

Diritto di comparizione personale nel procedimento di riesame: le Sezioni Unite dirimono il contrasto insorto sull'interpretazione dell'art. 309, commi 6 e 8 bis, c.p.p.

di **Jacopo Al Jundi**

Sommario. **1.** Premessa - **2.** La vicenda processuale - **3.** Gli orientamenti giurisprudenziali formati prima della legge n. 47 del 2015 - **4.** Il criterio del dato contenutistico: la volontà di rendere dichiarazioni e l'oggetto delle stesse - **5.** La novella del 2015: tra esigenze di celerità e diritto alla comparizione personale la Cassazione si divide - **6.** Il primo, più restrittivo, orientamento: l'interpretazione letterale della norma all'insegna dei principi di ragionevolezza, tempestività ed eguaglianza - **7.** Il secondo orientamento attribuisce centralità all'esercizio del diritto di difesa - **8.** La soluzione proposta dalle Sezioni unite. - **9.** Il principio di diritto

1. Premessa

Con la sentenza in commento¹ le Sezioni Unite risolvono definitivamente il contrasto insorto sulle modalità di esercizio, da parte della persona detenuta o internata ovvero sottoposta a misura privativa o limitativa della libertà personale, del diritto di comparire personalmente all'udienza di riesame ai sensi dell'art. 309, commi 6 e 8 bis, c.p.p. come riformulato dalla legge n. 47 del 2015.

A fronte, infatti, di un primo e più restrittivo orientamento, che subordinava l'esercizio di tale diritto alla formulazione, da parte dell'interessato o del difensore, dell'istanza di comparizione contestualmente alla proposizione della richiesta di riesame, se ne registrava un secondo, meno rigoroso, che riteneva che la richiesta potesse essere presentata anche non contestualmente alla proposizione dell'impugnazione cautelare, ma comunque in tempo utile per consentire di organizzare la tempestiva traduzione in udienza ai fini del regolare svolgimento del procedimento.

Come vedremo, le Sezioni unite si esprimono in favore della prima impostazione, che propende per un'interpretazione dell'art. 309, commi 6 e 8 bis, c.p.p. più fedele al dato normativo e maggiormente rispondente alle esigenze di celerità che devono connotare, a detta della S.C., il procedimento di riesame, fornendo al tempo stesso utili precisazioni sui presupposti che

¹ Cass. pen., Sez. un., 27.02.2020, n. 11803.

legittimano il soggetto ristretto a richiedere comunque il differimento dell'udienza ai sensi del comma 9 bis dell'art. 309 c.p.p.

2. La vicenda processuale

Con ordinanza ex art. 309, comma 9 c.p.p., il Tribunale del riesame di Napoli sostituiva la misura della custodia cautelare in carcere, applicata all'indagato dal G.i.p. presso il Tribunale di Torre Annunziata, con quella degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.

Avverso tale decisione il difensore proponeva ricorso per Cassazione, lamentando, per quanto qui di interesse, la nullità dell'ordinanza per violazione degli artt. 309, commi 6 e 8 bis, 178, lett. c) e 179 c.p.p.: premesso che il detenuto aveva presentato personalmente dal carcere la richiesta di partecipazione all'udienza camerale e che l'istanza era stata rigettata in quanto proposta non contestualmente all'impugnazione cautelare, il ricorrente sosteneva che l'art. 309, comma 6, c.p.p. attribuiva all'imputato la possibilità, ma non l'obbligo, di avanzare la richiesta di comparizione contestualmente all'istanza di riesame, sicché la stessa doveva ritenersi tempestiva.

Con il secondo motivo, invece, veniva eccepita l'illegittimità costituzionale dell'art. 309, comma 6, c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., laddove interpretato nel senso contrario a quello sostenuto nel primo motivo.

3. Gli orientamenti giurisprudenziali formati prima della legge n. 47 del 2015

Prima di vagliare le ragioni dei due contrapposti orientamenti, le Sezioni Unite ritengono opportuno richiamare i principi giurisprudenziali affermatasi prima delle novità introdotte dalla legge n. 47 del 2015², che come noto ha apportato rilevanti modifiche all'art. 309 c.p.p., il cui comma 6 prevede, oggi, che «con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e l'imputato *può* chiedere di comparire personalmente», ed il cui comma 8 bis stabilisce che ha diritto di comparire personalmente all'udienza l'imputato che «ne abbia fatto richiesta *ai sensi del comma 6*».

Secondo l'impostazione antecedente la novella del 2015, le modalità di comparizione dell'indagato all'udienza di riesame erano disciplinate, giusto il richiamo effettuato dall'art. 309, comma 8, c.p.p., dall'art. 127, comma 3, c.p.p., che stabiliva che l'interessato aveva diritto ad essere sentito se compariva, mentre, qualora fosse detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione e ne faceva richiesta lo stesso andava sentito, prima dell'udienza camerale, dal magistrato di sorveglianza del luogo.

