

# LA CONNESSIONE TELEOLOGICA ALLE MISURE CAUTELARI (E LE SPECIALI ESIGENZE DI TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ) SALVANO LA COSTITUZIONALITÀ DELL'ARRESTO IN FLAGRANZA PER TENTATO FURTO AGGRAVATO

*Antonella Marandola*



Con la decisione n. 41 del 2022 il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate, in riferimento agli artt. 13 e 3 Cost., dell'art. 380, comma 2, lett. e), c.p.p. dal Tribunale ordinario di Firenze.

In estrema sintesi, il giudice *a quo* dubita del fatto che il delitto di tentato furto aggravato dalla violenza sulle

cose, pur in assenza dell'attenuante ex art. 62, comma 1, n. 4 c.p., possa integrare un'ipotesi di tale eccezionale gravità da giustificare l'arresto obbligatorio posto che nella categoria dei delitti di furto, tentati o consumati, aggravati dalla violenza sulle cose, potrebbero rientrare anche fatti connotati da una gravità limitata, incapaci di generare alcun pericolo per l'incolumità delle persone e perciò estranei al novero di quei casi eccezionali di necessità ed urgenza che, ai sensi dell'art. 13, comma 3, Cost., possono giustificare l'adozione di provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale dell'autorità di pubblica sicurezza; il remittente dubita del fatto che prescrivere l'obbligatorietà della misura dell'arresto nei casi in cui non sia possibile la sua conversione nella custodia cautelare in carcere sia rispettoso della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

Il giudice *a quo* solleva dubbi di legittimità costituzionale, tenuto conto che, per effetto del combinato disposto degli artt. 56, 624 e 625, comma 1, n. 2, c.p., la pena massima applicabile per il tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose è di anni quattro di reclusione, e dunque, in forza dell'art. 280, comma 2, c.p.p., non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, e ciò a conferma dell'assenza di un correlato particolare allarme sociale provocato dal delitto in esame. Ma l'ipotesi appena prospettata può considerarsi, secondo il Tribunale remittente, anche manifestamente irragionevole, con violazione dell'art. 3 Cost., posto che è configurabile, per il tentato furto, la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., quando le modalità della condotta e l'esiguità del danno delineino un'offesa di particolare tenuità.

Nel caso di specie, il g.i.p. ha rilevato la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza rispetto al contestato reato, mentre il Tribunale ordinario -davanti al quale verosimilmente è stato attivato il rito direttissimo - ha reputato che, per procedere alla convalida dell'arresto, come premesso, deve valutarsi la legittimità costituzionale dell'art. 380, comma 2, lettera e) c.p.p., rispetto agli artt. 13 e 3 Cost.

Nel dichiarare l'infondatezza delle questioni sollevate la Consulta si è mossa, tendenzialmente, lungo due direttrici, ma in premessa ha ammesso - nonostante l'intervenuta liberazione dell'arrestato, disposta in virtù dell'incertezza del tempo entro il quale sarebbe intervenuta la decisione della Corte, e, dunque, il mancato esaurimento del procedimento di convalida - la permanenza dell'interesse a sollevare la questione.

Scendendo nel merito, ad avviso dei giudici costituzionali due sono i presupposti che sorreggono la compatibilità costituzionale delle norme: in primo luogo il carattere servente della restrizione anticipata; in secondo luogo la tutela delle speciali esigenze di difesa sociale della collettività, in cui si sostanzia quella «discrezionalità guidata» che esplicita i casi eccezionali di necessità e di urgenza di cui all'art. 13, comma 3

Cost.

Invero, sulla scorta di quanto premesso, il tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 625, primo comma, numero 2), prima ipotesi, c.p., salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, numero 4) c.p., pare possedere appieno lo *standard* per la compatibilità alla Carta fondamentale della restrizione della libertà disposta dall'autorità di polizia.

