrazione – l'unico mezzo oggi in grado di superare, almeno in linea tendenziale, il problema della *fides*. Ogni altro mezzo potrà solo avere un ruolo secondario, accessorio.

D'altra parte, se la norma è criticabile per consentire l'uso di mezzi poco idonei a dare tale certezza, sembrerebbe esserlo anche per l'esclusione di strumenti che invece servirebbero allo scopo. Come è stato rilevato¹⁰³, la norma fa esclusivo riferimento alla «documentazione videofotografica o [...] altra documentazione» «ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica», con ciò escludendo le videoregistrazioni realizzate con altri strumenti, quali per esempio le telecamere a circuito chiuso, che ben potrebbero video-registrare episodi di maltrattamenti o atti persecutori. Per evitare di giungere a

¹⁰² Cass., Sez. un., 24 novembre 2015, n. 39131, in *Cass. pen.*, 2014, 4046, la quale, proprio su queste basi, aveva escluso che si potesse procedere all'arresto sulla base delle informazioni rese alla polizia giudiziaria, pur nell'immediatezza del fatto, dalla persona offesa o da altri testimoni.

¹⁰³ L'osservazione è di Alesci, *Processo algoritmico*, cit., 1340.

questa conclusione, è forse possibile un escamotage interpretativo, che si basa sull'ambiguità della formula legislativa. Si potrebbe dunque riferire la seconda parte del periodo alla sola «altra documentazione», e non anche alla «documentazione videofotografica», la quale dunque non dovrebbe essere necessariamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informativa o telematica.

Anche lo standard probatorio non sempre è indicato nello stesso modo nelle diverse norme. Di nuovo, è prevista una disciplina meno rigorosa nel caso dei reati commessi nei centri di permanenza (nella norma manca la locuzione «dalla quale emerge *inequivocabilmente* il fatto»). A questa omissione legislativa, però si può porre rimedio in via interpretativa, fornendo una lettura costituzionalmente orientata della norma, esigendo dunque che il giudizio debba essere formulato in termini di ragionevole certezza.

La circostanza che l'arresto differito sia stato previsto anche per dei reati abituali, come i maltrattamenti in famiglia o gli atti persecutori, e non solo per reati istantanei, non pone problemi insuperabili sotto il profilo logico-giuridico.

La questione non è nuova. È stata tradizionalmente affrontata nelle trattazioni del tema dell'arresto. Mentre la commissione di un reato istantaneo avviene in un periodo relativamente breve, nel corso del quale una persona ben può convincersi della sussistenza del reato, assistendovi, quando la commissione del reato richiede un periodo di tempo esteso – come accade tipicamente per i c.d. reati abituali – difficilmente il terzo può prendere diretta cognizione dell'intera sequenza criminosa necessaria per convincersi dell'esistenza del reato. E così già decenni fa alcuni interpreti avevano concluso per l'impossibilità di configurare lo stato di flagranza nei reati abituali: «la struttura del reato abituale non tollera il riferimento, ad esso, dell'istituto processuale in parola [...]; a noi pare che la natura discontinua della condotta abituale, precluda la ipotizzabilità di una sorpresa *in ipsa perpetratione criminis*, da ravvisare nella scoperta di un singolo episodio della serie»¹⁰⁴. Anche in tempi più recenti è stato osservato che «è arduo ipotizzare una flagranza. Siccome per la loro consumazione è richiesta una reiterazione nel tempo dei comportamenti vietati, è fatale che un lungo tratto della condotta criminosa sfugga ad una percezione diretta degli ufficiali di polizia giudiziaria»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ V. ad es. PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig.*, 1968, vol. XIV, 961.

¹⁰⁵ DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 100.

Alla base di queste considerazioni vi è un errore di fondo, legato alla confusione tra elementi strutturali della fattispecie e accertamento di tali elementi. Nulla impedisce di ipotizzare lo stato di flagranza nei reati abituali: è sufficiente immaginare che il medesimo soggetto percepisca i singoli episodi la cui verifica è necessaria per integrare il reato. Non si tratterà di casi molto frequenti, ma questo non ha alcun rilievo in ordine alla possibilità di configurare lo stato di flagranza nei reati abituali. Non c'è alcuna incompatibilità tra i due istituti giuridici, che si avrebbe qualora la presenza di un elemento costitutivo dell'uno presupponesse l'insussistenza di un elemento strutturale dell'altro (ad es. la continuazione e il reato colposo).

La stessa Corte costituzionale, ormai più di mezzo secolo fa, aveva ritenuto possibile la coesistenza dei due istituti, adducendo argomenti persuasivi¹⁰⁶.

Meno convincente è il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene consentito l'arresto per il delitto di atti persecutori anche in assenza di una diretta percezione dei singoli episodi, ossia «*quando il bagaglio conoscitivo del soggetto che procede all'arresto deriva da pregresse denunce della vittima*, relative a fatti a cui non abbia assistito personalmente, purché egli assista ad una frazione dell'attività delittuosa, che, sommata a quella oggetto di denuncia, integri l'abitudine richiesta dalla norma»¹⁰⁷. Analoghi principi sono enunciati in relazione al delitto di maltrattamenti¹⁰⁸, in riferimento al quale si ritiene configurabile lo stato di flagranza del reato *purché* «il singolo episodio lesivo risulti non isolato ma quale ultimo anello di una catena di comportamenti violenti o in altro modo lesivi»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ai dubbi del rimettente, secondo il quale «l'art. 572 c.p., il quale, prevedendo una condotta abituatoria, che si concreta in una serie di cattivi trattamenti (moralì o fisici), fusi in una sola entità criminosa, escluderebbe la stessa possibilità di individuazione della flagranza», Corte cost., 19 gennaio 1972, n. 3, in *Giur. cost.*, 1972, I, 8, con nota di SCAPARONE, *Sulla legittimità costituzionale dell'arresto in flagranza* aveva replicato osservando che «se è pur vero che la flagranza, data la struttura del reato, non sempre è accertabile in concreto, è altrettanto vero che essa non è per nulla da escludere, sia perché la polizia giudiziaria può avere contezza diretta oppure immediata o quasi immediata (art. 237 c.p.p.) di una pluralità di fatti; sia perché il reato può consistere in una situazione perdurante e persistente nel tempo, constatabile e controllabile; [...] In breve, la compatibilità tra l'art. 572 c.p. e gli artt. 235 c.p.p. e 13, terzo comma, Cost. non va aprioristicamente esclusa, ma riscontrata e verificata caso per caso».

¹⁰⁷ Cass., Sez. V, 16 aprile 2019, n. 19759.

¹⁰⁸ Cass., sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 7139, in *Cass. pen.*, 2019, 3693; Cass., sez. V, 3 dicembre 2018, n. 7915 in *Cass. pen.*, 2019, 11, 4008; Cass., sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 44090, in *Dir. & giust.*, 2014, 6 giugno; Cass., sez. VI, 3 aprile 2014, E.B., n. 21900, Rv. 259770; Cass., VI, 9 maggio 2013, n. 34551, in *Guid. dir.*, 2013, f. 40, 92; Cass., VI, 20 aprile 2010, n. 20539, in *Cass. pen.*, 2012, 2644.