² Per una sintesi efficace sul tema vd. A. MARANDOLA, *Partecipazione personale al riesame: una lettura in linea con la Costituzione*, in *Giur. It.*, 2019, 8-19, 1927.

In una prima fase, la Cassazione aveva attribuito rilievo al diritto alla comparizione personale dell'interessato all'udienza di riesame. A partire, infatti, dalla sentenza Carlutti del 1995³ le Sezioni unite avevano stabilito che la mancata traduzione all'udienza di riesame dell'indagato, dell'imputato o del condannato che ne aveva fatto richiesta comportava la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza camerale e della successiva pronuncia del Tribunale del riesame ai sensi dell'art. 179 c.p.p.

Tale impostazione prendeva le mosse da quanto stabilito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 98 del 1982 e n. 45 del 1991, che riconoscevano *«un ruolo decisivo, ai fini della corretta applicazione dell'art. 24, comma 2, Cost. alla presenza all'udienza camerale dell'imputato detenuto che avesse manifestato espressamente la volontà di comparire, in quanto unico mezzo idoneo a consentirgli di esprimere le sue ragioni, in special modo quando queste vertevano su questioni di fatto»*.

In relazione ai soggetti detenuti o internati al di fuori della circoscrizione del giudice precedente, la giurisprudenza aveva inizialmente subordinato il diritto alla traduzione⁴ alla sola condizione che vi fosse stata una esplicita richiesta in tal senso, salvo, poi, attribuire rilievo ad un requisito ulteriore, rappresentato dalla tempestività della richiesta di partecipazione all'udienza camerale.

Infatti, pur riconoscendo il diritto dell'imputato a comparire per essere sentito dinanzi il giudice di sorveglianza o il Tribunale del riesame anche laddove ristretto fuori circoscrizione, secondo la Cassazione la richiesta di comparizione doveva ritenersi correlata a requisiti di regolarità e tempestività, *«non potendosi prescindere tra il diritto fondamentale dell'imputato di essere presente e la necessità di rispettare le caratteristiche di snellezza e celerità del rito»*⁵.

Le successive indicazioni delle Sezioni unite e della Corte costituzionale non avevano fugato tutti i dubbi sulla questione, tanto che anche in epoca prossima all'introduzione della legge n. 47 del 2015 permaneva un contrasto circa la riconoscibilità – e in quali termini – del diritto dell'imputato detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice a partecipare all'udienza di riesame.

L'indirizzo maggioritario riconosceva tale diritto, sottolineando come *«qualora l'interessato detenuto o internato avanzasse richiesta di essere sentito personalmente, il giudice fosse vincolato, a pena di nullità, a disporre la*

³ Cass. pen., Sez. un., 22.11.1995, n. 40.

⁴ vd. Cass. pen., Sez. un., 25.03.1998, n. 9, secondo cui l'indagato, detenuto o internato in luogo esterno al circondario ove ha sede il tribunale competente a decidere, ha diritto alla traduzione per essere sentito davanti al magistrato di sorveglianza o a quello del riesame a condizione che vi sia stata una sua esplicita richiesta in questo senso, pur se l'indicazione di tale diritto nell'avviso di udienza non è prevista da alcuna disposizione, né la sua omissione può integrare alcuna nullità.

⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 24.06.2010, n. 35399.

traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale»⁶, ferma restando la condizione che «la sollecitazione dell'indagato detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice fosse tempestiva in relazione al momento in cui lo stesso aveva ricevuto la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza». Alcune pronunce, poi, poi pretendevano il rispetto del requisito della tempestività a prescindere dal luogo di restrizione del richiedente⁷.

Una diversa prospettiva sosteneva, invece, che l'indagato o imputato detenuto «fuori distretto» non avesse diritto ad essere sentito all'udienza di riesame, ma solo dal magistrato di sorveglianza⁸.

4. Il criterio del dato contenutistico: la volontà di rendere dichiarazioni e l'oggetto delle stesse

Tra le diverse interpretazioni della norma si registrava l'impostazione intermedia seguita da una parte della giurisprudenza, la quale, differenziandosi dagli orientamenti precedenti, riconosceva il diritto dell'imputato detenuto di presenziare all'udienza di riesame, ma ne condizionava l'esercizio ad un duplice dato contenutistico, rappresentato dall'espressione della volontà di rendere dichiarazioni ed dall'oggetto delle stesse.

