

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**2/2020**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vignoni, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

## IL DIRITTO DELL'IMPUTATO DETENUTO DI PRESENZIARE ALL'UDIENZA DI RIESAME AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. V, ord. 13 settembre 2019 \(dep. 23 ottobre 2019\),  
n. 43406, Pres. Scarlini, est. Riccardi](#)

di Antonio Gatto

*È stata rimessa all'esame delle Sezioni unite della Suprema Corte la questione attinente all'individuazione del momento in cui, nell'ambito del procedimento di riesame delle misure cautelari personali ex art. 309 c.p.p., deve essere formulata la richiesta di partecipazione personale all'udienza da parte dell'indagato detenuto. La problematica si è posta a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015 di riforma delle misure cautelari, che ha sancito espressamente il diritto dell'imputato di presenziare all'udienza, indipendentemente dal luogo di detenzione (all'interno o all'esterno del circondario del Tribunale del Riesame).*

*Si analizzano i contrapposti orientamenti ermeneutici che si sono sviluppati in proposito: il primo, secondo cui l'istanza di comparizione deve essere presentata necessariamente con la richiesta di riesame; il secondo, in virtù del quale sarebbe invece consentita la formulazione della richiesta di partecipazione anche in un momento successivo, purché in tempo utile per organizzare la tempestiva traduzione. A ciò si ricollega il quesito inerente alla persistenza o meno, a seguito della riforma del 2015, del diritto dell'indagato detenuto extracircondario di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza.*

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite. – 2. Il tenore letterale del combinato disposto dei commi 6 e 8 bis dell'art. 309 c.p.p. – 3. Il diritto di autodifesa nel procedimento cautelare. – 4. Il diritto di comparizione del detenuto negli altri procedimenti camerati. – 5. I principi costituzionali. – 6. I riferimenti normativi sovranazionali. – 7. Gli effetti della mancata traduzione del detenuto. – 8. La persistente possibilità di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza. – 9. Conclusioni.

### 1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite.

La Sezione V della Suprema Corte ha rimesso all'esame delle Sezioni unite la questione attinente alle modalità e ai tempi di presentazione dell'istanza di presenziare all'udienza di riesame ex art. 309 c.p.p. da parte dell'indagato o imputato detenuto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 43406 del 13/09/2019 - dep. 23/10/2019, Ramondo; l'udienza innanzi alle Sezioni unite

Il problema si è posto a seguito delle novità introdotte dalla L. 47/2015.

Prima della riforma della materia cautelare del 2015, in virtù del combinato disposto degli artt. 127 e 309 c.p.p., in ordine alla partecipazione del detenuto all'udienza di riesame, era previsto un «doppio binario», a seconda che l'indagato fosse ristretto all'interno del circondario del Tribunale del Riesame ovvero in luogo diverso, esterno all'area territoriale di competenza del Collegio chiamato a decidere.

Nel primo caso, l'art. 127 comma 4 c.p.p. prevedeva esplicitamente la facoltà dell'indagato di prendere parte personalmente all'udienza, con il conseguente obbligo, da parte del Tribunale del Riesame, di disporre la traduzione del detenuto ovvero il rinvio dell'udienza in ipotesi di omessa traduzione o legittimo impedimento dello stesso.

In ipotesi di detenzione al di fuori del circondario del Tribunale del Riesame, invece, l'art. 127 comma 3 c.p.p. prevedeva esclusivamente la facoltà per l'indagato di chiedere di essere sentito dal Magistrato di Sorveglianza del luogo di restrizione.

In realtà, la giurisprudenza di legittimità aveva, almeno in certa misura, attenuato il rigido «doppio binario» delineato dall'art. 127 commi 3 e 4 c.p.p., ampliando progressivamente il diritto di partecipazione all'udienza di riesame dell'imputato ristretto *in vinculis* in luogo esterno all'ambito territoriale di competenza del Tribunale del Riesame, specie ove la richiesta di essere tradotto in udienza innanzi al Collegio fosse motivata con la necessità di rendere dichiarazioni in ordine ai fatti oggetto di contestazione cautelare<sup>2</sup>.

Con la novella del 2015 si attua, dunque, la compiuta estensione del diritto di partecipazione alla celebrazione dell'udienza camerale di riesame. Su istanza dell'imputato, infatti, la traduzione deve essere sempre disposta, a prescindere dalla circostanza che l'interessato sia detenuto all'interno o all'esterno del circondario del Tribunale del Riesame, così come indipendentemente dalla manifestazione di volontà di rendere dichiarazioni in ordine ai fatti illeciti oggetto di imputazione provvisoria<sup>3</sup>.

La L. 47/2015 determina, pertanto, la completa parificazione tra indagati detenuti, non assumendo più alcun rilievo la distinzione tra ristretti all'interno o all'esterno del circondario del Tribunale del Riesame<sup>4</sup>.

---

è fissata per il 27/02/2020.

<sup>2</sup> Tale evoluzione giurisprudenziale viene messa in evidenza in E.N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, in cui si sottolinea come la L. 47/2015 si ponga in continuità con la giurisprudenza evolutiva della Suprema Corte, nell'ambito di un percorso teso a garantire una sempre più marcata partecipazione dell'imputato al giudizio di riesame.

<sup>3</sup> Evidenzia la piena parificazione tra imputati ristretti all'interno del circondario del Tribunale e imputati detenuti all'esterno dello stesso anche A. MARI, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n. 47)*, in *Cass. pen.*, 2015, 7-8, p. 2538B.

<sup>4</sup> Le novità introdotte dalla L. 47/2015 in ordine al diritto del detenuto di presenziare all'udienza di riesame sono esaminate da: E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al Tribunale della Libertà*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. GIULIANI, Torino, 2015; G. SPANGHER, *Sul diritto del detenuto imputato di partecipare all'udienza dopo la legge 47/2015*, in *Il penalista*, 10 ottobre 2016; N. ROMBI, *La partecipazione dell'imputato all'udienza di riesame*, in *Il penalista*, 22 febbraio 2016.

Venendo alle specifiche disposizioni introdotte dal Legislatore del 2015, occorre osservare come sia stato modificato il primo periodo del sesto comma dell'art. 309 c.p.p., mediante l'inserimento di una nuova locuzione, nonché il comma 8 *bis* dello stesso articolo, con l'introduzione di un ultimo periodo.

In particolare, i due commi suindicati, a seguito delle aggiunte determinate dall'entrata in vigore della riforma, così testualmente recitano:

«6. Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e l'imputato può chiedere di comparire personalmente. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare i nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio della discussione»<sup>5</sup>.

«8-*bis*. Il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura può partecipare all'udienza in luogo del pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7. L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente»<sup>6</sup>.

L'ordinanza di rimessione in commento evidenzia come, a seguito delle citate modifiche normative, si siano sviluppati, in seno alla giurisprudenza di legittimità, due contrapposti orientamenti ermeneutici attinenti al momento in cui l'indagato detenuto (o il suo difensore) deve formulare la richiesta di comparizione personale innanzi al Tribunale del Riesame.

Ciò considerato, la Sezione V ha ritenuto di dover sottoporre al più ampio Consesso di legittimità la seguente questione: «se, nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale, che intenda esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale ai sensi dell'art. 309, comma 8 *bis*, cod. proc. pen., deve formularne istanza, personalmente o a mezzo del difensore, nella richiesta di riesame, oppure possa presentare la richiesta anche non contestualmente alla proposizione dell'impugnazione cautelare, ma comunque in tempo utile per consentire di organizzare la tempestiva traduzione, ai fini del regolare svolgimento del procedimento di cui all'art. 309 cod. proc. pen.»<sup>7</sup>.

In particolare, si rileva come, secondo il più datato e seguito orientamento, inaugurato dalla sentenza Pernagallo del 2015, «nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, per effetto della modifica dei commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 cod. proc. pen., operata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale può esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale solo se ne ha fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, nell'istanza di riesame, mentre non sono più applicabili le disposizioni di cui agli artt. 127, comma terzo, cod. proc. pen. e 101 disp. att. cod. proc. pen., che prevedono il diritto dell'interessato detenuto o internato fuori dal circondario ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Comma così modificato dall'art. 11, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>6</sup> Comma così modificato dall'art. 11, comma 2, L. 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 43406 del 13/09/2019 - dep. 23/10/2019, Ramondo cit.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 49882 del 06/10/2015 - dep. 17/12/2015, Pernagallo, Rv. 265546 – 01: la sentenza è

Secondo l'opposto orientamento, invece, minoritario ma più recente, con capostipite la sentenza Giordano del 2017, «in tema di procedimento di riesame di misure cautelari personali, il diritto della persona sottoposta a restrizione della libertà a partecipare all'udienza non è sottoposto a limitazioni o decadenze, quando la relativa richiesta sia stata tempestivamente esercitata in modo da permettere, senza interruzioni, il regolare e ordinato svolgimento del procedimento di cui all'art. 309 cod. proc. pen.»: in applicazione del principio, la Suprema Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del Tribunale del Riesame che aveva rigettato la richiesta dell'indagato di partecipare all'udienza ritenendola tardiva perché non formulata con il ricorso *de libertate*, ma al momento della notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza<sup>9</sup>.

Assai recentemente questo secondo approccio interpretativo risulta seguito, con ampie argomentazioni, dalla sentenza La Scala del 2019, che ha ribadito che, «in tema di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il diritto della persona sottoposta a restrizione della libertà di partecipare all'udienza non è sottoposto a limitazioni o decadenze, purché la relativa richiesta, qualora avanzata in epoca successiva all'atto introduttivo dell'incidente cautelare, pervenga in tempo utile per organizzare la tempestiva traduzione, dovendo altrimenti essere disattesa con adeguata motivazione»: fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del Riesame che aveva rigettato l'istanza dell'indagato di partecipare all'udienza ritenendola tardiva, perché formulata contestualmente alla richiesta di differimento dell'udienza *ex art. 309 comma 9 bis c.p.p.*<sup>10</sup>.