¹⁰⁹ Cass., Sez. VI, 3 aprile 2014, n. 21900, CED n. 259770.

La condizione che viene così configurata dalla giurisprudenza in realtà nulla prescrive in ordine allo stato di flagranza nei reati abituali. Viene richiesta una condizione in assenza della quale *manca non lo stato di flagranza, ma il reato stesso*: tutte le volte in cui il fatto risultasse alla polizia giudiziaria isolato, e non «quale ultimo anello di una catena di comportamenti violenti», non verrebbe meno lo stato di flagranza, ma il reato abituale.

Il punto problematico, di natura eminentemente epistemologica, concerne altro, ossia le modalità con le quali colui il quale esegue l'arresto può convincersi dell'esistenza del reato abituale. Una volta escluso – come avevano correttamente stabilito le Sezioni unite¹¹⁰ – che l'arresto sia eseguibile sulla base delle informazioni rese alla polizia giudiziaria dalla persona offesa o da altri testimoni, la sopra indicata interpretazione della giurisprudenza sulla flagranza nei reati abituali non è percorribile.

Ci sono strade alternative. Si tratta di stabilire il modo con cui, oltre alla diretta percezione del «fatto isolato», sia possibile venire a conoscenza degli altri fatti che, unitamente all'altro, fanno apparire estremamente fondata l'ipotesi della colpevolezza.

Una situazione immaginabile, a cui si è fatto cenno, si ha quando la persona che assiste al «fatto isolato» ha già assistito a svariati episodi i quali, unitamente al primo, inducono a credere che il reato abituale sia stato realizzato. Non saranno casi frequentissimi, ma nemmeno sono ipotesi di scuola. Si pensi al caso del carabiniere che assiste quotidianamente ai maltrattamenti del figlio nei confronti della madre, o del vicino nei confronti della compagna, o al caso dell'ufficiale di polizia giudiziaria che, conoscendo la problematicità di una situazione, si reca spesso presso un determinato nucleo familiare.

Considerando la nuova ipotesi introdotta con il c.d. codice rosso rafforzato, la sussistenza del reato abituale potrebbe essere dimostrata da più videoregistrazioni, le quali potrebbero rappresentare più episodi isolati i quali, unitamente considerati, integrano il delitto di maltrattamenti.

Forse meno lineare, ma non irragionevole né, si ritiene, illegittimo, è l'arresto fondato su elementi, per così dire, ibridi, ossia sussumibili nelle due disposizioni, quella che configura lo stato di flagranza e quella prevista dal codice rosso: un carabiniere assiste a un episodio isolato; la persona maltrattata mo-

¹¹⁰ V. nota 102.

stra anche delle video o audio registrazioni che provano l'esistenza di altri episodi, sintomatici dell'abitudine.

Naturalmente le valutazioni della forza pubblica dovranno essere condotte con estrema cautela: la prova dell'abitudine del reato può infatti comportare complessi giudizi, ed è tutt'altro che irragionevole ipotizzare che in alcuni casi la consegna delle videoregistrazioni o del materiale informatico sia frutto di un'attenta selezione da parte di chi sostiene di essere stata vittima¹¹¹.

Una recente pronuncia della Corte di cassazione ha mostrato di essere consapevole della delicatezza della questione della valutazione relativa alla sussistenza del reato, dovendosi tener conto della prescrizione ricavabile dal secondo comma dell'art. 27 Cost. e del *dictum* delle Sezioni unite, le quali avevano svalutato il valore delle dichiarazioni della persona offesa o dei terzi ai fini della flagranza. E così, ha affermato che in materia di maltrattamenti in famiglia, l'arresto in flagranza, anche differita ai sensi dell'art. 382-*bis* c.p.p., presuppone la sussistenza di concreti elementi indiziari della natura abituale della condotta, percepibili dagli operanti o ricavabili da un compendio probatorio idoneo a delineare un quadro di reiterazione e sistematicità, non essendo «sufficiente, a tal fine, la videoripresa di un singolo episodio, ancorché connotato da violenza o aggressività, né la sola denuncia della persona offesa in assenza di ulteriori elementi attestanti l'abitudine delle condotte maltrattanti»¹¹².

Con questa pronuncia la Corte ha correttamente rilevato che i principi costituzionali che governano il tema della libertà personale non soltanto non trovano nella «flagranza differita» deroghe, ma devono anzi orientare la lettura dell'interprete con rigore accentuato: «per un verso, infatti, nell'art. 382-*bis* c.p.p. ciò che muta è soltanto la modalità con cui viene constatata la realizzazione del reato, che cessa di essere "diretta" per divenire invece mediata da una qualche forma di foto-, video- oppure audio-documentazione. Per altro

¹¹¹ Non mancano autori che prospettano il pericolo che vengano creati messaggi, fotografie, o video falsi (così ad es. PERUGIA, *La codificazione dell'arresto in flagranza "differita". Dalla violenza negli stadi alla violenza sulle donne e nei confronti del personale sanitario: esperimenti di prevenzione e repressione dei reati*, in *Dir. dif.*, 1 dicembre 2024, 12. Più in generale, sul tema v. FIORELLI, *Lo screenshot quale prova documentale: regole acquisitive e garanzie di affidabilità*, in *Dir. internet*, 3, 2020, 507). Più in generale, sulle modalità con le quali l'intelligenza artificiale può incidere i diritti inviolabili, v. BELVINI, *Intelligenza artificiale e circuito investigativo*, Bari, 2025, 45 ss. e GALGANI, *La L. n. 132/2025: "testata d'angolo" o "pietra d'inciampo" nella definizione dei rapporti tra amministrazione della giustizia (penale) e intelligenza artificiale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2025, 1444.

¹¹² Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2026, n. 4834.

verso, nelle situazioni a sviluppo fenomenologico "complesso", come i maltrattamenti in famiglia, proprio la circostanza che le condotte non si compiano sotto la diretta percezione degli operanti (e la speculare "selezione" soltanto di alcune di esse nel documento) ne rende l'apprezzamento vieppiù delicato»¹¹³.

Non si può parlare di una netta inversione di tendenza della giurisprudenza di legittimità. Anzi. La tesi del «singolo episodio lesivo quale ultimo anello di una catena» è stata recentemente¹¹⁴, e più volte¹¹⁵, ribadita, con l'avallo dell'Ufficio del massimario il quale, facendo applicazione delle massime enunciate in relazione all'arresto tradizionale nei reati abituali, ha ritenuto che sia «necessario che la documentazione di supporto presentativa almeno di un segmento dell'azione tipica (che può, in sé, non integrare neppure un'ipotesi autonoma di reato), il quale si ponga in relazione di continuità rispetto a comportamenti pregressi, di reiterata sopraffazione o di natura persecutoria; ma tali comportamenti pregressi ben potranno essere acquisiti al patrimonio conoscitivo della polizia giudiziaria che procede all'arresto *anche dal narrato della vittima, il cui contributo informativo, al riguardo necessario*»¹¹⁶.