Dopo aver escluso la sussistenza di un «*diritto pieno ed indiscutibile dell'interessato, detenuto in luogo esterno al circondario, ad essere sentito nell'udienza camerale di riesame, poiché la regola generale ai sensi dell'art. 127, comma 3, c.p.p. era quella dell'audizione avanti il giudice di sorveglianza*», la S.C. aveva stabilito che detta regola «*poteva, anzi doveva essere disattesa qualora l'indagato volesse interloquire per contestare le risultanze probatorie ed indicare circostanze a lui favorevoli avendo egli diritto di esplicitare quelle attività che non possono essere adeguatamente ed efficacemente svolte davanti al giudice di sorveglianza*», restando ferma la facoltà del giudice di «*disattendere le richieste di audizione formulate genericamente o per meri fini defatigatori*»⁹

Le Sezioni Unite del 2020 recepiranno tale interpretazione per dirimere la questione sottoposta alla loro attenzione.

⁶ Cass. pen., Sez. II, 04.12.2006, n. 1099.

⁷ Cass. pen., Sez. VI, 17.10.2013, n. 44415; conf. Cass. pen., Sez. V, 27.09.2006, n. 37034.

⁸ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 12.07.2007, n. 39834 e Cass. pen., Sez. IV, 29.05.2013, n. 26993, per cui l'audizione dinanzi al magistrato di sorveglianza sostituiva l'intervento in udienza.

⁹ Cass. pen., Sez. II, 27.06.2006, n. 29602.

5. La novella del 2015: tra esigenze di celerità e diritto alla comparizione personale la Cassazione si divide.

Con l'introduzione della legge n. 47 del 2015¹⁰ il legislatore ha apportato sensibili modifiche all'art. 309 c.p.p., volte a rafforzare la tutela dei tempi di definizione del procedimento di riesame ed a consentire all'imputato di poter fruire di un maggior periodo di tempo per preparare la propria difesa.

Sotto il primo profilo, ai due termini alla cui inosservanza è associata l'inefficacia della misura cautelare (quello della trasmissione degli atti entro cinque giorni dalla sua richiesta ex art. 309, comma 5, c.p.p. e quello della decisione entro dieci giorni dalla ricezione ex art. 309, comma 9, c.p.p.), la novella ha aggiunto un ulteriore termine – quello del deposito dell'ordinanza entro trenta giorni, prorogabile sino a quarantacinque previsto dall'art. 309, comma 10 c.p.p. – per la cui inosservanza è prevista la perdita di efficacia della misura, rafforzata dalla previsione, prevista sempre dal comma 10, che in tali casi la stessa può essere rinnovata solo in presenza di eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate.

In relazione, invece, al secondo aspetto – che in questa sede ci occupa più direttamente – il legislatore ha introdotto all'art. 309 c.p.p. il comma 9 bis, che consente all'imputato, entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, di chiedere personalmente il differimento della data di udienza, che il tribunale può disporre da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni, qualora dall'istanza emergano giustificati motivi.

Le ulteriori innovazioni apportate dall'art. 11 della legge n. 47 del 2015, ovvero l'aggiunta, alla fine del primo periodo del comma 6 dell'art. 309 c.p.p. delle parole «e l'imputato può chiedere di comparire personalmente» e l'introduzione, alla fine del comma 8 bis della medesima disposizione, del periodo «l'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente» introducono il tema di contrasto che ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni unite.

6. Il primo, più restrittivo, orientamento: l'interpretazione letterale della norma all'insegna dei principi di ragionevolezza, tempestività ed eguaglianza

Secondo il primo (e maggioritario) orientamento¹¹, nel procedimento di riesame avverso i provvedimenti impositivi di misure cautelari, per effetto

¹⁰ La norma di riferimento è l'art. 11 l. 47 del 2015, che ha ripreso le proposte di intervento in tema di processo penale istituita con d.m. 10.06.2013 (c.d. Commissione Canzio), la quale ne aveva indicato la ratio rilevando che «nei commi 6 e 8 bis è stato previsto il diritto dell'imputato di comparire personalmente, oggi rimesso alla discrezionalità del giudice secondo l'art. 127, talvolta ancora interpretato, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, nel senso che la richiesta dell'imputato non sia vincolante».

¹¹ Cass. pen., Sez. II, 11.03.2016, n. 13707; conf. ex plurimis, Cass. pen., Sez. V, 26.06.2019, n. 3418, Cass. pen., Sez. VI, 14.06.2017, n. 35939, Cass. pen., Sez. I, 11.04.2017, n. 31400, Cass.

della modifica dei commi 6 e 8 bis dell'art. 309 c.p.p. ad opera della legge n. 47 del 2015, il soggetto sottoposto a misura privativa della libertà personale poteva esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale solo se ne faceva richiesta, anche per il tramite del difensore, nell'istanza di riesame, con conseguente inapplicabilità degli artt. 127, comma 3, c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p., che prevedevano il diritto dell'interessato detenuto fuori dal circondario di essere sentito dal magistrato di sorveglianza.