Com'è noto, in ossequio alle indicazioni prospettate nella direttiva n. 32 lett. a) e b) della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, il legislatore ha stabilito agli artt. 380 e 381 c.p.p. una duplice selezione dei delitti per cui può procedersi alla restrizione anticipata della libertà a fronte della flagranza di reato delineata all'art. 384 c.p.p. come puntualizzata dalle Sezioni Unite<sup>[1]</sup>.

Una prima individuazione è stata effettuata sulla base della presunzione *iuris et de iure* circa la necessità e l'adeguatezza della misura precautelare nei casi in cui la condotta sia inquadrabile in una fattispecie delittuosa per la quale sia prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti. In tali casi la quantificazione muove su due ulteriori parametri volti a circoscrivere l'operatività dell'istituto; da un lato, infatti, vi è l'elemento psicologico del reato (la formulazione della norma è chiara quando dispone che l'arresto è obbligatorio solo rispetto ai delitti non colposi, siano essi consumati o tentati); dall'altro, la congiunzione che lega l'indicazione edittale vale ad escludere dal campo di applicazione della norma quelle fattispecie in cui i predetti limiti non siano comminati congiuntamente e, dunque, i delitti puniti con pene minime inferiori a cinque anni, anche se il massimo edittale è uguale o superiore ai venti anni ovvero i delitti puniti con la pena minima uguale o superiore ai cinque anni di reclusione ma per i quali il massimo edittale è inferiore ai venti anni di reclusione. Ma al di là di tale aspetto, la compatibilità delle ipotesi di reato per cui è consentito l'arresto obbligatorio non traspare - osservano i giudici costituzionali - dalle finalità indicate dal codice di rito che è, sul punto, silente, quanto dal sistema come ricostruito dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>[2]</sup> che ha da tempo affermato che la «misura precautelare provvisoria facoltativa [...] può essere adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile».

Quello che rileva è il «rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale e il procedimento penale, avente ad oggetto il reato per cui è stato disposto l'arresto obbligatorio in flagranza»: l'oggetto su cui il giudice delle leggi è chiamato ad operare ogniqualvolta gli venga sottoposta una questione inerente la conformità alla Carta costituzionale di una fattispecie inserita all'interno del

catalogo ex artt. 380 e 381 c.p.p.

E' chiaro il raccordo funzionale con le misure e le esigenze di natura propriamente cautelare ovvero la capacità servente delle misure restrittive di polizia, rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione (tra cui in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale) che il giudice chiamato a convalidare l'arresto deve porre mente per escludere la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della scelta legislativa di introdurre in quel catalogo una (nuova) fattispecie delittuosa (Corte cost. n. 223 del 2004<sup>[3]</sup> e n. 305 del 1996).

Va, così, esclusa la compatibilità costituzionale di una restrizione provvisoria meramente «fine a sé stessa»: così, al di là del caso in esame, l'assunto rende problematico, ad esempio, ammettere la validità dell'ipotesi, recentemente introdotta, relativa alla possibilità di procedere all'arresto della persona colta in flagranza del reato previsto all'art. 387-*bis* c.p.: è noto come in questo caso la prevista pena fino a tre anni non consente l'applicazione di alcuna misura cautelare.

Colui che è, invece, colto in flagranza del delitto di tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 625, primo comma, numero 2), prima ipotesi, c.p., salvo l'attenuante ex art. 62, primo comma, numero 4), c.p.<sup>[4]</sup>, può essere destinatario di una misura cautelare, da intendersi non limitata, a dispetto di quanto afferma il giudice *a quo*, alla custodia cautelare in carcere: il furto aggravato dall'uso della violenza sulle cose (artt. 56 e 625, primo comma, numero 2, c.p.) è punito con la pena della reclusione pari nel massimo a quattro anni, per cui sono applicabili tutte le "altre" misure coercitive (art. 280, comma 1, c.p.p.), con esclusione certo dell'applicabilità della (sola) custodia cautelare in carcere, salvo che - aggiungiamo - l'arresto non segua una precedente ipotesi di trasgressione di una misura custodiale. La violazione consente, infatti, il superamento del limite edittale previsto all'art. 280 comma 2 c.p.p. Peraltro, l'arresto in flagranza è la condizione che legittima il giudizio direttissimo (artt. 449, comma 1, e 558, comma 1, c.p.p.) ed è possibile pervenire con immediatezza all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato.