Appare evidente, dunque, come la differenza tra i due contrapposti indirizzi interpretativi attenga all'esistenza o meno di un preciso «sbarramento processuale» alla presentazione dell'istanza di comparire in udienza da parte dell'indagato (o imputato) detenuto:

- per il primo orientamento, tale preclusione sussiste e va individuata nella stessa presentazione del ricorso per riesame (con assoluta impossibilità che la richiesta di presenziare all'udienza sia formulata in un qualsiasi atto o momento successivo);
- per il secondo indirizzo, invece, il Legislatore del 2015 non ha inteso in alcun modo introdurre una decadenza dalla facoltà di comparire all'udienza di riesame, la cui volontà può essere manifestata in un qualsiasi momento della procedura di riesame, purché la richiesta risulti «tempestiva», cioè consenta di disporre e organizzare la traduzione dell'istante detenuto, senza comportare disfunzioni o rallentamenti nello sviluppo dell'*iter* processuale del giudizio di riesame.

In via preliminare, sotto un profilo prettamente statistico, dall'esame del complesso delle sentenze emesse sul punto dalla Suprema Corte, emerge come la

---

pubblicata con nota di F.R. MITTICA, *La partecipazione all'udienza di riesame dopo la legge n. 47 del 2015*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 3, p. 94.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 36160 del 03/04/2017 - dep. 21/07/2017, Giordano, Rv. 270683 – 01.

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 24894 del 07/03/2019 - dep. 04/06/2019, La Scala, Rv. 275887 – 01.



prevalenza del primo orientamento<sup>11</sup>, già evincibile in base alle sole pronunce massimate<sup>12</sup>, si evidenzia ancor più se, accanto a queste ultime (più riccamente argomentate, in un senso o nell'altro), l'analisi si estende agli arresti non massimati<sup>13</sup>.

In dottrina, invece, i rapporti di forza tra i due indirizzi interpretativi risultano molto più equilibrati, atteso che diversi autori propendono per la tesi dell'insussistenza di una preclusione processuale, soprattutto in ragione della preminenza riconosciuta al diritto di difesa rispetto a qualsiasi esigenza di carattere organizzativo<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Le sentenze Giordano, La Scala e Spina risultano le sole (tra le pronunce massimate e anche tra quelle non massimate) ad aver abbracciato l'indirizzo interpretativo che nega l'introduzione, da parte del Legislatore del 2015, di una preclusione processuale in relazione alla formulazione dell'istanza di partecipazione all'udienza; l'unica eccezione può essere rinvenuta in Cass. pen., Sez. 5, n. 32156 del 18/02/2016 - dep. 25/07/2016, Halilaj, Rv. 267494 - 01, la quale, pur analizzando un caso in cui l'istanza di partecipazione era stata presentata contestualmente alla formulazione della richiesta di riesame, ha affermato che la volontà di presenziare all'udienza può anche essere manifestata in un momento successivo, «ovviamente a condizione che la sollecitazione dell'indagato detenuto fuori dalla circoscrizione del Giudice sia tempestiva in relazione al momento in cui lo stesso ha ricevuto la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza».

<sup>12</sup> La sentenza Pernagallo è confermata da diversi arresti massimati intervenuti successivamente: Cass. pen., Sez. 5, n. 34181 del 26/06/2019 - dep. 26/07/2019, Basso, Rv. 27690401; Sez. 2, n. 12854 del 15/01/2018 - dep. 20/03/2018, Mirenda, Rv. 272467 - 01; Sez. 4, n. 12998 del 23/02/2016 - dep. 31/03/2016, Griner, Rv. 266296 - 01; Sez. 2, n. 13707 del 11/03/2016 - dep. 06/04/2016, Ciarfaglia, Rv. 266519 - 01.

<sup>13</sup> Numerosissime sono le sentenze non massimate che corroborano l'orientamento inaugurato con la sentenza Pernagallo: Cass. pen., Sez. 3, n. 16785 del 19/02/2019 - dep. 17/04/2019, Riviezzzi; Sez. 1, n. 30715 del 10/05/2019 - dep. 12/07/2019, Rinella G.; Sez. 1, n. 30714 del 10/05/2019 - dep. 12/07/2019, Rinella S.; Sez. 2, n. 50758 del 21/11/2019 - dep. 16/12/2019, Lippa; Sez. 5, n. 13691 del 08/02/2019 - dep. 28/03/2019, Jamal; Sez. 3, n. 15027 del 11/01/2019 - dep. 05/04/2019, Giovinazzo; Sez. 5, n. 12560 del 08/11/2018 - dep. 20/03/2019, Deidda; Sez. 1, n. 5672 del 08/01/2019 - dep. 05/02/2019, Caputo e altro; Sez. 1, n. 5673 del 08/01/2019 - dep. 05/02/2019, Burgio; Sez. 1, n. 41935 del 19/07/2019 - dep. 11/10/2019, Azzouz; Sez. 6, n. 43296 del 03/07/2018 - dep. 01/10/2018, Siena; Sez. 6, n. 46801 del 20/06/2018 - dep. 15/10/2018, Siena; Sez. 1, n. 1264 del 20/12/2018 - dep. 11/01/2019, Mattarella; Sez. 2, n. 363 del 30/10/2018 - dep. 07/01/2019, Fai; Sez. 5, n. 10398 del 10/10/2018 - dep. 08/03/2019, Cardo; Sez. 5, n. 9976 del 20/12/2017 - dep. 05/03/2018, Angrisano; Sez. 1, n. 46141 del 23/03/2018 - dep. 11/10/2018, Ambrisi; Sez. 2, n. 29854 del 27/01/2017 - dep. 15/06/2017, Sarmiento; Sez. 6, n. 35939 del 14/06/2017 - dep. 20/07/2017, Sailouh; Sez. 1, n. 44437 del 15/06/2017 - dep. 26/09/2017, Patitucci; Sez. 1, n. 48423 del 10/05/2017 - dep. 20/10/2017, Mazzarella; Sez. 2, n. 7997 del 01/02/2017 - dep. 20/02/2017, Marotta; Sez. 6, n. 50211 del 05/10/2017 - dep. 03/11/2017, Loschiavo; Sez. 1, n. 31400 del 11/04/2017 - dep. 23/06/2017, Gabrieli; Sez. 4, n. 45874 del 20/06/2017 - dep. 05/10/2017, El Boussetaoui; Sez. 1, n. 51487 del 13/07/2017 - dep. 10/11/2017, Bonavota; Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017 - dep. 03/11/2017, Bekaj e altri; Sez. 1, n. 50483 del 02/11/2016 - dep. 28/11/2016, Ventura; Sez. 6, n. 46272 del 05/10/2016 - dep. 03/11/2016, Sapone; Sez. 1, n. 16604 del 19/12/2016 - dep. 03/04/2016, Molonia; Sez. 1, n. 49284 del 17/03/2016 - dep. 21/11/2016, Grande Aracri; Sez. 4, n. 28596 del 25/05/2016 - dep. 08/07/2016, Genica; Sez. 1, n. 50480 del 02/11/2016 - dep. 28/11/2016, De Francesco; Sez. 1, n. 16599 del 19/12/2016 - dep. 03/04/2016, Bruno e altro; Sez. 3, n. 43731 del 08/09/2016 - dep. 17/10/2016, Borovikov e altro; Sez. 2, n. 47894 del 15/09/2016 - dep. 11/11/2016, Angelino e altro; Sez. 2, n. 47893 del 15/09/2016 - dep. 11/11/2016, Angelino e altro.

<sup>14</sup> In questo senso: A. MARANDOLA, *Partecipazione personale al riesame: una lettura in linea con la costituzione*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, p. 1927, che rileva come la tesi che afferma la possibilità di presentazione dell'istanza di presenziare all'udienza in qualsiasi momento del procedimento purché in tempo utile per organizzare la traduzione del detenuto, oltre a risultare in linea con l'espressione «può» utilizzata dal sesto comma dell'art. 309 c.p.p., sarebbe imposta da una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni che vengono in rilievo, soprattutto in relazione al diritto di difesa; V. TORREGGIANI, *Richiesta di comparire all'udienza di libertà da parte dell'indagato detenuto. La rigorosa interpretazione della Suprema Corte*, in *Il penalista*, 11 marzo 2019, che evidenzia come l'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. non possa essere ritenuto soddisfacente

L'individuazione della corretta soluzione della questione necessita di un attento vaglio letterale di quanto statuito dai commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., dell'analisi del concreto estrinsecarsi del diritto di autodifesa nel procedimento cautelare, del confronto tra il differente atteggiarsi del diritto di comparizione del detenuto negli altri procedimenti camerale, della considerazione dei principi costituzionali e sovranazionali che vengono in rilievo, nonché della valutazione degli effetti della mancata traduzione del detenuto nell'ipotesi in cui sia stata ritualmente e tempestivamente avanzata richiesta di partecipazione all'udienza camerale *ex art.* 309 c.p.p.

## 2. Il tenore letterale del combinato disposto dei commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p.

Il punto di partenza dell'analisi non può che essere rappresentato dal dato letterale delle disposizioni contemplate dai commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., come modificate dall'art. 11 commi 1 e 2 della L. 47/2015.

In virtù di quanto si legge nella sentenza Pernagallo: «Vi è, anzitutto, un elemento ineludibile da cui partire, ed è l'inequivoco significato letterale delle disposizioni in commento, che subordinano il “diritto di comparire personalmente” attribuito all'“imputato” – espressione, quest'ultima, che, ovviamente, va intesa estensivamente ricomprendendovi anche l'“indagato”, ai sensi dell'art. 61, comma 1, c.p.p. – all'adempimento/condizione di averne fatto richiesta “ai sensi del comma 6”, ovvero contestualmente alla istanza di riesame (“Con la richiesta di riesame...l'imputato può chiedere di comparire personalmente”)<sup>15</sup>».