Tale impostazione valorizzava *«l'inequivoco significato letterale delle disposizioni in commento»*, che subordinavano il diritto di comparire personalmente attribuito all'imputato all'adempimento/condizione di averne fatto richiesta ai sensi dell'art. 309, comma 6, c.p.p., ovvero contestualmente alla richiesta di riesame, mentre, ad opinare diversamente, osservava la Corte, *«disancorando il diritto dell'interessato di comparire alla previa richiesta ai sensi del comma 6 si sarebbe finito con il privare il comma 8 bis di un qualsivoglia ambito di pratica applicazione, facendo di detto comma una norma inutiliter data»*¹².

Secondo la S.C., a tali rilievi, fondati sul dato testuale della norma, si associavano argomentazioni di ordine sistematico, che muovevano, in primo luogo, dalla struttura semplificata dell'impugnazione cautelare, rispondente all'esigenza di fornire una *«tutela immediata alle persone sottoposte a vincolo, generando un diritto alla revisione tempestiva dell'ordinanza genetica»*, che tuttavia doveva essere coniugato con il più generale diritto al contraddittorio nella sua matrice dell'oralità, come prescritto dagli artt. 111 Cost. e 6 C.e.d.u., la cui tutela nella cognizione cautelare era stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 45 del 1991.

Tale posizione giurisprudenziale perseguiva l'obiettivo di realizzare *«un equilibrato bilanciamento tra la tutela del diritto alla partecipazione e quello alla celerità del procedimento incidentale di revisione dell'ordinanza cautelare»*, che non necessiterebbe di *«amplificazioni interpretative, essendo già coerente con le indicazioni costituzionali e convenzionali che richiedono anche la tutela del diritto di eguaglianza»*¹³.

Nel subordinare il diritto alla comparizione personale alle rigide decadenze stabilite dall'art. 309, commi 6 e 8 bis c.p.p., la Cassazione voleva prevenire il rischio di creare situazioni di pregiudizio per gli stessi detenuti a seconda che avessero presentato – o meno – la richiesta di comparizione contestualmente all'istanza di riesame. Altrimenti si sarebbe corso il pericolo di affidare in via esclusiva la tutela del diritto alla partecipazione in udienza *«alla capacità di*

pen., Sez. VI, 03.10.2017, ove si sottolinea che la richiesta di comparizione personale ai sensi dei commi 6 e 8 bis dell'art. 309 c.p.p. può essere presentata anche dal difensore con la richiesta di riesame.

¹² Cass. pen., Sez. I, 06.10.2015, n. 49882, Cass. pen., Sez. VI, 05.10.2017, n. 50211, Cass. pen., Sez. II, 01.02.2017, n. 7997.

¹³ Cass. pen., Sez. II, 15.01.2018, n. 12854.

organizzare in modo tempestivo la traduzione, ovvero ad una competenza amministrativa disomogenea nel territorio nazionale e prevedibile fonte di diseguaglianze»¹⁴.

Superate, così, le asimmetrie derivanti dal luogo di detenzione del ristretto, venivano rimarcate la peculiarità del procedimento di liberazione, caratterizzato da «*tempi stringenti della decisione nel precipuo interesse del soggetto sottoposto a cautela*», con la conseguenza che la previsione di un termine certo, obiettivo ed incontrovertibile, ancorato alla richiesta di riesame ed insuscettibile di interpretazioni elastiche si sarebbe risolta «*in una garanzia di certezza ed effettività dell'esercizio del diritto dell'interessato di comparire*»¹⁵.

In conclusione, l'istante che aveva formulato la richiesta di comparizione nel rispetto dei termini di legge diveniva un «*soggetto a partecipazione necessaria*»¹⁶, così generando in capo all'autorità procedente l'obbligo di traduzione, il cui mancato adempimento comportava la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza camerale ai sensi degli artt. 178, 179 c.p.p., restando impregiudicata l'efficacia della misura imposta.

7. Il secondo orientamento attribuisce centralità all'esercizio del diritto di difesa

La seconda prospettiva propendeva per la tesi secondo cui il diritto di comparizione della persona sottoposta a restrizione della libertà personale non sarebbe sottoposto a limitazioni o decadenze, a condizione che la richiesta venisse esercitata tempestivamente, in modo da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento del procedimento¹⁷.