Inutile dire che se per la dimostrazione dei maltrattamenti diviene «necessario» ricorrere al «contributo informativo della vittima» si contravviene a quanto indicato dalle Sezioni unite, in sintonia con la prescrizione contenuta nel secondo comma dell'art. 27 Cost. Il tema della questione della *fides*, estromesso dalla Corte nomofilattica dalle aule di giustizia per i reati istantanei, viene così reintrodotta per l'arresto nei reati abituali.

Ancor più problematico è il discorso in relazione all'altro reato abituale per il quale oggi è possibile l'arresto differito. Mentre per la prova della reiterazione delle condotte minacciose o moleste le cose non stanno in termini molto diversi (una pluralità di videoregistrazioni potrà dimostrare, con ragionevole certezza, la sussistenza della condotta del reato), la configurazione dell'illecito previsto dall'art. 612 *bis* c.p. come reato di evento pone peculiari problemi.

¹¹³ Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2026, n. 4834.

¹¹⁴ Secondo Cass. Sez. VI, 17 marzo 2025, n. 16999 la natura abituale del reato di maltrattamenti legittima l'arresto anche quando il bagaglio conoscitivo del soggetto che procede alla misura precautelare derivi da pregresse conoscenze (ad esempio, attestate da precedenti denunce della vittima) purché vi sia stata, comunque, percezione diretta di una frazione dell'attività delittuosa, che, sommata ai momenti indiziari già acquisiti, consenta di escludere occasionalità alla condotta immediatamente constatata.

¹¹⁵ Cass., Sez. VI, Sent., 20 marzo 2024, n. 16668. Attribuisce rilievo alle dichiarazioni della ipotetica persona offesa anche Cass., Sez. VI, 11 giugno 2024, n. 30316.

¹¹⁶ *Relazione dell'Ufficio del M-massimario*, cit., 22-23.

All'accertamento della condotta, deve infatti seguire quello del perdurante e grave stato di ansia o di paura, oppure un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, o la costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita – tutti fatti poco suscettibili di essere rappresentati in una videoregistrazione, una fotografia o in un sms.

Si può anche condividere la massima secondo cui «lo stato di grave e perdurante ansia e paura prescinde dall'accertamento di un vero e proprio stato patologico e non richiede necessariamente una perizia medica, potendo il giudice argomentare la sussistenza degli effetti destabilizzanti della condotta dell'agente sull'equilibrio psichico della persona offesa, anche sulla base di massime di esperienza»¹¹⁷. Ma un conto è la formulazione di tale giudizio sulla base di un'istruttoria dibattimentale, altro è quello basato sulla visione di un filmato o sulla lettura di un sms – non basta certo che una persona scriva all'amica di essere terrorizzata per aversi la prova del grave e perdurante stato d'ansia.

Nel caso degli atti persecutori, dunque, non è tanto l'abitualità del reato a porre problemi, quanto la struttura del reato: la previsione, quali elementi costitutivi, di eventi il cui accertamento richiede valutazioni molto ponderate, lascia supporre che difficilmente potranno essere ravvisati i presupposti per procedere all'arresto differito.

Anche in questo caso, comunque, il problema non sta nella contrarietà della disciplina alla Costituzione, ma nella prevedibile scarsa applicabilità¹¹⁸. L'arresto in flagranza o l'arresto differito possono essere previsti per qualunque tipo di reato – anche per la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, la bancarotta fraudolenta documentale o per le false comunicazioni sociali, avendo però la consapevolezza che la combinazione di queste ipotetiche disposizioni darà vita a norme che rimarranno inapplicate.

Nel momento in cui il legislatore valuta se prevedere l'arresto per una determinata fattispecie, non deve disinteressarsi delle modalità con le quali, di regola, gli elementi costitutivi di quella fattispecie vengono accertati. Tanto più complesse ed elaborate sono le valutazioni richieste, tanto meno adatti per formulare tali giudizi sono le persone a cui la Costituzione riserva il potere di adottare i provvedimenti provvisori ai sensi del terzo comma dell'art. 13 Cost.

¹¹⁷ Cass., Sez. V, 19 gennaio 2016, n. 30334.

¹¹⁸ Ipotizzando, forse con ottimismo, che le condizioni vengano accertate in modo rigoroso.

Il vero punto dolente della disciplina legislativa, però, riguarda l'assenza di previsioni che richiedano l'accertamento di un'esigenza cautelare da soddisfare nell'immediatezza. Mancasse del tutto o, pur sussistendo, potesse essere soddisfatta con l'intervento dell'autorità giudiziaria, verrebbero meno i casi di «eccezionale necessità e urgenza».

9. *Un equivoco.* Si è visto come già la prima ipotesi di arresto differito non richiedesse l'accertamento di un'esigenza cautelare. Solo con una forzatura si è provato a sostenere che il termine «identificazione», menzionato per indicare un dato cronologico, fosse previsto per individuare lo scopo a cui la limitazione della libertà era preordinata.

Altri interpreti, per sostenere la tesi della compatibilità costituzionale della norma, hanno percorso una via diversa. Hanno valorizzato una condizione espressamente prevista della norma, ossia l'impossibilità di «procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica».

Qualche anno dopo l'introduzione dell'arresto differito la Corte di legittimità ha affermato che la disciplina non era contraria all'art. 13 Cost. poiché «l'eccezionalità di contesti storici di necessità ed urgenza facoltizzanti l'arresto ritardato [...] ad opera della polizia giudiziaria è [...] *ragionevolmente coniugata alla comprovata impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza* (in flagranza o quasi flagranza) *per comprovate "ragioni di sicurezza o incolumità pubblica"* [...] *essa è ispirata alla tutela di valori parimenti assistiti da rilevanza costituzionale, quali quelli della sicurezza e della pubblica incolumità* [...] La polizia giudiziaria non è certo esentata, infatti, dall'onere di fornire all'A.G. la dimostrazione dell'effettivo ricorrere delle condizioni di emergenza e di salvaguardia dell'ordine pubblico che hanno impedito di procedere all'arresto in flagranza»¹¹⁹.

L'argomento è basato su un equivoco. La circostanza che, ai fini della limitazione della libertà della persona, debba essere impossibile «procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica» attiene al *motivo per il quale l'arresto viene differito, non alle ragioni per le quali l'arresto è necessario*. Per colmare il «vuoto dei fini», ovviamente, non si deve fornire il motivo per il quale la limitazione della libertà è posticipata rispetto

¹¹⁹ Cass., sez. VI, 18 aprile 2007, D., in *Giur. it.*, 2008, 2044.

alla commissione del fatto, ma quello per il quale la limitazione è utile e doverosa.

Naturalmente questo discorso vale anche per le altre norme che richiedono, per l'arresto differito, «l'impossibilità di procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica», come è per esempio per i reati che avvengono in occasioni pubbliche o nei centri di permanenza per i rimpatri.