---

dell'esigenza di autodifesa nel procedimento cautelare, essendo svolto in un momento in cui non si è ancora avuto il tempo di analizzare a fondo l'incartamento processuale; in senso opposto, invece: G. SPANGHER, *Tempi e modalità della richiesta di partecipazione al riesame: opinioni divergenti*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, p. 1927, in cui si segnala che è verosimile che la riforma del 2015 abbia prefigurato una richiesta dell'imputato contestuale alla domanda di riesame; G. SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 9, p. 3128, che afferma che tale lettura è la più adeguata ad una procedura segnata da ritmi temporali serrati come quella di riesame, in quanto, oltre a sottrarre alla discrezionalità del Giudice l'apprezzamento della «tempestività» della richiesta di comparizione ed a dirimere incertezze applicative, scoraggia atteggiamenti dilatori od ostruzionistici da parte del ristretto; A. MARI, *Il diritto del ricorrente a comparire personalmente di fronte al tribunale del riesame*, in *Il penalista*, 25 gennaio 2019, in cui si osserva che la previsione di una preclusione processuale riesce a tutelare in modo adeguato e uniforme il diritto di difesa in rapporto alla tempistica del procedimento; P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della Legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali](#), in *Dir. pen. cont.*, 03 giugno 2015, in cui si afferma che l'istanza di partecipazione deve essere avanzata con la richiesta di riesame, come emerge dalla collocazione della previsione nel comma 6 dell'art. 309 c.p.p. (dedicato, appunto, alla presentazione dell'impugnativa) e per evidenti ragioni di ordine pratico, legate alla necessità di attuare gli adempimenti necessari alla traduzione; in termini anche la *Relazione redatta dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/03/2015, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, 06 maggio 2015, che rileva che il senso delle nuove disposizioni sembra essere quello di affermare, in modo inequivoco, il diritto del ricorrente di comparire all'udienza camerale fissata per la trattazione, anche se eventualmente detenuto fuori distretto, aggiungendo, però, che la possibilità di esercitare tale diritto appare strettamente correlata, per l'impugnante detenuto o internato, alla formulazione della relativa richiesta nell'atto di riesame.

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 49882 del 06/10/2015 - dep. 17/12/2015, Pernagallo, Rv. 265546 – 01 cit.



Secondo la sentenza Giordano, che propende per il contrapposto orientamento, invece, «se è vero che il dato testuale dell'art. 309, commi 6 e 8 *bis* cod. proc. pen. può indurre a ritenere che l'interessato, detenuto, debba formulare la richiesta di partecipazione all'udienza esclusivamente con l'atto di ricorso, va osservato che la disposizione non appare perentoria sul punto, tale da configurare una possibile decadenza dall'esercizio di un diritto fondamentale, qualora l'interessato abbia formulato la richiesta di esercizio del diritto con atto diverso, purché tempestivo»<sup>16</sup>.

Nello stesso senso, si spinge oltre la sentenza La Scala, affermando che, nel testo dei due commi analizzati, sussisterebbero più elementi letterali che indurrebbero ad opinare il contrario rispetto a quanto sostenuto nella sentenza Pernagallo.

Si osserva, infatti: «Il comma 6 dell'art. 309 stabilisce che l'imputato, con la richiesta di riesame "può" chiedere di comparire, e non che "deve" farlo; inoltre, esso non prevede alcuna sanzione processuale espressa, per il caso che ciò non avvenga.

Ma non basta. Nello stesso periodo – per questa parte non toccato dalla legge di riforma – è pure previsto che, sempre con la richiesta di riesame, "possono" essere enunciati anche i motivi d'impugnazione: e nessuno revoca in dubbio – secondo un'interpretazione ormai sedimentatasi nei decenni di vigenza immutata di tale disciplina – che quelli possano essere proposti anche con atto separato e successivo rispetto a quello introduttivo dell'incidente cautelare»<sup>17</sup>.

Con specifico riferimento al comma 8 *bis*, inoltre, la sentenza La Scala rileva che, «per la parte che qui interessa ("l'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha il diritto di comparire personalmente")", "nulla dice sui tempi e sulle modalità di presentazione della richiesta di comparire, rinviando interamente, sul punto, alla regola del comma 6. Inoltre, se si ritiene che detta richiesta possa essere presentata anche con atto separato rispetto a quella di riesame, e non necessariamente contestuale ad essa, il comma 8 *bis* non si svuota affatto di significato e non diviene inutile, come invece adombra la citata sentenza Pernagallo, capofila dell'opposto orientamento»<sup>18</sup>.

Dunque, gli argomenti testuali evidenziati dalla sentenza appena citata possono essere così enucleati:

- 1) il comma 6 utilizza il verbo modale «può» e non «deve» («Con la richiesta di riesame (...) l'imputato può chiedere di comparire personalmente»);
- 2) la disposizione non prevede alcuna sanzione processuale espressa per l'ipotesi in cui la richiesta di comparire in udienza sia stata formulata, con atto separato, dopo la presentazione dell'istanza di riesame;
- 3) si evoca, infine, il (presunto) parallelismo esistente tra istanza di comparizione e articolazione dei motivi di gravame: entrambi «possono» essere contenuti nella richiesta di riesame, ma essendo pacifico che i motivi di ricorso possono essere espressi anche in un momento successivo, con atto separato rispetto al ricorso introduttivo del procedimento incidentale *de libertate*, ciò sarebbe possibile anche in relazione all'istanza di presenziare all'udienza da parte dell'indagato detenuto.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 36160 del 03/04/2017 - dep. 21/07/2017, Giordano, Rv. 270683 – 01 cit.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 24894 del 07/03/2019 - dep. 04/06/2019, La Scala, Rv. 275887 – 01 cit.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 24894 del 07/03/2019 - dep. 04/06/2019, La Scala, Rv. 275887 – 01 cit.

Si tratta di argomentazioni che non appaiono condivisibili.

In primo luogo, il Legislatore utilizza il verbo «può» e non «deve» allo scopo di significare l'eventuale esercizio di una mera facoltà potestativa da parte dell'indagato detenuto, non certamente di un obbligo.

In questa prospettiva, la disposizione va interpretata nel senso che, «se l'indagato intende presenziare all'udienza, deve farne richiesta con l'istanza di riesame», ma non è certamente tenuto a farlo, potendo decidere di non avvalersi di tale facoltà per le più svariate ragioni.

È vero – come si afferma nella sentenza in commento – che il Legislatore del 2015 non ha introdotto in termini espressi ed espliciti una sanzione processuale (decadenza) per l'ipotesi in cui la richiesta di comparizione non sia contenuta nell'istanza di riesame, ma venga avanzata con atto successivo e separato.

Tuttavia, anche tale argomento non appare insuperabile, specie ove si consideri che il codice di rito contemplava, già prima dell'entrata in vigore della L. 47/2015, e contiene tuttora, disposizioni che disciplinano la «possibilità» di inserire determinate «richieste» all'interno di «atti di impugnazione», introducendo, in tal modo, seppur in maniera implicita, dei veri e propri «sbarramenti processuali».

Ne costituisce chiaro esempio l'art. 461 comma 3 c.p.p., che disciplina l'atto di opposizione al decreto penale di condanna, statuendo: «Con l'atto di opposizione l'imputato può chiedere al giudice che ha emesso il decreto di condanna il giudizio immediato ovvero il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena a norma dell'articolo 444».

Come si può rilevare, anche in tal caso, il Legislatore utilizza il verbo «può», intendendo stabilire che, «se» l'imputato intende chiedere il giudizio immediato, il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena, «deve» necessariamente farne richiesta nell'atto di opposizione al decreto penale di condanna. In caso contrario, il giudizio si svolgerà seguendo il rito ordinario, senza più possibilità di chiedere riti alternativi (decadenza dalla facoltà di richiederli).

Che si tratti di un vero e proprio «sbarramento processuale» si ricava indirettamente dalla lettura dell'art. 464 comma 3 c.p.p., secondo cui «nel giudizio conseguente all'opposizione, l'imputato non può chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta, né presentare domanda di oblazione».

D'altro canto, va ricordato che l'art. 99 disp. att. c.p.p. stabilisce che «la disposizione dell'art. 585 comma 5 del codice si applica anche ai termini per le impugnazioni previsti dal Libro IV del codice».

Se, dunque, i termini per impugnare sono stabiliti «a pena di decadenza» (art. 585 comma 5 c.p.p.) anche per la formulazione dell'istanza di riesame (mezzo di impugnazione delle misure cautelari, disciplinate nel Libro IV del codice di rito), allora è previsto «a pena di decadenza» anche l'onere di utilizzare il medesimo ricorso per riesame per manifestare la volontà di presenziare all'udienza camerale *ex art. 309 c.p.p.*

Parimenti non convince il richiamo al supposto «parallelismo» tra istanza di comparizione in udienza e articolazione dei motivi di gravame, in tesi, entrambi formulabili sia con l'istanza di riesame (come testualmente previsto dal primo periodo del comma 6 dell'art. 309 c.p.p.), sia in un momento successivo.

Sul punto non si può che rilevare che, tra richiesta di comparire in udienza e indicazione dei motivi di impugnazione non è rinvenibile alcun implicito «parallelismo», bensì un'esplicitata «asimmetria».

Invero, mentre il primo periodo del comma 6 stabilisce che la richiesta di riesame può contenere sia l'articolazione dei motivi sia l'istanza di comparizione, il secondo periodo del medesimo comma «spezza» nettamente tale embrionale simmetria, riservando solo ed esclusivamente ai «motivi» la possibilità che vengano formulati in un momento successivo rispetto alla presentazione del ricorso, potendo essi essere enunciati, oltre che con l'atto di impugnazione, anche con una memoria successiva e financo direttamente in udienza, prima dell'inizio della discussione.