Al pari della precedente impostazione, anche questa faceva leva su ragioni di ordine letterale e sistematico. Quanto alle prime, la Cassazione sottolineava che «*il comma 6 dell'art. 309 c.p.p. stabilisce che l'imputato, con la richiesta di riesame, poteva chiedere di comparire, ma non che doveva farlo*», evidenziando come la disposizione non prevedesse alcuna sanzione processuale espressa per il caso che ciò non avvenisse¹⁸.

Sul piano sistematico, il secondo orientamento, richiamando sia la giurisprudenza costituzionale che le fonti sovranazionali, sottolineava la

¹⁴ Cass. pen., Sez. I, 10.05.2019, n. 30714.

¹⁵ Vd. Cass. pen., Sez. I, 06.10.2015, cit., che evidenzia come tale prospettiva elimini qualsiasi prerogativa discrezionale in capo ai giudici di libertà.

¹⁶ Cass. pen., Sez. II, 30.10.2018, n. 363.

¹⁷ Cass. pen., Sez. II, 03.04.2017, n. 36160.

¹⁸ Vd. Cass. pen., Sez. VI, 07.03.2019, n. 24894, per cui la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 309 c.p.p., così interpretata, non sarebbe superflua, perché segnerebbe comunque un mutamento rispetto alla meno netta disciplina generale dell'art. 127 c.p.p., anteriormente applicabile, e trovando perciò una sua ragion d'essere nella necessità di dirimere ogni incertezza interpretativa sullo specifico punto.

particolare valenza difensiva del diritto di partecipazione all'udienza di riesame. Infatti, *«l'intento legislativo di individuare un momento certo e preciso per avanzare la richiesta di comparizione doveva bilanciarsi con la valenza difensiva del diritto di partecipare all'udienza di riesame»*, non potendo tale prerogativa ritenersi compressa, cristallizzandone l'esercizio in un momento ancora connotato dalla fluidità delle strategie difensive.

Pertanto, l'accoglimento del primo orientamento avrebbe comportato la conseguenza di subordinare il diritto dell'interessato di partecipare personalmente al giudizio a mere esigenze di tipo organizzativo della pubblica amministrazione, sicché «la richiesta di presenziare all'udienza di riesame non doveva necessariamente essere presentata con l'atto introduttivo del giudizio, ma poteva essere formulata con atto separato ed anche successivo», purché pervenisse in tempo utile¹⁹.

8. La soluzione proposta dalle Sezioni Unite

Come anticipato, le Sezioni Unite privilegiano l'opzione interpretativa che prende le mosse dal primo orientamento, ma che valorizza anche la facoltà per l'imputato di chiedere il differimento dell'udienza al fine di essere sentito su temi specifici, con una precisazione preliminare.

La disciplina in esame trova applicazione solo nei confronti dell'imputato detenuto, internato o comunque sottoposto a misura coercitiva in concreto limitativa della possibilità di partecipare all'udienza, mentre fuori da questi casi, ovvero in presenza di una misura coercitiva non limitativa, la necessità di disciplinare l'esercizio del diritto di comparizione risulterebbe, secondo la Corte, del tutto irragionevole.

Per giungere alla soluzione, la Cassazione offre una disamina delle principali evoluzioni che hanno interessato, in chiave garantistica²⁰, l'intero sistema delle misure cautelari personali, che costituisce la base su cui poggia l'attuale normativa che disciplina l'esercizio del diritto di comparizione all'udienza di riesame.

A partire dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 293, comma 3, c.p.p. – ad opera della sentenza n. 192 del 1997 della Consulta – nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme con l'ordinanza impositiva della misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa, la pronuncia richiama i principali orientamenti della giurisprudenza di legittimità in punto di

¹⁹ Ciò che conta, secondo Cass. pen., Sez. VI, 22.03.2019, n. 21179 è che la richiesta pervenga in tempo utile per organizzare la traduzione della persona in vinculis.

²⁰ La sentenza in commento evidenzia che i rilievi della sentenza n. 45 del 1991 della Corte costituzionale non possono essere valutati senza considerare la rilevante evoluzione legislativa successiva al 1991, che ha modificato il quadro normativo di riferimento sotto profili centrali ai fini della valutazione della coerenza costituzionale delle diverse soluzioni.

instaurazione del procedimento cautelare e successivo esercizio del diritto di difesa.

La disciplina di garanzia legata al deposito degli atti ai sensi dell'art. 293 c.p.p. ha portato la S.C. a chiarire, in primo luogo, che l'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare ex art. 294 c.p.p. è viziato da nullità a regime intermedio qualora non sia stato preceduto dal deposito in cancelleria dell'ordinanza applicativa, della richiesta del pubblico ministero e degli atti ad essa correlati, essendo tale soluzione idonea a «*garantire l'esercizio del diritto di difesa in una delle sue componenti essenziali, rappresentata dalla necessità di ampia e congrua conoscenza*»²¹.

