

UN PRIMO ESITO APPLICATIVO PER IL FERMO D'INDIZIATO DI DELITTO PREVISTO DAL NUOVO CODICE ANTIMAFIA

Nota a Trib. Marsala, Uff. Gip, 22 marzo 2012 (ord.), Giud. Amato

1. L'art. 77 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*d'ora in poi Cod. antimafia*) prevede un'ipotesi particolare di **fermo di indiziato di delitto** applicabile «**anche al di fuori dei limiti di cui all'articolo 384 del codice di procedura penale, per i reati per il quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi dell'articolo 381 del medesimo codice**» nei confronti dei soggetti potenzialmente destinatari delle misure di prevenzione personali¹.

Si tratta di una previsione che riproduce con qualche modifica il previgente testo dell'art. 4, l. 31 maggio 1965, n. 575. Quest'ultima norma contemplava il fermo di indiziato per soggetti raggiunti dalla diffida antimafia (ex art. 1 l. 27 dicembre 1956, n. 1423) ed era rimasta sostanzialmente inapplicata anche per problemi di coordinamento fra il testo originario e le innovazioni processuali intervenute sul fronte cautelare a seguito della riforma del codice di rito².

Nella nuova disposizione si segnala il fatto che **non è più richiesta la previa attivazione del procedimento di prevenzione per dare luogo alla misura** (requisito che invece permane nello stesso Codice antimafia al fine di autorizzare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni telefoniche³).

In questa prospettiva, **l'ordinanza in commento applica il fermo nei riguardi di alcuni partecipi a un'associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti** (trattandosi di soggetti che «sulla base di specifici elementi di fatto», risultano essere «abituamente dediti a traffici delittuosi» ai sensi del'art. 4, comma 1, lettera c) e 1 lettera a), Cod. antimafia). Essa affronta inoltre ulteriori problemi di coordinamento con le norme del codice di rito, lasciando trasparire le persistenti **anomalie sistematiche del disposto normativo**.

In particolare, il Giudice delle indagini preliminari di Marsala afferma che nei confronti dei soggetti indiziati di delitti per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza di reato - rientranti nelle categorie di cui all'art. 4, Cod. antimafia - **il ricorso al fermo sia legittimo anche in mancanza dell'altro presupposto delineato dall'art. 384 c.p.p., e cioè il pericolo di fuga**.

Secondo il provvedimento, infatti, la pur ambivalente clausola «al di fuori dei limiti di cui all'art. 384 c.p.p.» contenuta dall'art. 77 Cod. antimafia non va interpretata riduttivamente, potendo consentire il ricorso al fermo anche in assenza del pericolo di fuga dell'indagato.

Tale lettura, d'altro canto, risulterebbe maggiormente in sintonia con la **ratio che ispira la normativa riformata**, apprestando uno strumento che permette di sottoporre a fermo soggetti ritenuti assai pericolosi, in **deroga al presupposto codicistico**.

Nel caso di specie, la dedizione ai traffici illeciti è desunta da taluni episodi delittuosi utili a giustificare la precautela, pur in difetto della anteriore applicazione di una misura di prevenzione personale. Sotto questo profilo, la motivazione del provvedimento mostra

una certa **interrelazione tra la prognosi precautelare e quella tipicamente "prevenzionistica"**: dal numero di episodi delittuosi, dalla reiterazione dei fatti a brevissima distanza temporale l'uno dall'altro, dalle quantità consistenti di stupefacente, si inferisce infatti l'abitudine dei "fermati" rispetto alle condotte illecite.

2. Guardato da questa angolatura, l'istituto del fermo "in deroga", previsto dall'art. 77, Cod. antimafia, mostra però tutte le sue più evidenti disarmonie.

Anzitutto, l'**esclusione del pericolo di fuga**, quale requisito necessario del fermo, rischia di **snaturare i tratti tipici della misura**, chiamata tradizionalmente a realizzare un'anticipazione rispetto alla tempistica cautelare classica e materialmente disposta quando non sia possibile attendere lo svolgimento dell'ordinario *iter* restrittivo o sussista un concreto pericolo che il destinatario della misura vi si sottragga.

In secondo luogo, l'**avvio meramente potenziale del procedimento di prevenzione** potrebbe dar luogo a **una sorta di presunzione tacita, scaturente dalla tipologia del reato** o dall'ontologica permanenza del medesimo illecito.

Per meglio dire, al pericolo di fuga, quale presupposto del fermo, potrebbe sostituirsi la prognosi di pericolosità dei soggetti, con un evidente **"truffa delle etichette"** ove si consideri che la procedura di prevenzione non ha ancora mosso i suoi primi passi.

