

Art. 391 - Udiienza di convalida

a cura di Vincenzo Giuseppe Giglio

- 1. L'udienza di convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore dell'arrestato o del fermato.*
- 2. Se il difensore di fiducia o di ufficio non è stato reperito o non è comparso, il giudice provvede a norma dell'articolo 97 comma 4. Il giudice altresì, anche d'ufficio, verifica che all'arrestato o al fermato sia stata data la comunicazione di cui all'articolo 386, comma 1, o che comunque sia stato informato ai sensi del comma 1-bis dello stesso articolo, e provvede, se del caso, a dare o a completare la comunicazione o l'informazione ivi indicate.*
- 3. Il pubblico ministero, se comparso, indica i motivi dell'arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale. Il giudice procede quindi all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato, salvo che questi non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire; sente in ogni caso il suo difensore.*
- 4. Quando risulta che l'arresto o il fermo è stato legittimamente eseguito e sono stati osservati i termini previsti dagli articoli 386 comma 3 e 390 comma 1, il giudice provvede alla convalida con ordinanza. Contro l'ordinanza che decide sulla convalida, il pubblico ministero e l'arrestato o il fermato possono proporre ricorso per cassazione.*
- 5. Se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'articolo 291. Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280.*
- 6. Quando non provvede a norma del comma 5, il giudice dispone con ordinanza la immediata liberazione dell'arrestato o del fermato.*
- 7. Le ordinanze previste dai commi precedenti, se non sono pronunciate in udienza, sono comunicate o notificate a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Le ordinanze pronunciate in udienza sono comunicate al pubblico ministero e notificate all'arrestato o al fermato, se non comparsi. I termini per l'impugnazione decorrono dalla lettura del provvedimento in udienza ovvero dalla sua comunicazione o notificazione. L'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata anche quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice.*

Rassegna giurisprudenziale

Udiienza di convalida (art. 391)

L'eventuale nullità dell'interrogatorio di convalida produce un riflesso diretto sul provvedimento di convalida, in quanto incide sul presupposto processuale di esso ex art. 391, comma 3, ed un riverbero solo indiretto sul provvedimento coercitivo, imponendo la celebrazione dell'interrogatorio di garanzia entro cinque giorni dall'esecuzione della custodia a norma dell'art. 294, comma 1, (che prescrive al giudice di procedere all'interrogatorio «se non vi ha proceduto nel corso dell'udienza di convalida

dell'arresto o del fermo»), dovendosi equiparare l'interrogatorio nullo all'interrogatorio non celebrato. Con l'ulteriore conseguenza processuale che dall'omessa celebrazione di un valido interrogatorio di garanzia discenderà l'inefficacia sopravvenuta della misura, ai sensi del combinato disposto degli artt. 294 e 302, da far valere proponendo al giudice procedente una richiesta di scarcerazione per inefficacia sopravvenuta della misura (Sez. 6, 29214/2021).

Funzione primaria e indefettibile del procedimento incidentale di convalida dell'arresto è quella di verificare la legalità dell'operato della polizia giudiziaria che ha effettuato l'arresto dell'indagato, anche quando la misura cautelare sia venuta meno.

Funzione che, alla luce della sentenza 109/1999 della Corte Costituzionale (sulla estensione applicativa dell'art. 314), incide anche sul diritto dell'arrestato ad un'equa riparazione per il tempo durante il quale è rimasto detenuto, nel caso in cui sia accertata l'insussistenza (per ragioni attinenti all'accusa di reato mossagli) delle condizioni per la convalida del suo arresto (Sez. 6, 38791/2014).

Il difensore del fermato ha diritto, nel procedimento di convalida, di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare. Il denegato accesso agli atti da parte del PM determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida; la nullità deve ritenersi sanata se non eccepita nel corso dell'udienza di convalida.

Il difensore ha diritto di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato ma solo in funzione dell'esercizio di difesa nell'ambito del giudizio di convalida operato dal GIP.

Il diritto di difesa, infatti, deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da far assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale.

La possibilità di conoscere direttamente, da parte del difensore, l'integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura rappresenta la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio effettivo e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare.

Per altro verso, però, essendo l'accesso agli atti previsto come disposizione di carattere generale in favore di chiunque vi abbia interesse (art. 116), e poiché gli atti di indagine sono coperti dal segreto, a norma dell'art. 329, fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, il diritto del difensore di prendere visione ed estrarre copia degli atti relativi alla udienza di convalida è precluso prima dell'esercizio del potere del pubblico ministero di chiedere la convalida (SU, 36212/2010).

In sede di convalida dell'arresto, il giudice, oltre a verificare l'osservanza dei termini previsti dall'art. 386 comma 3 e 390 comma 1, deve controllare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'eseguito arresto, ossia valutare la legittimità dell'operato della PG sulla base di un controllo di ragionevolezza, in relazione allo stato di flagranza ed all'ipotizzabilità di uno dei reati richiamati dagli artt. 380 e 381, in una chiave di lettura che non deve riguardare la gravità indiziaria e le esigenze cautelari (valutazione questa riservata all'applicabilità delle misure cautelari coercitive), né l'apprezzamento sulla responsabilità (riservato alla fase di cognizione del giudizio di merito). In particolare, la verifica che il giudice deve compiere attiene alla configurabilità in astratto del reato per cui si è proceduto all'arresto e la sua attribuibilità alla persona arrestata, quali condizioni legittimanti la privazione della libertà personale (Sez. 3, 8422/2018).