Per questa stessa ragione non convincono le considerazioni di chi ravvisa differenze tra l'arresto differito previsto nel caso di manifestazioni sportive o in occasioni pubbliche o nei centri di permanenza, da quelle recentemente introdotte nel codice Vassalli. Si sostiene infatti che, «diversamente dalle formulazioni adottate dalle leggi speciali in tema di manifestazioni sportive e di immigrazione clandestina, balza evidente il mancato riferimento, nel nuovo testo dell'art. 382-*bis*, co. 1 c.p.p., alle ragioni di sicurezza e di incolumità pubblica che giustificano l'arresto in flagranza, quando non è possibile procedervi nell'immediatezza del fatto. L'assenza di tale previsione acuisce ulteriormente i dubbi di legittimità costituzionale»¹²⁰. Il vizio della nuova previsione, dunque, starebbe nella «mancata menzione, nella nuova tipologia di misura precautelare, delle ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica che legittimerebbero la conformità all'art. 13 Cost., dell'arresto, rappresentando una esplicitazione dei casi di necessità ed urgenza contemplati dal dettato costituzionale»¹²¹. Le cose non stanno in questi termini. Al netto della considerazione che la clausola relativa alle ragioni di sicurezza o incolumità pubblica ha un senso in una norma che regola l'arresto in occasioni di manifestazioni sportive o presso dei centri di permanenza, mentre ne avrebbe assai poco nei contesti in cui si verificano i maltrattamenti o gli atti persecutori, nulla sarebbe cambiato in ordine al giudizio di compatibilità costituzionale: il motivo che legittima il differimento dell'arresto non è la ragione che giustifica la limitazione della libertà della persona, e non ha alcun rilievo in ordine alla questione del vuoto dei fini.

10. Arresto differito ed esigenze cautelari. Stando al dato testuale delle norme che prevedono l'arresto differito, esso può essere adottato in assenza di qual-

¹²⁰ PERUGIA, *La codificazione dell'arresto*, cit. 7.

¹²¹ GALLUZZO, *La mutevole fisionomia*, cit. 541. In senso analogo SPAGNOLO, *Le nuove disposizioni processuali*, cit., 17.

sivoglia esigenza cautelare¹²². La cosa non sorprende, non essendo nulla previsto nemmeno per l'arresto tradizionale. La stessa dottrina, del resto, ha avuto nei confronti dell'istituto un atteggiamento piuttosto benevolo. Incline a negare la legittimità costituzionale delle disposizioni che legittimano le limitazioni della libertà personale ad opera dell'autorità giudiziaria sulla base della tesi dell'«incostituzionalità dell'imputato pericoloso» o della impossibilità di configurare il pericolo di reiterazione del reato come esigenza cautelare, s'è mostrata indulgente verso le restrizioni disposte dall'autorità di pubblica sicurezza, talora configurate come una sorta di acconto delle misure cautelari (la tesi dell'arresto come «anticipazione delle misure cautelari»).

I provvedimenti provvisori menzionati nel terzo comma dell'art. 13 Cost possono invece essere disposti solo nei casi in cui chi li adotta ravvisa, oltre all'estrema fondatezza dell'accusa, un'esigenza cautelare che deve essere immediatamente soddisfatta, senza possibilità di attendere l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Il fatto che il convincimento sull'estrema fondatezza dell'accusa non sia connesso allo stato di flagranza, ma alla visione di una videoregistrazione, non cambia i termini della questione e non rende meno stringente la necessità di prevedere l'accertamento di un'esigenza cautelare. Per come va oggi il mondo, sulla base di ragionevoli generalizzazioni che possono essere formulate, non è difficile ravvisarne alcune, che il legislatore dovrebbe prevedere per conformare il nuovo istituto alle prescrizioni costituzionali.

L'arresto può essere funzionale all'identificazione dell'autore del reato. Così è spesso stato per l'arresto tradizionale, ma potrebbe essere anche per l'arresto differito, mediante la visione di una videoregistrazione, sia nel caso di reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione di manifestazioni sportive, o nei centri di permanenza per i rimpatri, sia per il caso degli atti persecutori commessi dall'ignoto *stalker*. In queste ipotesi, tuttavia, non si dovrà vertere nel caso dell'urgenza, ma dell'eccezionale urgenza¹²³.

Questa finalità risulta poco, o per nulla compatibile con determinate fattispecie incriminatrici (maltrattamenti in famiglia), ma ciò non renderebbe irragionevole una previsione generale, analoga all'art. 274 c.p.p., che elencasse tra le

¹²² Come visto (par. 5), non è nemmeno possibile ricorrere alle locuzioni indicate nella disciplina dell'arresto facoltativo.

¹²³ V. nota 94.

possibili esigenze che legittimano l'arresto quella dell'identificazione dell'autore del reato.

Un altro scopo che potrebbe avere l'arresto, differito o tradizionale, è quello oggi assegnato alle misure cautelari dall'art. 274 c.p.p. Potrebbe per esempio essere finalizzato a evitare il pericolo di reiterazione del reato, o di commissione di nuovi reati (come potrebbe accadere in un caso di maltrattamenti). Al riguardo, una recente pronuncia della Corte di cassazione ha affermato che «la misura precautelare dell'arresto in flagranza differita, *in funzione di tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone vittime di violenza domestica o di condotte di stalking*, ha un precedente in relazione ai reati di violenze negli stadi o nel corso di manifestazioni pubbliche»¹²⁴. Nel medesimo ordine di idee alcuni autori hanno sostenuto che «la ratio dell'arresto in flagranza differita ex art. 382 bis c.p.p. consiste nella *protezione della vittima*»¹²⁵.

Queste affermazioni richiedono un paio di osservazioni.

Che l'arresto sia eseguito «in funzione di tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone vittime di violenza domestica o di condotte di stalking», oppure «a protezione della vittima», equivale a dire che la misura è disposta per evitare che l'accusato reiteri il reato o ne aggravi le conseguenze – formulazione che evita di mascherare la collisione con la tradizionale tesi dottrinale che ritiene illegittima l'esigenza cautelare della prevenzione speciale o quella dell'«incostituzionalità della categoria dell'imputato pericoloso».

Va poi precisato che prevenire la reiterazione del reato è forse la ragione per la quale il legislatore ha deciso di ampliare l'ambito di operatività del nuovo istituto. Ma la disposizione legislativa attualmente prevista *non* richiede affatto l'accertamento del pericolo di reiterazione del reato, come sarebbe stato necessario per rendere la norma compatibile con la Costituzione. Seguendo quanto prescritto dal codice, dunque, l'autorità di pubblica sicurezza sarebbe oggi legittimata ad eseguire un arresto differito sulla sola base di una inequivoca rappresentazione del fatto, in assenza di alcun pericolo di reiterazione del reato.

In linea teorica, l'arresto differito potrebbe essere utilizzato anche per soddisfare un'esigenza probatoria. Ma mentre è possibile immaginare casi in cui la forza pubblica sia costretta a limitare la libertà personale di una persona per-

¹²⁴ Cass., Sez. VI, 20 marzo 2024, n. 16668, in *Guida dir.*, 2024, 18.