Inoltre, il correttivo del riferimento alle ipotesi di arresto facoltativo in flagranza sembra destinato a risolversi in una **"sovrapposizione"⁴ fra i tratti tipici delle due precautele** con l'effetto finale - particolarmente deprecabile sul piano sistematico - di compromettere l'assetto codicistico attraverso morfologie atipiche.

Nell'intelaiatura del codice, il *discrimen* fra arresto e fermo poggiava sulla sussistenza o meno dello stato di flagranza, visto che questo presupposto è normalmente necessario solo per la prima misura. In questa direzione l'art. 230 disp. att. aveva previsto che i numerosi casi di arresto fuori flagranza fossero trasformati in ipotesi di fermo, identiche nei presupposti, ma mutate nel *nomen iuris* ai fini di una più logica classificazione e individuazione di disciplina: un segnale, questo, di particolare attenzione del codice riformato teso a creare un corpo organico che inglobasse anche la disciplina previgente⁵. In seguito, la descritta opzione metodologica è stata di sovente tradita dal legislatore della "sicurezza"⁶: nuove ipotesi di arresto facoltativo fuori dai casi di flagranza hanno infatti determinato il sorgere di un *tertium genus* cui ricondurre gli innumerevoli **"incroci legislativi"**⁷.

Oggi, il descritto **fermo senza pericolo di fuga**, basato su un giudizio di prevenzione non previamente attivato e riferito ai reati per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza, finisce per generare un **ulteriore ibrido**, dietro il quale si cela l'incognita di uno svuotamento di concretezza degli elementi specifici che dovrebbero supportare la misura. Il ricorso alla precautelata, in assenza del ragionevole pericolo che il soggetto possa sottrarsi alle esigenze investigative e in difetto di **uno sfondo indiziario qualificato o circostanziato**, rischia di incrementare oltremodo **le componenti teleologiche della "lotta alla criminalità" nel cuore degli istituti del diritto processuale**⁸, con palese dispregio delle finalità e delle caratteristiche precipue dei medesimi.

In effetti, sono proprio le **incertezze del tratto legislativo** ad orientare (e forse addirittura ad incentivare) interpretazioni estensive mediante **la proiezione di una futuribile «pericolosità sociale» e della logica *praeter delictum*** (integralmente mediate dalle qualifiche soggettive dell'autore-pericoloso⁹) **nella dimensione cautelare.**

Eppure, nell'universo della prevenzione, la presunzione di pericolosità, correlata alla natura dell'attività delittuosa e assunta a presupposto applicativo, non importa di per sé la riduzione del livello di verifica in ordine all'**esistenza di un complesso di elementi fattuali idonei**, in concreto, a legittimare la considerazione del proposto come indiziato del reato. Allo stesso modo, la **fisionomia del procedimento di prevenzione** poggiante su un sistema probatorio, su un modello di accertamento e su finalità del tutto autonome, **inibisce commistioni con gli interessi in gioco e con gli obiettivi tipici del rito penale.**

In questo contesto, andrebbe rimarcata la **considerazione per le libertà fondamentali del cittadino**, conformemente alla visione personalistica delle garanzie riconosciute dalla Costituzione, così come centrale dovrebbe mostrarsi il rispetto per il canone di «**stretta necessità**», in coerenza con il «**sacrificio minimo**» della libertà personale. Né il difficile temperamento fra le esigenze istruttorie o processuali e le istanze di difesa sociale può segnare un'abnorme prevalenza di queste ultime rispetto alle classiche finalità della cautela¹⁰.

Infine, se l'attuale dinamica processuale non lascia dubbi sulla **giurisdizionalità** della misura, **sulla rigida configurazione dei presupposti e delle condizioni legittimanti le limitazioni** e, soprattutto, sul **superamento della attribuzione di poteri cautelari esclusivi in capo al pubblico ministero**, è a tali "valori" che dovrebbe guardare il **legislatore, troppo spesso ispirato da istanze politico-criminali senza contrappesi o tradito da sviste precipitose.**

Il dato sistematico, indiscutibile nelle primigenie intenzioni, risulta infatti ripetutamente fuorviato sia per esigenze di contrasto ai fenomeni criminali, sia - come nel caso che ci occupa - allo scopo di realizzare malamente quell'**armonizzazione normativa** perseguita pretenziosamente dal disegno di unificazione legislativa delle vigenti disposizioni "antimafia".