Ma, per i giudici costituzionali a suffragare l'assenza di un possibile conflitto con l'art. 13 Cost. induce, anche, il limite posto al legislatore e oggetto di possibile sindacato da parte del giudice circa la riconduzione del reato nell'elencazione prevista agli artt. 380 e 381 c.p.p. alle « speciali esigenze di tutela della collettività»: che si collocano entro la direttiva n. 32, già richiamata, è la stessa Relazione al progetto preliminare del codice di rito a rinviare alla categoria di reati indicati nella nota sentenza n. 1 del 1980: trattasi dei reati che si connotano per l' **uso di armi** o di altri **mezzi di violenza contro le persone**, perla **riferibilità ad**

**organizzazioni criminali comuni e politiche, per la direzione lesiva delle condizioni di base della sicurezza collettiva e dell'ordine costituzionale.**

È nell'ambito di tale locuzione, volutamente aperta - forse per adattarsi alla mutevolezza delle esigenze sociali e idonea, ancor oggi, ad assicurare dei livelli di sicurezza "preventiva" della comunità - qual è quella delle "speciali esigenze di tutela della collettività" che può essere annoverata anche l'ipotesi rimessa all'attenzione del giudice costituzionale.

Non s'ignora, certo, che data la sua vaghezza la dottrina e la giurisprudenza ne hanno, in più occasioni, messo in discussione la valenza, ma è stata la stessa Corte costituzionale<sup>[5]</sup> a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 380, comma 2, lett. e) c.p.p., per eccesso di delega, nella parte in cui prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per il delitto di furto aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi, c.p.p., nel caso in cui ricorra l'attenuante prevista dall'art. 64, comma 1, n. 4, c.p. Si tratta di un precedente non ignorato né dal legislatore - che ha tradotto questa indicazione con legge 26 marzo 2001, n. 128 la quale ha previsto che, in presenza dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, l'arresto perda il carattere dell'obbligatorietà - né dalla sentenza in esame che, al contrario, fa leva proprio sulla circostanza che ad essere estranea al criterio delle "speciali" esigenze di tutela della collettività dettato dal legislatore delegante sia la fattispecie del furto (consumato o tentato) aggravato dalla violenza sulle cose nella sola ipotesi in cui esso sia tale da comportare un danno di speciale tenuità (art. 62, comma 1, n. 4, c.p., o comunque quando sia di speciale tenuità l'evento dannoso o pericoloso nei delitti determinati da motivi di lucro. D'altro canto si è, più di recente affermato<sup>[6]</sup> come sia proprio la valorizzazione della discrezionalità del legislatore, che risponde a motivi di "opportunità", a "chiudere il cerchio argomentativo" e, aggiungiamo, la dedotta questione. Nonostante non possa negarsi che sia questo un parametro eccessivamente vago e indeterminato sul quale si potrebbero addensare le maggiori critiche quanto a tassatività e legalità, è altrettanto vero che - come dimostra la sentenza da ultimo citata - il legislatore, prima, e la Consulta, poi, paiono in grado di farne buon uso.

È solo quando l'indicazione normativa si colloca ben al di fuori dei delineati criteri guida che il giudice potrà sollevare il contrasto innanzi al giudice delle leggi, affinché questi possa esercitare il suo sindacato.

In tal senso si è espressa la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 137 del 2020: la determinazione dei casi eccezionali di necessità e urgenza in cui possono essere adottati provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale, ai sensi dell'art. 13, terzo comma, Cost. - e segnatamente di quelli in cui l'arresto può

essere effettuato anche in deroga ai limiti edittali previsti in via generale dall'art. 380, comma 1 c.p.p. – rientra in un ambito caratterizzato dalla discrezionalità legislativa (v., anche, sentenza n. 188 del 1996 e ordinanza n. 187 del 2001), sindacabile – tanto più quando vengano in considerazione scelte legislative limitative della libertà personale – in caso di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà.