¹²⁵ MARANDOLA, *Violenza di genere*, cit.; ALGERI, *L'arresto in flagranza differita per reati di violenza di genere e domestica*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 184.

ché sta distruggendo il corpo del reato o documenti di rilievo probatorio durante o subito dopo la commissione del reato, non è facile immaginare casi in cui un arresto differito – dunque eseguito a distanza di un tempo più o meno lungo dalla commissione del reato – possa soddisfare tale esigenza.

Pare pressoché impossibile immaginare casi in cui il provvedimento provvisorio possa essere adottato al fine di impedire la fuga – una fuga finalizzata non alla sottrazione all'identificazione, ma alle eventuali conseguenze di una sentenza definitiva. Questa esigenza è tipicamente soddisfatta con le misure cautelari, e non pare possa venire in rilievo nella disciplina dell'arresto o dell'arresto differito. La sua previsione, comunque, non comporterebbe problemi. La norma che la prevedesse resterebbe una *paper rule*.

11. L'inconciliabilità tra «casi di eccezionale necessità e urgenza» e cripto istruttorie. La previsione di una esigenza cautelare nelle disposizioni che stabiliscono una limitazione della libertà personale decisa ed eseguita dall'autorità di pubblica sicurezza è imposta dalla Costituzione. Si tratta di una condizione necessaria ma, di per sé, non sufficiente.

Come si è visto¹²⁶, nell'art. 13 Cost. vengono disciplinate diverse ipotesi di urgenza, che configurano diverse condizioni di legittimità delle restrizioni della libertà: un'urgenza estrema, e un'urgenza meno impellente, che permette comunque una limitazione della libertà personale prima dell'irrevocabilità della sentenza. I casi non devono essere confusi, diversi essendo i presupposti e l'autorità pubblica chiamata a intervenire.

Per l'adozione dei provvedimenti provvisori da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, non basta la presenza di un'esigenza cautelare: è necessario che questa esigenza *non* possa essere soddisfatta attendendo l'intervento dell'autorità giudiziaria. Si verte in una situazione di «necessità e urgenza» «eccezionale».

Questo requisito pone nel caso dell'arresto differito ben più problemi che non nell'arresto tradizionale, in ragione del distacco temporale tra commissione del reato e privazione della libertà.

Salvi i casi dei reati commessi nell'ambito di manifestazioni sportive, tutto sommato marginali, la questione poteva restare sottotraccia, quasi invisibile. Con il progressivo ampliamento delle ipotesi di arresto differito le cose sono

¹²⁶ Par. 2.

però cambiate. Il legislatore ha legittimato la limitazione della libertà di una persona in un momento successivo alla consumazione del reato: non solo l'arresto non avviene contestualmente alla commissione dell'illecito (come accade quando qualcuno «viene colto nell'atto di commettere il delitto»), o poco dopo (come avviene quando un individuo «*subito dopo il reato*, è inseguito dalla polizia giudiziaria», oppure «è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli *abbia commesso il reato immediatamente prima*»). La limitazione può avvenire «entro quarantotto ore dal fatto», che non è un periodo biblico, ma non è nemmeno così breve. L'implicazione è evidente: tanto più trascorre il tempo dalla commissione del reato, tanto più l'autorità giudiziaria ha modo di intervenire, rendendo illegittima la privazione della libertà disposta dall'autorità di pubblica sicurezza.

Naturalmente non è possibile stabilire il momento esatto in cui i «casi di eccezionale necessità e urgenza» diventano casi di urgenza, proprio come non è possibile stabilire quale granello aggiunto agli altri fa diventare una serie di granelli un mucchio. Si tratta del consueto problema della vaghezza, tipico di molti concetti giuridici. Anche una nozione vaga, però, non è priva di capacità informativa (se si dice che Nerone morì «relativamente giovane», si usa un'espressione vaga, ma è comunque chiaro che l'imperatore non morì né in tenera età, né decrepito¹²⁷). Un'esigenza che può essere soddisfatta trenta o quaranta ore dopo il fatto, con ogni probabilità, non configura *mai* un caso eccezionale di necessità e urgenza, ed anzi, «la possibilità di procedere all'arresto in flagranza a distanza di quarantotto ore dalla commissione del fatto di reato finisce per suggerire una implicita smentita [...] del presupposto dell'urgenza»¹²⁸.

L'arresto in flagranza vanta una lunghissima tradizione ed è in grado di assolvere le funzioni per le quali dovrebbe esistere (identificare l'autore di un reato, prevenire la reiterazione). Ma nel momento in cui ci si allontana, per così dire, dalla strada, dai luoghi in cui ha luogo l'offesa al bene giuridico e ci si colloca in un ufficio a vedere delle videoregistrazioni, a leggere delle email o ad ascoltare file audio, l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza rischia di diventare illegittimo: se è necessaria una pur rapida istruttoria per stabilire che Tizia commette il delitto di maltrattamenti nei confronti di Caio e che sussiste il

¹²⁷ LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, 358.

¹²⁸ PERUGIA, *La codificazione dell'arresto in flagranza "differita"*, cit., 8.

pericolo di reiterazione del reato, al giudizio dell'autorità di pubblica sicurezza ben si può sostituire quello dell'autorità che offre più garanzie, quella giudiziaria.

Senza dimenticare quanto detto in ordine alle difficoltà di formulare un giudizio sull'esistenza di reati strutturalmente complessi come gli atti persecutori o i maltrattamenti in famiglia: i più avveduti interpreti sono consapevoli che le situazioni che legittimano una limitazione della libertà ai sensi del terzo comma dell'art. 13 Cost. non devono essere «valutate», ma «semplicemente constatate»¹²⁹, e che «la assoluta peculiarità [...] dell'arresto in flagranza rispetto agli altri provvedimenti coercitivi» sta nella circostanza che «nell'arresto in flagranza la esecuzione della coercizione è coesistente rispetto alla deliberazione di chi lo esegue. A' termini degli artt. 380, 381 e 383 c.p.p., *non è giuridicamente configurabile la esistenza di un arresto che non sia materialmente eseguito, bensì soltanto (come per es. il fermo dell'indiziato di delitto) semplicemente disposto*. La attività di privazione della libertà personale del reo e la deliberazione di chi esegue l'arresto (di esercitare la relativa potestà) sono inscindibili: la misura precautelare consiste (e si esaurisce) nella sua materiale esecuzione, perché è dalla legge prevista come essenzialmente attuosa»¹³⁰. Da qualche anno la tecnologia ha messo a disposizione nuovi mezzi per formulare solidi giudizi sull'ipotesi della colpevolezza; nel processo penale vanno certamente utilizzati, ma nei limiti e con le condizioni poste dalla Costituzione.