E l'esito finale dei descritti rimaneggiamenti, inteso alla stregua di un vero e proprio **svuotamento di significato delle categorie**, lascia intravedere possibili lesioni **degli stessi principi costituzionali in tema di libertà personale**, nonché di quelle finalità processuali rispetto alle quali la cautela, ex art. 13 comma 3 Cost., deve pur sempre mostrarsi servente. Senza dimenticare un profilo di **eventuale eccesso di delega** dell' art. 77 del d. lgs. 159 del 2011 rispetto allo stesso Piano straordinario contro le mafie.

Difetti di costituzionalità, questi, difficilmente rilevabili nelle sedi e con la tempistica stringente riservate al fermo "antimafia", ma che nondimeno vanno adeguatamente segnalati **in vista di auspicabili ripensamenti normativi.**

Del resto, le storture venute fuori dalla precipitosa emanazione del "codice antimafia"¹¹ hanno già sollecitato l'elaborazione da parte di studiosi e operatori di proposte correttive¹² da realizzare entro i tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto

legislativo, con l'**obiettivo minimo di "rimediare", quantomeno, alle distonie più macroscopiche della novella legislativa**: forse anche il "nuovo" fermo di indiziato di delitto di cui all'art. 77 Cod. ant. meriterebbe una immediata "manutenzione".

1 Nel novero dell'art. 4, Cod. antimafia possono ricomprendersi sia le fattispecie di pericolosità generica sia quelle di pericolosità "qualificata": sulla discutibile scelta di accumunare situazioni assai differenti si sofferma criticamente, tra gli altri, L. Fiorentin, *Non convince la scelta della pericolosità unica*, in *Guida dir.*, 2011, n. 42, p. X.

2 La norma che disciplinava il fermo si riferiva alle persone indicate all'articolo 1 della stessa legge, già sottoposte almeno alla diffida prevista dall'art. 1 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423. Il fermo regolato dall'art. 238 c.p.p. era consentito anche quando non fosse obbligo di mandato di cattura, purché si trattasse di reato per il quale poteva essere emesso detto mandato, a norma dell'art. 254 c.p.p.

3 Ai sensi dell'art. 78, infatti, le intercettazioni possono essere disposte al fine di controllare che i soggetti nei cui confronti sia stata applicata una delle misure di prevenzione di cui al libro I, titolo I, capo II del d.lgs. n. 159 del 2011, non continuino a porre in essere attività o comportamenti analoghi a quelli che hanno dato luogo all'applicazione della misura di prevenzione.

4 Il fenomeno è descritto da K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo*, Padova, 2011, p. 179.

5 Per quest'impostazione, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, p. 522.

6 G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 8, sottolinea la necessità di distinguere fra aspettative di sicurezza basate su esigenze reali e aspettative di sicurezza artificialmente indotte.

7 Basti pensare all' art. 3 della legge 12 luglio 1991, n. 203, per gli autori del reato di evasione anche non aggravata; alla ipotesi di arresto obbligatorio senza flagranza in materia di reingresso illegale degli stranieri (art. 13 , comma 13 -ter, T.U. dell'immigrazione, come modificato dalla legge 12 novembre 2004, n. 271); ai casi di trasgressione all'ordine di espulsione od allontanamento pronunciato dal giudice ai sensi degli articoli 235, comma 3 , e 312 , comma 2 c.p., modificati dal d.l. n. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125; all'ipotesi di cui all'art. 189, comma 6 "*Nuovo Codice della strada*", relativa al soggetto che si dà alla fuga dopo essere stato coinvolto in un incidente.

8 Cfr. ancora G. Fiandaca, *Aspetti problematici*, cit., c. 8, sul delicato bilanciamento tra esigenze e valori concorrenti.

9 I riflessi delle categorie della prevenzione sulla struttura dell'incriminazione penale sono analizzati da M. Pellissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 57 e ss.

10 Il dibattito su questi temi era stato ampiamente sviluppato da G. Vassalli, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 45 ss. In prospettiva rigorosa, tendente a negare l'attribuzione alla custodia cautelare finalità di

prevenzione speciale, V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 44 ss.

11Cfr. A. Giarda, *Un ulteriore sforzo legislativo contro la criminalità organizzata*, in *Corriere del merito*, 2011, p. 1133 ss.

12Si vedano, in questa rivista, le [Prime proposte correttive al Codice antimafia](#). Il documento è stato predisposto dall'Osservatorio nazionale sui beni confiscati istituito presso il Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale (DEMS) dell'Università di Palermo, in collaborazione con magistrati esperti operanti in diversi uffici giudiziari italiani ed leggibile in questa rivista ([link](#) Misure di prevenzione, 18 febbraio 2012).