Se si tratta di arresto facoltativo, il giudice della convalida deve operare un controllo di mera ragionevolezza, ponendosi nella stessa situazione di chi ha operato l'arresto, per verificare, sulla base degli elementi al momento conosciuti, se la valutazione di procedere all'arresto rimanga nei limiti della discrezionalità della PG e trovi quindi ragionevole motivo nella gravità del fatto ovvero nella pericolosità del soggetto, senza estendere il predetto controllo alla verifica dei presupposti per l'affermazione di responsabilità (Sez. 5, 1814/2016).

Non possono rilevare nell'ambito del giudizio da esprimersi all'atto della convalida dell'arresto, elementi non acquisiti, né acquisibili al momento del fatto, secondo una impostazione tipica che appartiene alla fase di merito o a quella cautelare (Sez. 4, 9184/2018).

In tema di convalida dell'arresto o del fermo l'art. 391, comma 7, nella parte in cui prevede che l'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice, va interpretato nel senso che, **quando l'ordinanza venga pronunciata senza soluzione di continuità all'esito dell'udienza camerale, il termine deve ritenersi rispettato anche se, per il protrarsi dell'interrogatorio, dovuto alla complessità del medesimo, all'atto della pronuncia siano passate oltre 48 ore dalla messa dell'arrestato o fermato a disposizione del giudice, atteso che una tale situazione non viola (avuto riguardo al principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur*) la sostanza dell'art.13, comma 2 Cost.**, ove si stabilisce il doppio limite delle novantasei ore (quarantotto più quarantotto) entro il quale l'autorità di pubblica sicurezza deve comunicare all'AG l'avvenuto arresto o fermo di una persona ed il giudice deve convalidarlo (Sez. 1, 35706/2001).

Quando l'ordinanza non venga pronunciata all'esito dell'udienza, ma venga depositata successivamente, tale deposito deve necessariamente essere effettuato entro le 48 ore decorrenti dal momento in cui l'arrestato o fermato è stato posto a disposizione del giudice, giacché l'intervenuta soluzione di continuità tra udienza di convalida e deposito del provvedimento, non presentando carattere di necessità ed essendo, quindi, evitabile, non giustificerebbe l'inosservanza del predetto termine perentorio (Sez. 6, 46063/2008).

Il giudice investito della convalida deve procedere, entro quarantotto ore, alla convalida della misura pre-cautelare e, contestualmente, all'adozione della misura cautelare richiesta dal PM, essendo tenuto, in mancanza di tale decisione, a disporre l'immediata scarcerazione del prevenuto.

Il giudice investito della richiesta di applicazione della misura cautelare, pur quando sia previsto indirettamente un termine da una specifica disposizione di legge, la cui inosservanza imponga, come nel caso dell'art. 391, l'immediata liberazione dell'interessato, conserva comunque, anche dopo la scadenza del detto termine, il potere di provvedere sull'originaria richiesta del PM, non essendo, in ogni caso, previste sanzioni concernenti specificamente l'atto eventualmente assunto oltre il suddetto termine (Sez. 1, 10465/2017).

Il provvedimento con cui il giudice respinge la richiesta di convalida di arresto in flagranza per **spaccio di sostanza stupefacente** ravvisando l'ipotesi del fatto lieve di cui al quinto comma del predetto articolo non travalica le attribuzioni del giudice della convalida in quanto si basa su quanto già conoscibile dalla PG precedente e che doveva costituire oggetto di immediato apprezzamento concernendo i presupposti legittimanti la misura limitativa della libertà personale (Sez. 6, 413/1999).

Sussiste l'**interesse del PM alla impugnazione della ordinanza di mancata convalida**, sia al fine di far emergere l'illegittimità della situazione derivante dall'ordinanza che incide sullo stato di libertà personale dell'indagato, sia al fine di evitare che – in sede di fungibilità della detenzione (art. 657) – l'indagato possa costituirsi, per eventuali reati in precedenza commessi, un'impropria "riserva" di pena derivante dalla privazione della libertà personale senza titolo.

Va peraltro valorizzato altresì l'interesse pubblico all'eliminazione dei presupposti per l'esperibilità di eventuale domanda di riparazione per ingiusta detenzione.

Sotto diverso profilo l'interesse del PM a ricorrere risiede altresì nella esigenza di vedere comunque riconosciute correttezza e legittimità dell'operato della PG che ha proceduto all'arresto non convalidato anche in relazione alla facoltà, proprio dell'ufficio della Procura in sede di verifica dei presupposti legittimanti la misura coercitiva, di procedere alla immediata liberazione dell'arrestato ai sensi dell'art. 389 comma 1 (Sez. 4, 109/2016).