È evidente che si tratta di una disciplina, che consente addirittura una dichiarazione orale in sede di udienza camerale, in alcun modo estensibile alla richiesta di partecipazione a quest'ultima.

L'esame congiunto dei due periodi del comma 6 consente, dunque, di osservare come, per la formulazione dell'istanza di comparizione in udienza, a differenza dell'enunciazione dei motivi di gravame, venga individuato un unico ed esclusivo momento processuale: la presentazione del ricorso introduttivo del procedimento.

Ulteriori argomenti letterali a sostegno della tesi dell'introduzione di una preclusione processuale al momento della formulazione dell'atto di impugnazione, si rinvergono nel disposto dell'ottavo comma dell'art. 309 c.p.p.

Quest'ultimo, infatti, non si limita genericamente ad affermare che «l'imputato che ne abbia fatto richiesta (...) ha diritto di comparire personalmente», bensì recita, assai più chiaramente, che solo l'imputato «che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6» può esercitare il diritto di presenziare personalmente all'udienza.

Dunque, non ha diritto di comparire l'imputato detenuto che ne abbia fatto istanza *tout court*, ma solo colui che ne abbia fatto richiesta «qualificata», nelle forme e nei tempi tassativamente indicati dal richiamato comma 6 del medesimo articolo: chi ne ha fatto richiesta, ma non entro l'esatto termine processuale suindicato e con le modalità specificate, non ha diritto di presenziare.

Se il Legislatore non avesse voluto ancorare esattamente al momento di presentazione della richiesta di riesame l'istanza di comparizione personale in udienza da parte dell'imputato detenuto, avrebbe certamente utilizzato la prima delle due espressioni suindicate (quella «generica»), a voler significare la sufficienza di una qualunque «richiesta», purché tempestiva. Al contrario, il chiaro tenore letterale del comma 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., secondo cui è necessaria una «richiesta ai sensi del comma 6», dunque, formulata «con la richiesta di riesame», denuncia l'intenzione di introdurre una vera e propria decadenza da tale diritto in ipotesi di mancata manifestazione di volontà con l'atto introduttivo del giudizio di riesame.

La tesi contrapposta giunge, quindi, ad una *interpretatio abrogans* del secondo periodo dell'ottavo comma dell'art. 309 c.p.p., quantomeno in relazione all'inciso «ai sensi del comma 6», al quale, in base a tale approccio ermeneutico, non sarebbe possibile riconoscere alcun significato normativo.

Tirando le fila della compiuta analisi letterale delle disposizioni in commento, appare possibile concludere che è difficile non rinvenire nel combinato disposto dei

commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p. sicuri indici della volontà del Legislatore di introdurre una preclusione processuale, ancorando esattamente la facoltà dell'imputato detenuto di richiedere la comparizione in udienza alla formulazione dell'istanza di riesame, sia nell'ipotesi in cui essa venga redatta direttamente dall'imputato, sia nel caso in cui venga articolata dal suo difensore.

Sul punto, sebbene la riforma del 2015 attribuisca la facoltà di richiedere la traduzione in udienza al solo «imputato», non v'è motivo di ritenere non applicabile al caso di specie il principio di carattere generale contenuto nell'art. 99 comma 1 c.p.p., secondo cui «al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato, a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo».

Il nuovo comma 6 dell'art. 309 c.p.p. non assegna all'imputato «personalmente» il diritto di chiedere di comparire in udienza, con la conseguenza di doverne disporre la traduzione (ove ristretto in carcere), pertanto, la predetta richiesta può essere avanzata anche dal suo difensore<sup>19</sup>.

Praticamente tutte le sentenze pronunciate sul punto dalla Cassazione appaiono concordi nel ritenere che la richiesta di comparizione non sia un atto personalissimo e che, pertanto, l'istanza possa essere avanzata dal difensore, oltre che direttamente dallo stesso imputato<sup>20</sup>.

La tesi dell'introduzione di una «preclusione processuale» non deve apparire in contrasto con la *ratio* di fondo dell'intervento riformatore del 2015, che è certamente quella di estendere il diritto di partecipazione all'udienza anche ai detenuti fuori circondario. Anzi, le due previsioni, diritto di presenziare esteso a tutti gli indagati detenuti, anche *extra* circondario, e fissazione di un preciso termine per la presentazione dell'istanza di partecipazione, non sono affatto antinomiche, costituendo, invece, due facce della stessa medaglia: il Legislatore, consapevole che l'estensione del diritto di partecipare all'udienza anche ad imputati detenuti a centinaia di chilometri di distanza dal Tribunale del Riesame, avrebbe potuto comportare notevoli difficoltà organizzative inerenti alla traduzione, ha inteso stabilire un preciso e tassativo termine per la formulazione dell'istanza.

In tal modo, se da un lato, si sono estesi i diritti partecipativi, dall'altro, si è richiesto all'indagato detenuto, in un'ottica di leale collaborazione, l'esplicitazione della volontà di partecipare al procedimento con il ricorso introduttivo.

Sempre nell'ambito di una lettura sistematica della L. 47/2015, occorre chiarire che nessun collegamento è possibile rinvenire tra il diritto di presenziare e il nuovo

---

<sup>19</sup> Di contrario avviso R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Concesso all'imputato il diritto a comparire di persona in udienza*, in *Guida dir.*, 2015, 20, p. 51, in cui si asserisce che «nel comma 6 dell'art. 309 c.p.p. è stato per l'appunto precisato come la richiesta debba provenire proprio dall'imputato, il che sembra escludere la possibilità che la stessa sia validamente presentata in sua vece dal difensore».

<sup>20</sup> È massimata specificamente sul punto Cass. pen., Sez. 6, n. 54048 del 03/10/2017 - dep. 30/11/2017, Paladino, Rv. 271574 - 01, secondo cui, nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, la richiesta da parte dell'imputato di comparire personalmente, ai sensi dell'art. 309 commi 6 e 8 *bis* c.p.p., non è un atto personale di questi e, pertanto, può essere presentata anche dal difensore con la richiesta di riesame.

istituto del differimento dell'udienza *ex art. 309 comma 9 bis c.p.p.* (comma introdotto con la riforma del 2015).

Com'è noto, in virtù di tale disposizione, l'imputato può chiedere personalmente, al Tribunale del Riesame, il posticipo dell'udienza da un minimo di cinque giorni ad un massimo di dieci giorni. Tale facoltà deve essere necessariamente esercitata entro due giorni dalla notifica del decreto di fissazione dell'udienza camerale.

Orbene, premesso che il termine per comparire all'udienza di riesame, cioè il termine minimo che deve intercorrere tra la notifica all'indagato del decreto di fissazione dell'udienza e la celebrazione di quest'ultima, è di appena tre giorni (art. 309 comma 8 c.p.p.) e che la richiesta di differimento va avanzata entro due giorni dalla predetta notifica, appare evidente come il codice di rito consenta che il differimento possa essere richiesto anche a distanza di un solo giorno dall'udienza cautelare. Non può sostenersi, quindi, come pure da alcuni ritenuto, che la richiesta di presenziare all'udienza possa essere formulata con l'istanza di differimento della stessa, atteso che, soprattutto nell'ipotesi in cui l'imputato sia detenuto fuori circondario, a notevole distanza dal Tribunale del Riesame, il lasso temporale di un solo giorno è solitamente insufficiente ad organizzare la traduzione del detenuto.

D'altro canto, il differimento dell'udienza non rappresenta un diritto assoluto dell'indagato, ma è legato alla sussistenza di «giustificati motivi», in assenza dei quali il Tribunale può certamente rigettare l'istanza. In detta ipotesi, dunque, l'udienza resterebbe fissata alla data originaria, mentre il Tribunale si troverebbe a dover fronteggiare una richiesta di partecipazione formulata ad un solo giorno di distanza dalla camera di consiglio, con l'impossibilità o l'estrema difficoltà di organizzare la traduzione del detenuto.

I Giudici di legittimità, rilevando che la decisione di accoglimento o rigetto dell'istanza di rinvio dell'udienza non può che essere scrutinata in base alla complessità della vicenda processuale e all'ampiezza della documentazione prodotta, hanno, ad esempio, escluso che il differimento possa essere accordato nei casi in cui si proceda nei confronti di due soli indagati per un unico reato<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 2763 del 10/11/2015 - dep. 21/01/2016, Iodice, in cui è stato affermato che «non si palesavano elementi di complessità del procedimento considerato che la misura era stata emessa nei confronti di due indagati per due episodi di usura (capi A e F) e con l'esclusione dell'aggravante di cui all'art. 7 L. n. 203/1991»; Cass. pen., Sez. 6, n. 13050 del 03/03/2016 - dep. 31/03/2016, Dall'Acqua, Rv. 26701801, più in generale, ha statuito che, per accertare la sussistenza dei giustificati motivi che, ai sensi dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., determinano il differimento dell'udienza su richiesta dell'imputato, il Tribunale è tenuto a verificare: se nella richiesta di differimento siano stati indicati i motivi, se tali motivi siano attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e se gli stessi non siano meramente pretestuosi; ancor più recentemente, Cass. pen., Sez. 3, n. 29980 del 22/02/2019 - dep. 09/07/2019, PMT c/ Cristaldi, Rv. 27625101, ha precisato che, nel procedimento di riesame di misure coercitive l'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p. attribuisce personalmente all'imputato o indagato, e non al difensore, la facoltà di chiedere il differimento dell'udienza «se vi siano giustificati motivi», tra i quali non può essere ricompreso l'impedimento del difensore, tanto più non rilevante versandosi in sede di procedimento camerale ai sensi dell'art. 127 c.p.p.

Si comprende, dunque, come non possa ritenersi che la tempistica dell'istanza di partecipazione sia ancorata o anche solo condizionata dalla facoltà di richiedere il differimento dell'udienza<sup>22</sup>.