È questo l'aspetto di rilievo offerto all'interprete dalla Corte: ogni dubbio circa la conformità dell'ipotesi annoverata all'interno dell'art. 380 c.p.p. da parte del giudice chiamato ad applicare la norma deve passare, come indicato, per le due obbligate valutazioni: *tertium non datur*, indipendentemente della valutazione che il giudice chiamato ad applicare la legge possa ritenere dell'opportunità o meno di quell'inserimento.

E' ipotesi, questa, che non ricorre nel caso di specie, tenuto conto che all'arresto obbligatorio potrà procedersi solo quando non ricorra la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità: l'art. 380, comma 2, lett. e) c.p.p., infatti, già di per sé non opera allorché sia possibile desumere ragionevolmente, dalle modalità del fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico che, se il reato fosse stato portato a compimento, il danno patrimoniale per la persona offesa sarebbe stato di rilevanza minima. Eccede, peraltro, dall'ambito del presente giudizio ogni considerazione in ordine alle determinazioni dei giudici comuni quanto alle condizioni di applicabilità dell'attenuante di cui al citato art. 62, primo comma, numero 4), c.p.

Infine, la soluzione raggiunta non è incrinata dall'illogica deduzione dell'impossibile operatività, nel caso del reato in questione, della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.: è fin troppo noto come si tratti, in tal caso, di un giudizio distinto che postula una valutazione complessiva e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell'art. 133, primo comma, c.p., delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo; valutazione, questa, riservata al giudice della cognizione all'esito del relativo giudizio ed estranea ai profili che vengono in rilievo in sede di convalida dell'arresto e di successiva, eventuale applicazione di una misura cautelare coercitiva: è questo un giudizio successivo e diverso da quello imposto al giudice chiamato a pronunciarsi sull'arresto che deve guardare unicamente al passato e verificare se la misura è stata legittimamente eseguita, *ergo* se rientra nelle fattispecie o pena delineata nell'art. 380 c.p.p., da un lato, o nell'art. 381 c.p.p., dall'altro, oltre, in tal caso, alla pericolosità del soggetto e gravità del fatto e se sono stati osservati i termini previsti dagli artt. 386 comma 3 e 390 comma 1 c.p.p.

[GIUDIZIO-DI-LEGITTIMITA-COSTITUZIONALE-IN-VIA-INCIDENTALEDownload](#)

---

[1] V., Cass. Sez. Un., 24 novembre 2015, n. 39131, in [www.Dirittopenalecontemporaneo](#), 5 ottobre 2016, con nota di G. Todaro, *Le Sezioni Unite sulla nozione di "quasi flagranza": limiti logici e ontologici al potere di arresto*.

[2] V., Corte cost., n. 305 del 1996

[3] L'assunto ha trovato puntualizzazione nella [sentenza n. 223/2004](#) (in questa Rivista, 2004, p. ) con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'[art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286](#) (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), con cui si prevedeva l'arresto obbligatorio dello straniero colto nella flagranza della contravvenzione di cui all'[art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 286/1998](#), per essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro il termine di cinque giorni.: l'arresto in questione, infatti, non potrà mai trasformarsi in custodia cautelare in carcere, o in qualsiasi altra misura coercitiva, essendo previsto in relazione ad un reato contravvenzionale, sanzionato con una pena detentiva (da sei mesi a un anno) di gran lunga inferiore a quella per cui il codice di rito ammette la possibilità di disporre le predette misure

[4] V., in tal senso, la direttiva n. 32 della legge delega già indicata

[5] V., Corte cost. n. 54 del 1993.

[6] K. LAREGINA, *L'arresto in flagranza per tentato furto aggravato supera il vaglio della Corte costituzionale*, in [www.ilpenalista.it](#), 8 marzo 2022,