In questa dinamica si sono inserite quelle successive sentenze che ritenevano che il termine per la proposizione della richiesta di riesame decorresse, per il difensore, dalla notifica dell'avviso di deposito dell'ordinanza impositiva della misura unitamente alla richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa²².

Le Sezioni Unite traggono, poi, ulteriori elementi di portata generale dalla disamina della disciplina del deposito delle registrazioni intercettate di cui all'art. 268 c.p.p., oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale con sentenza n. 336 del 2008 nella parte in cui non prevedeva che dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare il difensore potesse ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, anche se non depositate²³. Da tale impostazione erano scaturiti, ricorda la Corte, diversi interventi legislativi (si pensi alle novità introdotte sul tema dal d. lgs. n. 217 del 2017), da ultimo coincisi con la modifica dell'attuale versione dell'art. 293, comma 3, c.p.p. ad opera della legge n. 7 del 28 febbraio 2020²⁴, che ha ripristinato – dopo la

²¹ Vd. Cass. pen., Sez. un., 28.06.2005, n. 26798; cfr. ex plurimis Cass. pen., Sez. IV, 17.10.2019, n. 44187 e Cass. pen., Sez. VI, 22.02.2018, n. 13309, per cui l'omessa notifica al difensore dell'avviso di deposito dell'ordinanza cautelare prima dell'interrogatorio non determina alcuna nullità di quest'ultimo, la quale consegue esclusivamente alla mancata disponibilità, per lo stesso difensore, degli atti – ordinanza, richiesta p.m. e documenti su cui la richiesta si fonda – nella cancelleria del giudice che ha emesso l'ordinanza.

²² Cass. pen., Sez. un., 26.02.2003, n. 18571; cfr. Cass. pen., Sez. VI, 15.05.2018, n. 26045.

²³ Sul punto le Sezioni unite, con sentenza n. 20300 del 22.04.2010, hanno ritenuto che la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi dell'art. 268, comma 4, c.p.p. alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cd. Brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determini l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale de libertate. Dunque, anche se non posta in correlazione con gli adempimenti esecutivi di cui all'art. 293 c.p.p., la decisione della Corte costituzionale assicura comunque l'accesso alle registrazioni in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento di riesame.

²⁴ La materia è stata approfondita da D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sistema Penale*, 02.03.2020.

cesura post dal d.l. n. 161/2019 – il diritto del difensore di esaminare ed estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate poste a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare²⁵.

Secondo la sentenza, l'attuale disciplina del procedimento di applicazione delle misure cautelari consegna *«un assetto in virtù del quale alla difesa è assicurata un'ampia conoscenza degli atti e degli elementi posti a sostegno dell'applicazione della misura coercitiva»*, con la conclusione che *«l'ancoraggio della richiesta di comparire all'udienza camerale alla presentazione della richiesta di riesame si inserisce in un quadro in cui è assicurata, in quel momento, la conoscenza degli elementi in base ai quali operare la scelta sulla comparizione dell'imputato»*. Pertanto, alla stregua del ventaglio di facoltà difensive riconosciute al destinatario della misura ed al difensore nell'intervallo di tempo che intercorre tra la fase esecutiva dell'ordinanza cautelare e la scadenza del termine per proporre la richiesta di riesame, l'interessato sarebbe in grado, a detta della S.C., di operare ogni valutazione sottesa alla partecipazione o meno all'udienza camerale.

Sulla base di tali premesse, le Sezioni unite censurano le ragioni poste a fondamento dell'orientamento minoritario.

Le pronunce riconducibili alla seconda impostazione svalutano, secondo la Corte, il dato letterale laddove sottolineano, per un verso, l'utilizzo, nel corpo dell'art. 309, comma 6, c.p.p., del verbo *“può”* anziché *“deve”* e, per altro verso, che *«il comma 8 bis del medesimo articolo nulla dice sui tempi e sulle modalità di presentazione della richiesta di comparire, rinviando, interamente, sul punto, alla regola del comma 6»*²⁶.

Quanto al primo argomento, la sentenza chiarisce che all'utilizzo della locuzione verbale *“può”* deve riconoscersi *«mera valenza ricognitiva della configurazione legislativa del procedimento di riesame come a partecipazione facoltativa dell'interessato»* e dunque della sua riconducibilità al *genus* del procedimento in camera di consiglio disciplinato dall'art. 127 c.p.p., avendo il legislatore del 2015 confermato la collocazione di tale procedimento nell'ampia categoria dei procedimenti in camera di consiglio a partecipazione eventuale delle parti²⁷.