D'altro canto, la previsione del diritto generalizzato di presenziare è stata, assai significativamente, inserita dal Legislatore, non nel comma 9 *bis* o in un nuovo autonomo comma dell'art. 309 c.p.p., bensì nel comma 6, primo periodo, specificamente dedicato alla presentazione del ricorso introduttivo del procedimento.

### 3. Il diritto di autodifesa nel procedimento cautelare.

Secondo la sentenza Pernagallo e i successivi arresti che la richiamano, ancorare il diritto dell'indagato a presenziare all'udienza alla condizione che se ne faccia richiesta nel corpo dell'istanza di riesame non comporta un *vulnus* al diritto di difesa.

Ciò, in considerazione delle scansioni procedurali che caratterizzano l'emissione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare custodiale, con l'interrogatorio di garanzia, atto a forte connotazione difensiva, che deve necessariamente seguire l'applicazione della misura (entro cinque giorni in caso di custodia cautelare in carcere ed entro dieci giorni in ipotesi di altra misura coercitiva). In tale sede, l'indagato ha certamente la possibilità, presa visione del provvedimento cautelare e di tutto l'incartamento processuale che ne costituisce fondamento, di fornire le spiegazioni che ritiene opportune e di illustrare eventuali circostanze non considerate dalla Pubblica Accusa e dal Giudice nell'ordinanza genetica.

In particolare, la Corte evidenzia che «l'indagato, solo pochi giorni prima dell'udienza di riesame, ha già avuto modo di esporre compiutamente le sue ragioni in sede di interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.), atto, quest'ultimo, dalla natura eminentemente difensiva, in quanto volto a consentire all'indiziato di fare presenti le circostanze adducibili a suo favore (sotto il profilo indiziario e cautelare), così da obbligare il giudice ad un controllo successivo della "tenuta" delle valutazioni operate *ex ante*, a fronte degli argomenti emersi in quella sede».

«Questa forte accentuazione della fisionomia dell'interrogatorio di garanzia come strumento di difesa (...) e la breve distanza temporale che lo separa dall'udienza di riesame, comportano, come conseguenza logica e sistematica, che, nella fase dell'incidente cautelare, la presenza dell'indagato assume un rilievo in chiave difensiva necessariamente di minore pregnanza, sia perché rimessa alla sua volontà, sia perché parimenti rimesso alla sua volontà è l'esercizio della facoltà di rendere spontanee dichiarazioni in udienza, sia, infine, perché dette spontanee dichiarazioni, proprio per essere rese solo qualche giorno dopo l'obbligatorio interrogatorio di garanzia, nella

---

<sup>22</sup> Si è già osservato come in Cass. pen., Sez. 6, n. 24894 del 07/03/2019 - dep. 04/06/2019, La Scala, Rv. 275887 - 01 cit., la Suprema Corte abbia annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del Riesame proprio in un caso in cui il Tribunale distrettuale aveva rigettato l'istanza dell'indagato di partecipare all'udienza ritenendola tardiva, perché formulata contestualmente alla richiesta di differimento dell'udienza *ex art.* 309 comma 9 *bis* c.p.p.



stragrande maggioranza dei casi non possono che risolversi nella pedissequa ripetizione di quanto già dichiarato davanti al GIP o in generiche proteste d'innocenza»<sup>23</sup>.

Le osservazioni espresse dalla Corte sul punto appaiono certamente condivisibili, specie ove si consideri che il verbale dell'interrogatorio di garanzia previsto dall'art. 294 c.p.p. deve ritenersi incluso tra gli elementi favorevoli sopravvenuti, per i quali l'art. 309 comma 5 c.p.p. impone l'obbligo di trasmissione da parte dell'autorità procedente al Tribunale del Riesame – pena la caducazione della misura cautelare – quando abbia un contenuto oggettivamente favorevole all'indagato e non si limiti alla mera contestazione delle accuse<sup>24</sup>.

Passando da valutazioni di carattere squisitamente giuridico ad altre, di profilo eminentemente pratico, non può essere sottaciuto che la presenza dell'indagato all'udienza di riesame rischia di risultare spesso inutile, in considerazione: della mancata acquisizione, da parte del Pubblico Ministero, di ulteriori elementi istruttori dopo l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia; della mancanza di spontanee dichiarazioni da parte dello stesso indagato; dell'assenza (spesso) del Pubblico Ministero e dunque della mancata instaurazione di un reale contraddittorio dialettico in udienza; dell'assoluta mancanza di poteri istruttori del Tribunale del Riesame; dell'impossibilità di assunzione di «prove costituende», come l'esame di testimoni o periti (possono essere acquisite solo «prove precostituite» prodotte dalle parti); del carattere pienamente devolutivo di tale mezzo di gravame, che non richiede l'enunciazione di motivi.

Anzi, può rilevarsi come, nella pratica, molto spesso, non si registri la presenza dell'indagato in udienza proprio quando la stessa potrebbe rivestire una significativa importanza in ordine all'esatta identificazione dell'autore del fatto di reato. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di verificare il colore degli occhi, particolari difetti di deambulazione, la presenza di tatuaggi sul corpo o altre peculiari caratteristiche fisiche, utili ad identificare compiutamente il responsabile del fatto illecito ascritto alla luce di quanto risultante dagli elementi istruttori acquisiti: in tutti questi casi l'indagato (se colpevole) ha tutto l'interesse a disertare l'udienza di riesame.

Chi enfatizza l'importanza della presenza dell'indagato all'udienza di riesame fa spesso leva sulla «facoltà di enunciare nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio della discussione» (art. 309 comma 6, secondo periodo).

Tuttavia, anche tale facoltà non può essere sopravvalutata, proprio in ragione del carattere devolutivo pieno che caratterizza il giudizio di riesame delle misure cautelari.

Il Tribunale, infatti, a prescindere dall'avvenuta articolazione di specifici motivi con l'istanza di riesame, con memoria autonoma o durante l'udienza, dovrà, sempre e comunque, pronunciarsi su ogni profilo rilevante ai fini dell'applicazione della misura cautelare: eventuali questioni processuali preliminari; esistenza di un'autonoma

---

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 49882 del 06/10/2015 - dep. 17/12/2015, Pernagallo, Rv. 265546 - 01 cit.

<sup>24</sup> In tal senso: Cass. pen., Sez. 4, n. 12896 del 13/02/2019 - dep. 25/03/2019, Fusco Antonio Donato, Rv. 27557401; Sez. 5, n. 51789 del 30/09/2013 - dep. 27/12/2013, Piazza, Rv. 257932 - 01; Sez. 6, n. 12257 del 03/02/2004 - dep. 15/03/2004, Pompeo Rv. 228469 - 01; Sez. U, n. 25 del 26/09/2000 - dep. 11/01/2001, Mennuni, Rv. 217443 - 01.

valutazione da parte del Giudice che ha emesso il provvedimento genetico; utilizzabilità degli elementi istruttori posti a fondamento dell'ordinanza applicativa; esatta qualificazione giuridica degli addebiti provvisori; sussistenza di gravi indizi di colpevolezza; esistenza di esigenze cautelari; adeguatezza e proporzionalità della misura applicata.

A fronte di tale complesso onere decisorio e, conseguentemente, motivazionale, posto a carico del Tribunale del Riesame, la presenza o meno dell'indagato in udienza, con eventuale articolazione da parte di quest'ultimo di «nuovi motivi», che dovrebbero avere per lo più carattere tecnico-giuridico, dunque più propriamente demandati al difensore, responsabile della difesa tecnica, assume una portata certamente limitata.

Con l'eventuale enunciazione di specifici motivi, in definitiva, l'indagato e il suo difensore richiamano l'attenzione del Tribunale su questioni che il Collegio è tenuto obbligatoriamente e officiosamente a trattare in ogni caso, una volta intervenuta un'istanza di riesame.

#### **4. Il diritto di comparizione del detenuto negli altri procedimenti camerati.**

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi secondo la quale, con la riforma del 2015, il Legislatore ha inteso introdurre una vera e propria «decadenza» nell'ipotesi in cui l'istanza di presenziare all'udienza di riesame non venga formulata contestualmente con il ricorso introduttivo, può essere tratto da un confronto tra le disposizioni che disciplinano la partecipazione all'udienza del detenuto nel procedimento di riesame e quelle previste per gli altri procedimenti camerati cui il detenuto può presenziare «su sua richiesta».

In questa prospettiva, va richiamato, in primo luogo, il testo dell'art. 127 comma 4 c.p.p.

In particolare, il quarto comma della disposizione in esame prevede che «l'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice».

In termini analoghi, in relazione all'imputato detenuto fuori circoscrizione, il terzo comma della stessa disposizione prevede: «Il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori sono sentiti se compaiono. Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo».

L'art. 666 c.p.p., che disciplina il procedimento di esecuzione, al quarto comma prescrive: «L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. L'interessato che ne fa richiesta è sentito personalmente; tuttavia, se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione».

L'art. 401 comma 3 c.p.p., in materia di incidente probatorio, statuisce: «La persona sottoposta alle indagini e la persona offesa hanno diritto di assistere all'incidente probatorio quando si deve esaminare un testimone o un'altra persona. Negli altri casi possono assistere previa autorizzazione del giudice».

L'art. 7 comma 4 D. Lgs. 159/2011, che disciplina il procedimento applicativo delle misure di prevenzione, prevede: «L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. Gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti se compaiono. Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, la partecipazione all'udienza è assicurata a distanza mediante collegamento audiovisivo (...), salvo che il collegio ritenga necessaria la presenza della parte. Il presidente dispone altresì la traduzione dell'interessato detenuto o internato in caso di indisponibilità di mezzi tecnici idonei»<sup>25</sup>.

Appare evidente dunque come, negli altri procedimenti camerale che prevedono la partecipazione all'udienza del detenuto su istanza di quest'ultimo, il Legislatore si sia deliberatamente limitato a chiedere la formulazione di una «richiesta» o, al più, a prevedere che quest'ultima debba essere «tempestiva», senza mai indicare un momento procedimentale preciso in cui l'istanza deve essere presentata.