Per la limitazione della libertà personale ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza sono previste dalla Costituzione due condizioni positive (l'estrema fondatezza dell'accusa; un'esigenza cautelare), e una negativa (l'impossibilità di un proficuo intervento dell'autorità giudiziaria). Il loro simultaneo operare restringe lo spazio di operatività dell'istituto in esame e lo rende assai meno utile di quanto qualcuno sembri ritenere. Se l'arresto differito poteva avere un senso in riferimento ai procedimenti per reati istantanei, caratterizzati da una struttura lineare e semplice (Tizio, incappucciato, lancia una pietra contro una persona, o incendia un veicolo in sosta), risulta difficilmente adattabile ai casi di illeciti complessi che accadono in tutt'altro contesto: i provvedimenti

¹²⁹ DINACCI, *L'enfasi delle precautele: arresto in flagranza e allontanamento domiciliare d'urgenza*, in *Misure cautelari ad personam, in un triennio di riforme*, a cura di Diddi-Geraci-Torino, 2015, 113. In senso analogo, LA REGINA, *Flagranza differita: tra dinamiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 13 gennaio 2026, 5.

¹³⁰ Cass., Sez. un., 24 novembre 2015, n. 39131, cit.; il corsivo è aggiunto.

provvisori dei quali tratta il terzo comma dell'art. 13 Cost. sono difficilmente conciliabili con le cripto istruttorie; in altro modo vengono soddisfatte le esigenze cautelari la cui sussistenza deve essere valutata con ponderazione.

Per questa ragione, nonostante una tecnologia in grado di offrire un numero crescente di mezzi «portatori di certezze processuali», l'arresto differito dovrebbe essere destinato a un orizzonte di vita piuttosto limitato. Sempre che non gli si vogliano attribuire funzioni che non gli sono proprie.

12. L'ordine smarrito: processo penale, funzione della pena, funzione dell'arresto. Qualche dubbio non è privo di giustificazioni. Anzi. La ragione indicata nel comunicato governativo a sostegno del decreto-legge che ha esteso l'ambito di operatività dell'arresto differito non lascia spazio a molte incertezze – l'istituto «viene esteso a nuove fattispecie *per garantire una risposta penale efficace* anche senza intervento immediato sul posto».

Le ragioni alla base della modifica normativa non sorprendono.

I milioni di arresti che sono stati eseguiti nei decenni solo occasionalmente, incidentalmente, per pura casualità, erano finalizzati a soddisfare un'esigenza cautelare: la legislazione non ha mai richiesto che dovesse essere così. Né il legislatore, né gli interpreti – salvo eccezioni¹³¹ – si sono mai preoccupati di imporre, o suggerire di imporre, che la misura fosse finalizzata al soddisfacimento di un'esigenza cautelare. La sequenza «stato di flagranza»-«arresto» è sempre parsa tanto naturale da far svanire persino dalle pagine degli autori più attenti alla tutela della libertà personale la questione del vuoto dei fini, trattata, approfondita e risolta – non sempre in modo convincente – esclusivamente in riferimento alle misure disposte dall'autorità giudiziaria. Per queste ragioni nemmeno sbalordisce leggere nel testo delle sentenze della Corte di legittimità che «la *ratio* della norma [l'art. 380 c.p.p.] è quella di autorizzare *l'intervento repressivo immediato* delle forze di polizia – senza l'ordine del magistrato – allorché sia ridotto al minimo il pericolo di una ingiusta compromissione della libertà personale»¹³². E non si tratta di sentenze di decenni fa, ma di oggi¹³³.

Il più noto dei «provvedimenti provvisori» è sempre stato avvertito come diverso rispetto alle misure cautelari. L'estrema fondatezza del quadro probato-

¹³¹ V. nota 62.

¹³² Cass., Sez. V, 22 novembre 2019, n. 3251.

¹³³ V. la prossima nota.

rio che lo legittima ha fatto dimenticare che *ogni privazione della libertà che precede l'irrevocabilità della sentenza è vietata dalla Costituzione, se non per tutelare di beni di rango costituzionale*, previamente indicati dal legislatore¹³⁴. Certamente non può esser disposto per conseguire finalità tipiche della pena: proprio come le misure cautelari, non può avere la funzione di anticipare la sanzione penale, sedare allarmi sociali o rassicurare i consociati. E invece sempre più spesso gli viene attribuita la funzione di «garantire una risposta penale efficace», autorizzare «interventi repressivi immediati», anche mediante «l'avvio celere dell'accertamento del fatto, con la richiesta di giudizio direttissimo o di giudizio immediato, nel pieno rispetto di quella "pronta" protezione della vittima a cui è orientata la più recente legislazione in materia di violenza di genere (art. *ex art.* 132 *bis* disp. att. c.p.p.)»¹³⁵. Come se si potesse strumentalizzare la libertà personale alla rapida celebrazione dei processi, come se si potesse confondere istituto e presupposti dell'istituto: non è l'arresto a legittimare un percorso parallelo, più rapido, rispetto a quello ordinario. È quella peculiare situazione probatoria che, per volontà legislativa, sta alla sua base¹³⁶.

¹³⁴ È invece affermazione ripetuta che la disciplina dell'arresto, «in ossequio alla deroga prevista dall'art. 13, co. 3 Cost. autorizza l'intervento repressivo immediato da parte delle forze di polizia, senza una previa disposizione dell'autorità giudiziaria, solo "in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge", connotati *proprio dalla particolare gravità del delitto che legittima la momentanea limitazione della libertà personale dell'autore*» (Cass., Sez. VI, 11 aprile 2025, n. 18339; Cass., Sez. II, 24 ottobre 2025, n. 4635; Cass., Sez. VI, 08 luglio 2024, n. 32354).

¹³⁵ MARANDOLA, *Violenza di genere*, cit.

¹³⁶ Questo argomento non è nuovo. È già stato utilizzato in riferimento all'arresto tradizionale. Alla sua base c'è un equivoco. Si confonde lo stato di flagranza, molto significativo sotto il profilo probatorio, con ciò che tradizionalmente ne è stato fatto seguire, ossia l'arresto. L'«accelerazione» del processo non è però giustificata dal secondo, ma dal primo: è lo stato di flagranza – a cui ben potrebbe non seguire l'arresto – a dare una base razionale al giudizio direttissimo, il quale – peraltro – è solo un rito parassitario che sfrutta la peculiarissima situazione probatoria. Si tratta di un procedimento improntato alla logica dell'esemplarità, la cui previsione comporta una serie di problemi non compensata dagli esigui benefici, più apparenti che reali: «sgradito alle Procure ed alle stesse sezioni dibattimentali per la macchinosità degli adempimenti connessi alle convalide d'arresto e l'inevitabilità dei rinvii d'udienza i quali comportano costi elevatissimi per un'economia processuale che, pure, il rito tende a valorizzare» (BARAZZETTA, *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 570). La sua apparente celerità è legata ai presupposti che lo legittimano, non a virtù sue proprie. Nel caso di flagranza o confessione, anche un rito ordinario sarebbe piuttosto rapido: la colpevolezza è (almeno in linea tendenziale) evidente, ogni indagine è inutile, la decorrenza del termine di prescrizione è lontana, ogni strategia dilatoria è priva di senso. Solo un infimo numero di processi iniziati come direttissimo così si conclude: quale difesa, di fronte a un arresto convalidato, non opterebbe per una messa alla prova, un patteggiamento o un abbreviato? Il valore aggiunto, o meglio, l'elemento distintivo che reca il giudi-

Frequente e facile la diagnosi della proliferazione delle ipotesi di arresto differito: è dovuto alla «svolta securitaria»¹³⁷ che questa o quella maggioranza hanno impresso alla politica legislativa penale. Si tratta, del resto, di una linea di tendenza che ha riguardato anche le ipotesi di arresto elencate negli artt. 380 e 381 c.p.p.