In relazione, invece, alla formulazione letterale del comma 8 bis, secondo la S.C. esso ribadisce soltanto che il diritto di comparizione personale dinanzi al giudice del riesame deve essere esercitato attraverso la richiesta di cui al

²⁵ Un ulteriore rafforzamento della disciplina tesa ad assicurare all'imputato la conoscenza degli elementi sui quali si fonda la misura si è registrata con il d. lgs. n. 101 del 2014, con il quale si è data attuazione alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, il cui comma 1, lett. a) ha sostituito il comma 1 dell'art. 293 c.p.p., stabilendo che la comunicazione scritta alla quale si accompagna l'ordinanza applicativa deve informare l'imputato del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento.

²⁶ Cass. pen., Sez. VI, 07.03.2019, cit.

²⁷ Cass. pen., Sez. Un., 28.05.2003, n. 26156.

comma 6, instaurandosi una «correlazione in termini di contestualità tra la richiesta di riesame e la richiesta di comparizione personale», senza che da ciò derivi alcuna decadenza dalla facoltà di comparire in udienza. L'istituto, infatti, presuppone la previsione – e l'inosservanza – di termini ex art. 172 c.p.p., che risultano assenti nella disciplina della legge n. 47 del 2015.

Da tale impostazione deriva, quale ulteriore conseguenza, la definitiva inapplicabilità, in quanto incompatibile, del combinato disposto di cui agli artt. 309, comma 8, e 127, comma 3, c.p.p. nella sola parte relativa alla comparizione dell'interessato all'udienza di riesame, nonché dell'art. 101 disp. att. c.p.p., essendo il tratto essenziale della nuova normativa rappresentato dal diritto dell'imputato a comparire dinanzi al giudice del riesame e, con esso, dal «*superamento di qualsiasi differenza nella disciplina della partecipazione all'udienza di riesame correlate al luogo di detenzione: sia al detenuto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, sia al detenuto entro la medesima circoscrizione, è assicurato il diritto di comparire personalmente dinanzi al Tribunale della libertà, a condizione che la relativa istanza sia stata avanzata con la richiesta di riesame*»²⁸.

A sostegno di tale impostazione le Sezioni unite evidenziano la peculiare configurazione del procedimento di riesame²⁹, articolato secondo una rigida scansione temporale³⁰ presidiata da comminatorie di perdita di efficacia della misura in caso di inosservanza, che riguardano la fase iniziale (di trasmissione degli atti), il suo svolgimento (fino alla decisione), e, da ultimo, il deposito della motivazione e l'impugnabilità della decisione, che sono ulteriormente rafforzate dalla previsione, introdotta dalla legge n. 47 del 2015, che in tali

²⁸ Le Sezioni unite traggono, *a contrario*, conferma dell'univoca significatività delle due norme dalle varie disposizioni che attribuiscono al detenuto la facoltà di comparire a richiesta, quali l'art. 666, comma 4, c.p.p. in tema di procedimento di esecuzione, l'art. 7, d. lgs. n. 159 del 2011 in tema di procedimento di previsione, l'art. 309, comma 8 bis, c.p.p.

²⁹ La sentenza richiama la *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in Supp. Ord. n. 2 alla G.U. n. 250 del 24.10.1988 – Serie Generale per ricordare che già nella configurazione originaria dell'art. 309 c.p.p. era previsto, nella prospettiva di assicurare la caratteristica di rapidità coesistente al procedimento di riesame, un termine massimo per la decisione, alla cui inosservanza conseguiva l'effetto per cui la misura cautelare disposta con l'ordinanza assoggettata a riesame doveva ritenersi immediatamente caducata. Inoltre, viene citata la disciplina innovativa in allora apportata dalla legge n. 332 del 1995, il cui art. 16, modificando il comma 10 dell'art. 309 c.p.p., assimilava la disciplina del termine per la decisione a quella del termine per la trasmissione degli atti al Tribunale del riesame da parte dell'autorità procedente.

³⁰ Vd. Corte cost., n. 232 del 1998, per cui la ratio del termine perentorio stabilito dal legislatore del 1995 per la trasmissione degli atti era quella di impedire che il termine per la decisione decorresse da un dies a quo lasciato alla determinazione degli organi giudiziari, non astretti nei loro adempimenti a vincoli temporali assistiti da sanzione processuale, lacuna superata attraverso il conferimento del «carattere di perentorietà, a pena di decadenza della misura, anche al termine per la trasmissione degli atti».

casi la misura coercitiva può essere rinnovata solo in presenza di eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate.

In tale quadro si inseriscono le modifiche della disciplina della partecipazione a distanza dell'imputato all'udienza di riesame, finalizzata a «*dirimere ogni incertezza, eliminando la relativa discrezionalità in capo ai giudici de liberate in ordine alla individuazione della concreta nozione di "tempestività" (della richiesta di comparire)*», ancorando il diritto dell'imputato a presenziare ad un «*dato certo, obiettivo e incontrovertibile*», insuscettibile di interpretazioni elastiche e volto a prevenire eventuali atteggiamenti dilatori o di mera ostruzione³¹.