Nel giudizio cautelare, invece, si prevede espressamente che l'istanza di presenziare all'udienza camerale va presentata «con la richiesta di riesame», indicando, in tal modo, un momento procedimentale ben preciso e anche lo specifico atto deputato a contenere l'eventuale istanza di comparizione.

La scelta non appare certamente casuale ove si consideri che solo il procedimento di riesame è caratterizzato da un ristrettissimo termine di definizione: appena dieci giorni, decorrenti dalla data di trasmissione degli atti al Tribunale del Riesame, che a sua volta deve intervenire non oltre cinque giorni dalla data di presentazione del ricorso introduttivo del procedimento (è previsto, dunque, un termine complessivo massimo di quindici giorni, tra la presentazione dell'istanza di riesame e la decisione del Collegio, con il deposito del dispositivo).

Tale termine è ovviamente sempre identico, anche qualora l'indagato sia detenuto ad oltre mille chilometri di distanza dal luogo in cui dovrà essere celebrata l'udienza camerale.

Detto termine, inoltre, ai sensi dell'art. 309 comma 10 c.p.p., è presidiato dalla più grave delle sanzioni processuali: la perdita di efficacia dell'ordinanza che ha disposto la misura cautelare in corso di esecuzione, con divieto assoluto di rinnovazione, «salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate»<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Comma così sostituito dall'art. 2, comma 3, lett. b), L. 17 ottobre 2017, n. 161, che ha sostituito l'originario comma 4 con gli attuali commi 4 e 4 bis.

<sup>26</sup> Comma sostituito dall'art. 16, L. 8 agosto 1995, n. 332; successivamente, il comma è stato così sostituito dall'art. 11, comma 5, L. 16 aprile 2015, n. 47.

## 5. I principi costituzionali.

Nella sentenza Spina del 2019, a sostegno dell'impossibilità di prefigurare una decadenza del diritto di partecipazione all'udienza cautelare ancorata alla stessa istanza di riesame, si afferma che tale soluzione sarebbe «costituzionalmente orientata», specie con riferimento al principio del contraddittorio consacrato nell'art. 111 comma 2 Cost. e del diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 della Carta fondamentale.

I Giudici di legittimità osservano, infatti, che «deve ritenersi che la nuova formulazione dell'art. 111, comma 2, Cost. (che garantisce il contraddittorio tra le parti nel processo) imponga, unitamente al rilievo attribuibile alla concorrente esigenza di una corretta valorizzazione delle garanzie difensive tutelate dall'art. 24, comma 2, Cost., di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata del testo normativo al fine di assicurare la più ampia tutela dei contrapposti interessi coinvolti nel processo penale, anche con riferimento alle peculiari connotazioni del giudizio incidentale de libertate, specie ove si consideri che in tale fase viene parimenti in rilievo l'ulteriore principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza»<sup>27</sup>.

La medesima sentenza Spina richiama la pronuncia della Corte costituzionale n. 45/1991<sup>28</sup>, «la quale, con riferimento al procedimento di riesame, ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli»<sup>29</sup>.

Orbene, occorre ricordare che con la succitata sentenza n. 45/1991, la Corte costituzionale, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 309 comma 8 e 127 comma 3 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 comma 2 Cost.

In particolare, la Consulta ha statuito che, in caso di riesame di provvedimenti di custodia cautelare da espletarsi in camera di consiglio, il fatto che il Legislatore, di regola, per ragioni di sicurezza e di economia processuale, abbia previsto la delega rogatoria al Magistrato di Sorveglianza quando l'imputato sia detenuto in luogo esterno al circondario, non esclude – e l'art. 309 c.p.p. non lo vieta – che, ove l'imputato ne abbia fatto esplicita richiesta, o il Giudice di cognizione lo ritenga necessario, possa ordinarne la traduzione innanzi a sé, rientrando nei principi generali d'immediatezza e di oralità, cui si ispira l'attuale sistema processuale, il diritto-dovere del Giudice di cognizione di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal Giudice che dovrà giudicarlo. Questa interpretazione – afferma la Corte – trova implicita conferma nel sesto comma dello stesso art. 309 c.p.p.

Si tratta, evidentemente, di un arresto con il quale la Corte si limita ad affermare che, «qualora ne abbia fatto richiesta», l'imputato, anche se detenuto in luogo posto fuori

---

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 21779 del 22/03/2019 - dep. 17/05/2019, Spina, Rv. 275674 – 01.

<sup>28</sup> Corte cost., 17 gennaio 1991, n. 45.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 21779 del 22/03/2019 - dep. 17/05/2019, Spina, Rv. 275674 – 01 cit.

dal circondario del Tribunale del Riesame, ha il diritto di essere sentito dal Collegio e dunque di presenziare all'udienza camerale.

Nulla si dice in ordine alle modalità dell'istanza di comparizione e alle tempistiche di presentazione.

Sempre in tema di giurisprudenza costituzionale, inoltre, va richiamata la sentenza della Corte costituzionale n. 263/2017<sup>30</sup>, con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 309 comma 8 e 127 comma 6 c.p.p., «nella parte in cui non consentono che il procedimento per il riesame delle misure cautelari si svolga, su richiesta dell'indagato o del ricorrente, nelle forme della pubblica udienza», in relazione agli artt. 3, 111 primo comma e 117 primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 paragrafo 1 della CEDU.

Particolarmente significative sono le affermazioni della Corte in relazione alle caratteristiche che contraddistinguono il giudizio di riesame: procedimento meramente incidentale; non deputato all'acquisizione di «prove»; in cui il Collegio è totalmente privo di poteri istruttori; che termina con una decisione intrinsecamente provvisoria (considerati i notori limiti del «giudicato cautelare»); non destinato ad incidere in modo definitivo su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati.

Scrivendo, in particolare, la Corte: «(...) il riesame costituisce un procedimento incidentale, innestato sul tronco di un più ampio procedimento penale e non inerente al merito della pretesa punitiva (non diretto, cioè, a stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente), ma finalizzato esclusivamente a verificare, in tempi ristrettissimi e perentori, la sussistenza dei presupposti della misura cautelare applicata.

Non si tratta, inoltre, di una *sedes* deputata all'acquisizione della prova (e, in particolare, della prova orale-rappresentativa) (...). Il perimetro cognitivo del tribunale del riesame è, infatti, segnato dagli atti trasmessigli dall'autorità giudiziaria precedente ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., nonché dagli "elementi adottati dalle parti nel corso dell'udienza" (art. 309, comma 9, primo periodo, cod. proc. pen.). Si tratta, quindi, di un giudizio preminentemente cartolare, condotto sulla base di dati raccolti fuori dal contraddittorio. Per giurisprudenza unanime, il tribunale del riesame è privo di poteri istruttori, incompatibili con la speditezza del procedimento incidentale de libertate, né la disciplina dell'art. 127 cod. proc. pen., richiamata per regolamentare lo svolgimento della procedura, autorizza – incentrata, com'è, sulla mera "audizione" delle parti – a ritenere ammissibile un'attività di elaborazione probatoria nel corso dell'udienza, con particolare riferimento all'assunzione in forma orale dei contenuti informativi.

Ancora, la decisione assunta in sede di riesame è intrinsecamente provvisoria, essendo destinata a rimanere superata dagli esiti del successivo giudizio. Il cosiddetto giudicato cautelare, suscettibile di formarsi all'esito della decisione del tribunale del riesame – figura elaborata dalla giurisprudenza nella prospettiva di evitare una defatigante reiterazione delle medesime istanze – non è, notoriamente, un giudicato vero

---

<sup>30</sup> Corte cost., 24 ottobre 2017, n. 263.

e proprio, esauendosi nel mero impedimento alla riproposizione, *rebus sic stantibus*, di richieste al “giudice della cautela” basate su motivi già dedotti».

A fronte di un giudizio siffatto e soprattutto alla luce delle specifiche caratteristiche dell’udienza camerale di riesame, totalmente priva di attività di assunzione probatoria, è ben possibile che l’indagato decida di non presenziarvi ed è da ritenere certamente in linea con i dettami costituzionali una disciplina che imponga all’imputato di effettuare la scelta di comparire o meno in udienza già con il ricorso introduttivo del procedimento.

D’altro canto, non può essere negato che una compiuta proceduralizzazione di tale facoltà e l’introduzione di una vera e propria preclusione processuale, assistita dalla sanzione della decadenza, rappresentino una concreta estrinsecazione del principio di ragionevole durata del processo, affermato dall’art. 111 comma 2 Cost.

La soluzione opposta, secondo la quale non esisterebbe alcuno sbarramento processuale e l’indagato sarebbe libero di formulare la richiesta di partecipazione all’udienza in qualsiasi momento del procedimento, purché «tempestivamente», oltre che introdurre un concetto (quello di «tempestività», appunto) assai «elastico», inevitabilmente foriero di apprezzamenti discrezionali, è suscettibile di arrecare significative disfunzioni al corretto e spedito *iter* procedimentale, con correlativo *vulnus* alla sua ragionevole durata.

In altri termini: imporre all’imputato un «ragionevole sbarramento decadenziale» appare perfettamente in linea con il principio di «ragionevole durata del processo» di cui all’art. 111 comma 2 Cost., esigenza particolarmente avvertita in un procedimento, come quello di riesame, caratterizzato da assoluta celerità, proprio allo scopo di garantire che, nel termine più breve possibile, possa intervenire una pronuncia a contraddittorio pieno sui presupposti legittimanti il vincolo cautelare (gravi indizi di colpevolezza e *pericula libertatis*).