Che non siano gli insegnamenti di Francesco Carrara o Giuliano Vassalli a guidare le scelte dei legislatori degli ultimi decenni, è conclusione difficilmente contestabile. Una simile spiegazione, però, forse, è solo parziale. Non illustra, quanto meno non fino in fondo, le ragioni per le quali sia diventato così frequente il ricorso del legislatore a istituti capaci di «garantire risposte penali efficaci» mediante la limitazione della libertà di una persona prima ancora dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Molte concezioni dello Stato alla base del costituzionalismo moderno, da quella repubblicana di Machiavelli¹³⁸ a quella filoassolutista di Hobbes¹³⁹, a quelle liberali di Spinoza¹⁴⁰ e Locke¹⁴¹, intravedono nello Stato il garante della libertà¹⁴² e nella funzione general preventiva un mezzo per tutelare i diritti degli individui. L'esiziale retorica della «sicurezza dello Stato» è tipica degli stati autoritari, ma l'idea che la sicurezza debba essere garantita dallo Stato è tipica delle dottrine liberali.

Il nostro processo penale, non da tempi recenti, è incapace di svolgere la funzione per la quale esiste. Gli istituti ideati dai legislatori negli ultimi decenni non sono stati in grado di attuare la funzione general preventiva della pena o rieducare i condannati. Gli ultimi anni – l'ultimo decennio in particolare – è risultato particolarmente funesto. Molteplici e varie sono le cause della crisi

zio direttissimo all'ordinamento italiano è l'esasperata frenesia che getta nello scompiglio coloro i quali vi partecipano, e che impone un uso poco razionale della forza pubblica, distolta da altre funzioni per accompagnare l'arrestato in tribunale ove – come spesso accade – la pubblica accusa, dimenticando il primo comma dell'art. 121 disp. att. c.p.p., nemmeno chiede una misura cautelare.

¹³⁷ L'espressione è ormai entrata nel linguaggio comune.

¹³⁸ MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* [1519], libro I, XVI, in Id., *Opere*, Milano, 2006, 135 e 137).

¹³⁹ HOBBS, *Leviatano*, [1651], Bari, 2004, 139.

¹⁴⁰ SPINOZA, *Trattato teologico politico*, [1670], cap. XX, Milano, 2009, 710.

¹⁴¹ LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, cap. VI, par. 57, in Id., *Due trattati sul governo*, a cura di Pareyson, Torino, 2010, 267).

¹⁴² Sull'evoluzione di quest'idea, v. BIN, voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. IV, Milano, 2011, 1161.

della giustizia penale¹⁴³. Tra esse, fino a pochi anni fa, non c'era l'inosservanza della più ovvia e naturale delle sequenze: prima si accerta, poi, eventualmente, si punisce, magari con una limitazione della libertà personale, più o meno intensa. La logica alla base di quest'ordine vanta una tradizione millenaria. Sta a fondamento dell'idea che il fine della pena non sia «di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...] Il fine [...] non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»¹⁴⁴. La pena e la limitazione della libertà che ne consegue deve essere inflitta a chi, terminato il processo, è dichiarato colpevole. Solo il colpevole può essere rieducato – pare ovvio dover osservare che non ha «senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”»¹⁴⁵. Anche la funzione general preventiva della pena perderebbe di senso se i consociati credessero che a essere condannati non sono coloro i quali hanno commesso i reati, ma coloro i quali hanno la ventura di essere accusati. Ogni indagine sulla funzione della pena non può che muovere da un assioma: la pena va inflitta ai colpevoli, esclusivamente ai colpevoli. Ciò richiede – pare persino strano doverlo scrivere – che la fase della cognizione debba precedere quella dell'esecuzione. Settant'anni fa ci si chiedeva «Come si può deliberare senza conoscere?»¹⁴⁶. Tocca oggi chiedersi, come si può punire senza aver accertato la responsabilità? Come potrebbe la fase dell'esecuzione precedere quella della cognizione?

Per perseguire in modo sempre più pervicace esigenze di deflazione¹⁴⁷, o per aver accolto degli assunti ideologico-culturali affatto diversi da quelli del passato, o per chissà quali altre ragioni, le cose sono cambiate. Da qualche tempo il legislatore, e con esso molti interpreti – anche i più autorevoli (la Corte costituzionale, le Sezioni unite della Corte di cassazione) – hanno capovolto i più elementari principi del diritto e del processo penale. Le riforme degli ul-

¹⁴³ Si è tentato di individuarne alcune in PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 621 ss. Più recentemente, v. MAZZA, *Verso un giusto processo penale accusatorio*, Torino, 2026, 8 ss.

¹⁴⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, [1766], cap. XII, Milano, 2006, 29.

¹⁴⁵ Corte. cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Giur. cost.* 1988, 1504.

¹⁴⁶ EINAUDI, *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1956, 1.

¹⁴⁷ Amaro quanto divertente il rilievo di MAZZA, *Il vero e il falso nella riforma Cartabia*, a cura di Gaito-Mazza, *Le riforme del processo penale. problemi operativi dalla riforma Cartabia alla legge Nordio*, Padova, 2025, 3: «il processo più breve è quello che non si celebra, da qui la fuga incentivata dalla cognizione giurisdizionale e dai giudizi di impugnazione».

timi anni ruotano attorno all'idea che i nuovi, salvifici istituti del processo non vadano ricondotti «nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali, perché il [loro]¹⁴⁸ carattere innovativo [...] “segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio” (Sez. un., sentenza 31 marzo 2016, n. 36272)»¹⁴⁹. Sarebbero dunque legittimi, e anzi opportuni, istituti i quali prevedono che «l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un *trattamento sanzionatorio non detentivo*; [...] [e] che persegua[ono] scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della *risocializzazione del soggetto*” (Sez. un., n. 36272 del 2016)»¹⁵⁰. Istituti collocati dal legislatore *nella fase della cognizione* sarebbero dunque «istituti di diritto punitivo non carcerario»¹⁵¹, «parte integrante del sistema sanzionatorio penale [...] attratt[i] dal *finalismo rieducativo*, che l'art. 27, co. 3 Cost. ascrive all'intero sistema sanzionatorio penale»¹⁵².

Oggi – così sostengono le Corti, così dicono molti giuristi – vengono rieducati non i colpevoli, ma gli imputati, e la sequenza cognizione-esecuzione può essere infranta, ed è possibile giungere a una sentenza di non doversi procedere per estinzione di un reato che non è mai stato accertato. La funzione giurisdizionale viene disinnescata dalla decisione dell'accusato di sottoporsi a una limitazione della propria libertà, oppure con «l'invio dell'imputato e *della vittima del reato* [...] al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa» (art. 129 *bis* c.p.p.).