In definitiva, a detta della Corte, l'accoglimento di tale interpretazione consente, sin dal momento della fissazione dell'udienza, una programmazione tendenzialmente affidabile del lavoro dei giudici del riesame, condizione decisiva per assicurare l'osservanza dei termini perentori per la decisione e per il deposito della motivazione, a tutela della certezza dei tempi della decisione e della sua eventuale impugnazione, senza che ciò comporti la riduzione delle facoltà difensive spettanti all'interessato.

8. La richiesta di differimento ai sensi dell'art. 309, comma 9 bis, c.p.p.

Sottolinea, infine, la pronuncia in esame che tale interpretazione valorizza l'ulteriore arricchimento del patrimonio di garanzie del detenuto sancito dalla legge 47 del 2015 con l'attribuzione della possibilità di ottenere, in presenza di giustificati motivi, il differimento dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni ai sensi dell'art. 309, comma 9 bis, c.p.p., con richiesta da depositare entro due giorni dalla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza.

Sul punto la sentenza individua una serie di ipotesi che giustificano il differimento, a partire dalla richiesta dell'imputato di essere sentito su specifici temi, «*riguardanti eminentemente la quaestio facti ed attinenti ad esigenze di difesa e non meramente pretestuosi*»³². L'istituto in esame consentirebbe, pertanto, di salvaguardare le esigenze di programmazione connesse alla celebrazione dei procedimenti di riesame, senza privare l'interessato della facoltà di essere sentito nell'udienza camerale pur dopo la presentazione della richiesta ai sensi dell'art. 309, comma 6, c.p.p.

Tali conclusioni consentono, secondo la Corte, di escludere che la soluzione proposta comporti una diminuzione delle facoltà difensive riconosciute all'imputato: al contrario, siffatta impostazione risulta in linea con la

³¹ Non c'è alcuna differenza, sostiene la Corte, tra la posizione del soggetto detenuto «fuori distretto» rispetto a quella del detenuto ristretto all'interno del circondario del giudice precedente, così configurando un diritto di partecipazione uguale per ciascun indagato, cioè senza differenze originate dal luogo di detenzione.

³² Cass. pen., Sez. VI, 03.03.2016, n. 13050

fisionomia del procedimento di riesame, che non inerisce al merito della pretesa punitiva, ma è finalizzato esclusivamente a verificare, in termini ristrettissimi e perentori, la sussistenza dei presupposti della misura cautelare applicata.

In definitiva, l'orientamento maggioritario assicura, secondo la S.C., il bilanciamento tra l'esercizio del diritto del detenuto alla partecipazione all'udienza camerale e le esigenze di celerità del procedimento di riesame, secondo canoni non più rimessi alla discrezionalità del giudice, ma definiti dalla legge.

Ciò comporterà, inevitabilmente, oneri ancor più stringenti in capo al difensore, il quale non solo dovrà informare il soggetto attinto dal vincolo con immediatezza della facoltà di chiedere di poter comparire personalmente all'udienza di riesame, pena la perdita di tale possibilità, ma dovrà attivarsi con diligenza per fornirgli sin da subito ogni elemento utile alla propria difesa, nel rispetto del termine per la proposizione dell'impugnazione.

Il canone della contestualità potrebbe suggerire, pertanto, di attendere sino all'ultimo giorno utile prima di depositare l'istanza di riesame, fermo restando che la mancata presentazione della richiesta di comparizione – che la Corte pretende sia fondata sulla necessità di esporre validi argomenti difensivi – potrà essere eventualmente sanata dalla proposizione, da parte del difensore, di motivi nuovi ex art. 309, comma 6, c.p.p.

Resta da chiedersi, infine, se per l'interessato e per il difensore sarà sufficiente dare atto nell'istanza di riesame della mera volontà di comparire all'udienza o se sarà richiesto agli stessi un onere motivazionale rafforzato che consenta al Tribunale di vagliare le ragioni del richiedente, considerato che la norma di legge nulla dispone in tal senso.

9. Il principio di diritto

Questo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite: *«nel procedimento di riesame avverso i provvedimenti impositivi di misure cautelari coercitive la persona detenuta o internata ovvero sottoposta a misura in concreto limitativa della possibilità di partecipare all'udienza camerale può esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza stessa solo se ne ha fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, con l'istanza di riesame, ferma restando la facoltà di chiedere di essere sentita su specifici temi con l'istanza di differimento ai sensi dell'art. 309, comma 9 bis, c.p.p.»*.