## 6. I riferimenti normativi sovranazionali.

Secondo quanto si legge nelle sentenze della Suprema Corte che affermano l’impossibilità di rinvenire nei commi 6 e 8 *bis* dell’art. 309 c.p.p. uno sbarramento processuale, coincidente con la formulazione della richiesta di riesame, alla presentazione dell’istanza di partecipazione all’udienza camerale da parte dell’indagato detenuto, tale soluzione sarebbe avallata, se non imposta, dalle disposizioni sovranazionali che vengono in rilievo in riferimento alla partecipazione dell’indagato o imputato alle udienze celebrate nell’ambito del procedimento penale che lo vede coinvolto.

Si citano, in proposito:

- l’art. 6 della CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali), in particolare, il paragrafo 3, lett. c), d), e);
- l’art. 14, paragrafo 3, lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881;



– la Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (artt. 1-2 e considerando 33).

In realtà, la lettura di tali disposizioni non consente di ricavare nulla di più se non il diritto dell'interessato di essere presente alle udienze celebrate nell'ambito del procedimento penale che lo vede indagato o imputato.

Nessuna di tali statuizioni, che esplicitamente prevedono che l'indagato possa rinunciare a presenziare alle udienze purché sia stato correttamente informato del procedimento penale in corso a suo carico, nonché possa avvalersi della facoltà di farsi rappresentare dal proprio difensore in sua assenza, vieta la «procedimentalizzazione» della richiesta di partecipazione all'udienza, e dunque che la formulazione dell'istanza possa essere temporalmente circoscritta, «agganciandola» ad altro atto del procedimento, come il ricorso introduttivo dello stesso.

In particolare, l'art. 6 paragrafo 3 della CEDU («Diritto a un equo processo»), stabilisce che ogni accusato ha diritto di: «difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia» (lett. c); «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» (lett. d); «farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza» (lett. f).

L'art. 14 paragrafo 3 del Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici (concluso a New York il 16 dicembre 1966), in termini più espliciti in merito al diritto di presenziare al processo, afferma che ogni accusato di un reato ha diritto: «ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo» (lett. d); «a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» (lett. e); «a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza» (lett. f).

Da ultimo, la Direttiva (Ue) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, dopo aver chiarito, in ordine all'ambito applicativo, che essa stabilisce norme minime comuni concernenti (oltre alla presunzione di innocenza) il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e che si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato, all'art. 8 paragrafo 1 statuisce che «gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo».

Il considerando n. 33, inoltre, precisa che «il diritto a un equo processo è uno dei principi fondamentali di una società democratica. Il diritto degli indagati e imputati di

presenziare al processo si basa su tale diritto e dovrebbe essere garantito in tutta l'Unione».

Tuttavia, va rilevato che la stessa Direttiva prevede espressamente che il processo possa svolgersi in assenza dell'accusato quando questi decida liberamente di non parteciparvi, purché sia stato ritualmente informato dell'esistenza del processo e delle conseguenze della mancata comparizione o abbia deciso di farsi rappresentare da un difensore.

Il considerando n. 35, infatti, puntualizza che «il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo non è assoluto: a determinate condizioni, gli indagati e imputati dovrebbero avere la possibilità di rinunciarvi, esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile».

Le norme sovranazionali citate, pertanto, non impongono, sempre e comunque, la presenza dell'indagato o imputato in udienza, né ostano ad una disciplina nazionale che, come quella italiana inerente al giudizio di riesame, richieda – secondo la soluzione interpretativa qui accolta – che l'eventuale volontà di presenziare all'udienza camerale di riesame venga espressa contestualmente alla formulazione del ricorso introduttivo del procedimento.

Ciò ove si consideri che il predetto «onere processuale» si colloca in un momento della procedura successivo: alla notifica dell'ordinanza di custodia cautelare; alla comunicazione al soggetto attinto dal provvedimento di tutte le informazioni di garanzia previste dall'art. 293 comma 1 c.p.p.; all'ostensione completa di tutti gli atti d'accusa su cui si fonda l'ordinanza genetica; all'espletamento dell'interrogatorio di garanzia.

Il predetto onere viene agganciato, infatti, alla formulazione del ricorso introduttivo del procedimento da parte dello stesso indagato (o del suo difensore), unici soggetti legittimati a proporre riesame.

Non si ritiene, dunque, che l'esegesi dei commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p. debba essere «convenzionalmente orientata» nel senso dell'insussistenza del predetto onere decadenziale, proprio perché non si rinviene, a livello sovranazionale, alcuna disposizione che «imponga» o «solleciti» una interpretazione piuttosto che un'altra, tra le due che si contrappongono in seno alla giurisprudenza di legittimità.

In conclusione, alla luce dei testi normativi europei e internazionali richiamati, se non si può certamente porre in discussione la facoltà dell'indagato di presenziare all'udienza di riesame, qualora sia interessato a presenziarvi, non si può, altrettanto sicuramente, escludere che tale volontà debba essere manifestata con lo stesso ricorso introduttivo del procedimento incidentale *de libertate*.

## 7. Gli effetti della mancata traduzione del detenuto.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi qui privilegiata può essere rinvenuto nelle gravi conseguenze sanzionatorie previste nell'ipotesi in cui, a fronte di una rituale istanza di partecipazione all'udienza avanzata dall'indagato detenuto, il

Tribunale del Riesame non provveda a disporre la traduzione, celebrando l'udienza camerale in sua assenza.

La giurisprudenza di legittimità, registratasi sia prima che dopo l'entrata in vigore della L. 47/2015, è pacifica nel ritenere che, nel procedimento camerale di riesame avverso le misure cautelari personali, la mancata traduzione in udienza dell'imputato o dell'indagato – detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del Giudice – che abbia fatto richiesta di presenziare alla sua celebrazione, determina la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., senza che ne consegua tuttavia l'inefficacia della misura cautelare adottata<sup>31</sup>.

Se, dunque, la conseguenza sanzionatoria della mancata traduzione in udienza è la massima prevista dall'ordinamento processuale (nullità assoluta e insanabile), è certamente più rispondente ad esigenze di certezza, anche nell'interesse dello stesso indagato, che sia previsto, per la formulazione dell'istanza di partecipazione, un momento processuale (nella fattispecie, la presentazione del ricorso di riesame) rispettando il quale, o l'indagato viene tradotto innanzi al Tribunale del Riesame, o scatta la radicale sanzione della nullità assoluta, senza alcuna valutazione discrezionale, caso per caso, da parte del Collegio, della tempestività della richiesta di comparizione.

L'esigenza di evitare possibili incertezze e margini di opinabile valutazione è posta in evidenza soprattutto nella recente sentenza Basso, in cui si rileva che «la necessità di certezza che deriva da una siffatta impostazione, che recide a monte la possibilità di valutazioni ancorate al caso per caso in punto di tempestività della richiesta, ridonda a vantaggio dello stesso indagato/imputato che è in tal modo messo in condizione di sapere – attraverso il chiaro disposto normativo che impone di avanzare tempestiva istanza con la richiesta di riesame – che laddove egli intenda presenziare all'udienza deve farne richiesta con l'istanza di riesame e che laddove ciò intervenga sarà certamente messo in condizione di potervi partecipare, laddove, seguendo l'opposta interpretazione, egli confidando nella tempestività della richiesta, invece affidata alle circostanze del caso concreto, potrà vedersi negata la partecipazione, con creazione, in una siffatta ipotesi – e non nell'altra quindi – di un *vulnus* al suo diritto di partecipare»<sup>32</sup>.

Si evidenzia, dunque, come la compiuta e puntuale disciplina dell'istanza di comparizione, con conseguente ancoraggio ad un ben preciso snodo procedimentale, determini non soltanto una maggiore celerità e snellezza del procedimento, che non rischia di subire intoppi o ritardi in ragione di richieste di partecipazione presentate solo pochi giorni prima dell'udienza camerale, ma ridondi anche a beneficio dello stesso

<sup>31</sup> In tal senso: Cass. pen., Sez. 5, n. 32156 del 18/02/2016 - dep. 25/07/2016, Halilaj, Rv. 267494 - 01 cit.; Sez. 6, n. 21849 del 21/5/2015 - dep. 25/5/2015, Farina, Rv. 263630; Sez. 6, n. 44415 del 17/10/2013 - dep. 31/10/2013, Blam, Rv. 256689; Sez. 4, n. 51517 del 21/06/2013 - dep. 20/12/2013, Bagno, Rv. 257876 - 01; Sez. 2, n. 22959 del 16/05/2012 - dep. 12/06/2012, Dissegna, Rv. 253190 - 01; Sez. 6, n. 10319 del 22/01/2008 - dep. 06/03/2008, Di Benedetto, Rv. 239084; Sez. 2, n. 1099 del 04/12/2006 - dep. 17/01/2007, Di Girolamo, Rv. 235621 - 01; Sez. 5, n. 37034 del 27/09/2006 - dep. 09/11/2006, Sciascia, Rv. 235284; Sez. 1, n. 21015 del 16/04/2004 - dep. 04/05/2004, Assinnata, Rv. 228909; Sez. 2, n. 11 del 08/01/1997 - dep. 07/04/1997, Notarianni, Rv. 207547.

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 34181 del 26/06/2016 - dep. 26/07/2016, Basso, Rv. 27690401.

indagato, certo che la sua richiesta, formulata entro il preciso termine previsto dalla legge, non potrà essere bollata come «intempestiva», in base alle peculiari circostanze del caso concreto, ponendo così nel nulla la pur gravissima sanzione processuale prevista.

L'orientamento ermeneutico che qui si propugna, pertanto, presenta l'ulteriore pregio di azzerare ogni incertezza, escludendo che il destino dell'istanza di partecipazione all'udienza possa essere legato a circostanze del tutto aleatorie, connesse al singolo caso concreto, come la capacità organizzativa del Tribunale adito, la distanza tra casa circondariale e luogo di celebrazione dell'udienza o il numero dei detenuti da tradurre.