I nuovi istituti sono fondati sull'idea che durante il processo l'imputato sia un colpevole (di qui l'infrazione di una criptopena, la «risocializzazione» e la «riconciliazione» con la «vittima», concetto che presuppone la commissione di

¹⁴⁸ Nella motivazione della Corte il riferimento era alla «messa alla prova».

¹⁴⁹ Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91, cit. (il corsivo è aggiunto).

¹⁵⁰ Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91, cit. (il corsivo è aggiunto).

¹⁵¹ Corte cost., 17 marzo 2026, n. 30, la quale, dopo aver ripetutamente riferito del «finalismo rieducativo immanente a tutte le sanzioni penali» giunge a sostenere che «la disciplina [della messa alla prova] delineata dalla legge rappresenta il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, tutti di primario rilievo costituzionale: l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e il principio di presunzione di innocenza (art. 27, secondo comma, Cost.), con il suo corollario *nulla poena sine iudicio*».

¹⁵² Corte. cost., 7 dicembre 2018, n. 231, in *Giur. cost.*, 2019, 409, con nota di CIAVOLA, *La Corte costituzionale pone fine ad ogni ambiguità: la messa alla prova costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale*.

un reato¹⁵³); se il processo termina secondo quanto auspicato, l'assunto è capovolto e si scopre che l'imputato deve essere prosciolto. Sono contraddizioni inevitabili quando si decide di infrangere la sequenza cognizione-esecuzione, mandando all'aria in un sol colpo i cardini del diritto e del processo penale, il principio di colpevolezza e la presunzione di non colpevolezza.

Sospensione del processo con messa alla prova, giustizia riparativa, ma anche estinzione del reato per condotte riparatorie, esorbitanti sconti di pena per la scelta di riti deflattivi, cause di non punibilità connesse all'adempimento di quanto richiesto dalla pubblica amministrazione, disseminate nella legislazione speciale, sono istituti relativamente recenti, strutturalmente molto diversi. Hanno tutti contribuito, in modo diverso, a indebolire le funzioni che, tradizionalmente, vengono assegnate alla pena¹⁵⁴.

Ma uno Stato non può rinunciare alla funzione general preventiva della pena, né alla rieducazione *dei colpevoli*. Se la via del futuro è quella della progressiva rinuncia alla giurisdizione, che si eclissa perché è stato pagato il debito tributario, sono state adottate condotte riparatorie, o è stato fatto «qualche lavoretto per i parchi o le strade comunali»¹⁵⁵, come si può pensare di indurre l'individuo incline a delinquere, il *bad man* di Oliver Wendell Holmes, ad astenersi dal farlo¹⁵⁶? E come può comunicare alla collettività che dovrebbe tutelare questo sagace disegno?

¹⁵³ Sull'illogicità dell'uso del termine «vittima», o di «persona offesa», nella disciplina processuale che regola le fasi antecedenti all'irrevocabilità della sentenza di condanna, sia consentito il rinvio a PASTA, *Il problema dell'individuazione della persona offesa nel processo penale*, in *Arch. pen. web*, 2022, n. 3, 4.

¹⁵⁴ Secondo FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 135 «una filosofia penale basata sulla pena riparativa indebolisce l'efficacia deterrente della legge penale, in quanto il potenziale criminale potrebbe essere più facilmente indotto a delinquere contando proprio sugli sconti di pena ottenibili grazie a sue successive condotte riparatorie». Che la logica della giustizia ripartiva rischi «di indebolire la funzione general preventiva della pena» è affermato anche da GIUNTA, *La giustizia «de-punitiva»: contrizione e riconciliazione*, in *Discrimen*, 2 settembre 2023, 2 e PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 654.

¹⁵⁵ L'espressione è tratta da Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1305.

¹⁵⁶ Il quale si calava nei panni di questo soggetto per affrontare il «problema fondamentale di che cosa sia il diritto». Così scriveva: «Alcuni autori ci dicono che esso è cosa diversa da ciò che è deciso dalle Corti del Massachusetts o d'Inghilterra, che è un sistema di ragione, una deduzione dai principi di etica o da assiomi accettati e così via, che può coincidere o no con le decisioni. Se però ci mettiamo dal punto di vista del nostro cattivo soggetto, ci accorgiamo che non gli importa nulla degli assiomi e delle deduzioni e che egli vuol sapere come probabilmente le Corti del Massachusetts o d'Inghilterra si comporteranno di fatto. Io sono press'a poco della sua opinione: le profezie di ciò che le Corti effettivamente fa-

Torna così la tribale idea di esibire i ceppi. Quello che era il tradizionale strumento dello stato di polizia diviene oggi il grottesco lascito della giustizia penale che fu, un tempo fondata sull'osservanza della sequenza cognizione-esecuzione.

Se per *garantire una risposta penale efficace* non ci sono più le sentenze penali di condanna, perché non estendere la ricerca altrove? Quando la vittima del reato di furto in abitazione, e tutti quanti le stanno attorno, assistono al proscioglimento dell'autore del reato perché il reato è estinto per buon esito della messa alla prova, non si può forse pensare che la funzione della pena sia una metafisicheria da manuali di diritto penale? Se al termine del processo non c'è accertamento, né pena, non si può immaginare che prima o poi compaia un legislatore che vorrà farsi carico di un irrinunciabile compito dello Stato, ossia quello di dissuadere i cattivi soggetti dall'idea di delinquere?

Non ci si è resi conto che, tumulando il processo penale, inteso come mezzo di accertamento della colpevolezza, sono state poste le basi per un più frequente ricorso ad arresti, «arresti differiti» e «fermi preventivi»¹⁵⁷. Da tempo la causa della «svolta securitaria» viene rinvenuta nella volontà politica di strumentalizzare disagio e insicurezza. L'analisi è probabilmente corretta, ma è solo parziale. I vecchi arnesi dello stato di polizia sono l'altra faccia del nuovo modo d'intendere la giustizia penale, che ha perso ogni interesse a stabilire quale accusato è colpevole e quale innocente.

Una volta «infranta» la sequenza cognizione-esecuzione, tutto è possibile. In un mondo in cui si è giunti a credere che sia possibile attribuire la *funzione di prevenzione speciale* a istituti previsti per la fase della cognizione, non dovrebbe essere difficile far credere che si possa assegnare una *funzione di prevenzione generale* all'arresto, magari consentendolo fino a quarantotto ore dopo il fatto. In fondo, non è forse vero che – come scrivevano i giuristi illuministi – «un pronto, certo, ed immediato gastigo è il solo argine, che innalzar conviene contro al torrente de' delitti»¹⁵⁸?

ranno, e nulla di più pretenzioso, sono ciò che intendo per diritto» (HOLMES, *La via del diritto* [1897], in *Il diritto come profezia*, Il realismo americano: antologia di scritti, a cura di Castignone-Faralli-Ripoli, Torino, 2002, 61 – il corsivo è aggiunto).

¹⁵⁷ Altra evitabile misura adottata con il d.l. 24 febbraio 2026, n. 23, conv. con la L. 24 aprile 2026, n. 54.

¹⁵⁸ PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, cap. V, in Id, *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Capolago, 1837, 508.