Correlativamente, qualora l'indagato non manifesti la volontà di comparire con la stessa richiesta di riesame, si avrà la certezza opposta del disinteresse, implicitamente e tacitamente manifestato, in ordine alla partecipazione personale all'udienza camerale, con evidenti vantaggi inerenti alla speditezza e alla celere definizione del procedimento: nessuna conseguenza sanzionatoria scatterà, dunque, nell'ipotesi in cui la richiesta di partecipazione all'udienza di riesame venga formulata dall'indagato o dal suo difensore in un qualsiasi momento successivo rispetto a quello della presentazione dell'istanza *ex art. 309 c.p.p.*

## 8. La persistente possibilità di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza.

Ampiamente condivisibile appare pertanto l'assunto, sostenuto dall'indirizzo ermeneutico inaugurato dalla sentenza Pernagallo, secondo cui, qualora l'indagato detenuto, all'interno o all'esterno del circondario del Tribunale del Riesame, intenda presenziare all'udienza camerale *ex art. 309 c.p.p.*, deve manifestare tale volontà contestualmente alla richiesta di riesame, al fine di consentire al Collegio di organizzare per tempo la sua traduzione.

Non altrettanto condivisibile risulta invece – a parere di chi scrive – il corollario che la sentenza Pernagallo e le numerose pronunce che la richiamano ritengono scaturire dall'entrata in vigore della L. 47/2015, vale a dire l'impossibilità di considerare ancora applicabili le norme contemplate dall'art. 127 comma 3 e 101 disp. att. c.p.p., nella parte in cui prevedono e disciplinano la facoltà, per l'indagato detenuto fuori dal circondario del Tribunale del Riesame, di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza del luogo di restrizione, evidentemente in alternativa rispetto alla richiesta di presenziare all'udienza di riesame<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Oltre a Cass. pen., Sez. 1, n. 49882 del 06/10/2015 - dep. 17/12/2015, Pernagallo cit., ritengono non più applicabili al giudizio di riesame le disposizioni di cui agli artt. 127 comma 3 e 101 disp. att. c.p.p. e dunque non più esercitabile il diritto di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza: Cass. pen., Sez. 2, n. 47185 del 11/10/2019 - dep. 20/11/2019, Vecera; Sez. 5, n. 34181 del 26/06/2019 - dep. 26/07/2019, Basso; Sez. 1, n. 30715 del 10/05/2019 - dep. 12/07/2019, Rinella G.; Sez. 1, n. 30714 del 10/05/2019 - dep. 12/07/2019, Rinella S.; Sez. 5, n. 12560 del 08/11/2018 - dep. 20/03/2019, Deidda; Sez. 1, n. 5673 del 08/01/2019 - dep. 05/02/2019, Burgio; Sez. 5, n. 9976 del 20/12/2017 - dep. 05/03/2018, Angrisano; Sez. 1, n. 46141 del 23/03/2018 - dep. 11/10/2018, Ambrisi; Sez. 6, n. 33474 del 07/06/2018 - dep. 18/07/2018, Quattromani; Sez. 2, n. 29854 del

Sul punto, la Suprema Corte afferma: «Atteso che la disciplina dell'udienza di riesame assume il carattere di una vera e propria *lex specialis* rispetto alla disciplina generale prevista dall'art. 127 c.p.p., ed è, quindi, destinata a prevalere su quest'ultima ogniqualvolta esprima una norma diversa e/o incompatibile, non vi è dubbio che, dopo l'introduzione dei modificati commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., le disposizioni di cui agli artt. 127, comma 3, c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p., debbano intendersi non più applicabili all'udienza di riesame, in quanto, se lo fossero, comporterebbero una irragionevole "rimessione in termini" a beneficio esclusivo di chi è detenuto o internato in luogo posto fuori del circondario del Tribunale competente (che potrebbe essere ascoltato dal magistrato di sorveglianza), con iniqua penalizzazione del soggetto detenuto o internato in luogo interno al predetto circondario (che non potrebbe essere ascoltato)»<sup>34</sup>.

La lettura dell'arresto in commento consente di enucleare le due ragioni per le quali la Corte ritiene che il combinato disposto degli artt. 127 comma 3 e 101 disp. att. c.p.p. non sia più applicabile all'udienza di riesame:

- a) la nuova previsione, dettata dai commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p. (come modificati dall'art. 11 della L. 47/2015), relativa al diritto dell'indagato detenuto di presenziare all'udienza cautelare, costituirebbe una *lex specialis* incompatibile con la precedente disciplina prevista dall'art. 127 c.p.p.;
- b) sussisterebbero esigenze di «perequazione» tra la posizione dell'indagato detenuto all'interno del circondario e quella dell'indagato ristretto all'esterno dello stesso, con impossibilità di «penalizzare iniquamente» il primo in favore del secondo.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, dunque, a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015, l'imputato detenuto fuori dal circondario del Tribunale del Riesame non potrebbe più essere sentito dal Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione, potendo solo scegliere se partecipare o meno all'udienza camerale: da un lato, perché la nuova disciplina costituirebbe una *lex specialis* compiutamente definita e dunque escludente quella stabilita dall'art. 127 c.p.p. (inerente ai procedimenti in camera di consiglio in generale); dall'altro, perché, altrimenti, si darebbe luogo ad una irragionevole disparità di trattamento rispetto agli imputati detenuti all'interno del circondario, i quali potrebbero soltanto, con l'istanza di riesame, chiedere di partecipare all'udienza e non anche, dopo il ricorso introduttivo, chiedere di essere ascoltati dal Magistrato di Sorveglianza.

---

27/01/2017 - dep. 15/06/2017, Sarmiento; Sez. 6, n. 35939 del 14/06/2017 - dep. 20/07/2017, Sailouh; Sez. 1, n. 48423 del 10/05/2017 - dep. 20/10/2017, Mazzarella; Sez. 6, n. 50211 del 05/10/2017 - dep. 03/11/2017, Loschiavo; Sez. 1, n. 31400 del 11/04/2017 - dep. 23/06/2017, Gabrieli; Sez. 1, n. 51487 del 13/07/2017 - dep. 10/11/2017, Bonavota; Sez. 1, n. 50483 del 02/11/2016 - dep. 28/11/2016, Ventura; Sez. 1, n. 49284 del 17/03/2016 - dep. 21/11/2016, Grande Aracri; Sez. 2, n. 13707 del 11/03/2016 - dep. 06/04/2016, Ciarfaglia; Sez. 4, n. 28596 del 25/05/2016 - dep. 08/07/2016, Genica; Sez. 1, n. 50480 del 02/11/2016 - dep. 28/11/2016, De Francesco; Sez. 2, n. 47894 del 15/09/2016 - dep. 11/11/2016, Angelino e altro; Sez. 2, n. 47893 del 15/09/2016 - dep. 11/11/2016, Angelino e altro.

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 9882 del 06/10/2015 - dep. 17/12/2015, Pernagallo cit.

La tesi, elaborata nella sentenza Pernagallo, fatta propria da numerosissime pronunce successive e condivisa da una parte della dottrina<sup>35</sup>, non risulta tuttavia convincente.

Innanzitutto, va osservato che la riforma del 2015 non ha intaccato l'ottavo comma dell'art. 309 c.p.p., che richiamava e continua a richiamare l'art. 127 c.p.p., sul procedimento cautelare in generale, nel suo complesso, quindi anche con riferimento al terzo comma, il cui secondo periodo stabilisce che, «se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo».

Di conseguenza, continuano a trovare applicazione al giudizio di riesame tutte le disposizioni dettate dall'art. 127 c.p.p., salvo conclamata incompatibilità con le specifiche e puntuali statuizioni dettate in materia di riesame (disposizioni speciali, che, in ipotesi di contrasto, evidentemente prevalgono sulle norme dettate per il procedimento camerale in generale).

Sul punto, non pare di poter rinvenire alcuna radicale incompatibilità tra la facoltà, accordata all'indagato detenuto fuori circondario dal Legislatore del 2015, di chiedere di presenziare all'udienza di riesame e la differente possibilità di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione.

Se le due facoltà non sono incompatibili, non v'è ragione di ritenere che l'una escluda necessariamente l'altra astrattamente (nel singolo procedimento, ovviamente, il detenuto fuori circondario dovrà decidere se esercitare concretamente l'una o l'altra: la partecipazione all'udienza, con la conseguente possibilità di rendere dichiarazioni innanzi allo stesso Giudice che dovrà decidere, evidentemente «assorbe» la facoltà di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza).

L'assunto che qui si propugna risulta pienamente confermato, d'altro canto, dalla giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della L. 47/2015 che, come si è anticipato, superando il rigido sistema del «doppio binario» a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 45/1991, consentiva già agli indagati detenuti fuori del circondario del Tribunale del Riesame, in alternativa alla richiesta di ascolto da parte del Magistrato di Sorveglianza, di chiedere di presenziare all'udienza cautelare qualora ciò fosse stato necessario al fine di rendere dichiarazioni attinenti alla propria posizione processuale<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della Legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, cit., in cui si sostiene che, nonostante il richiamo operato dall'art. 309 comma 8 c.p.p., la disposizione di cui all'art. 127 comma 3 c.p.p. (che sancisce la facoltà di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione), a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015, non trova più applicazione.

<sup>36</sup> Le stesse Sezioni unite della Suprema Corte, già dagli anni '90, con la sentenza Cass. pen., Sez. U, n. 40 del 22/11/1995 - dep. 07/03/1996, Carlutti, Rv. 203771 - 01, hanno statuito che la mancata traduzione, perché non disposta o non eseguita, dell'imputato, indagato o condannato che ne abbia fatto richiesta, all'udienza di riesame determina la nullità assoluta e insanabile, a norma dell'art. 179 c.p.p., dell'udienza camerale e della successiva pronuncia del Tribunale sull'istanza di riesame; in termini ancora più espliciti in relazione al detenuto fuori circondario, Cass. pen., Sez. U, n. 9 del 25/03/1998 - dep. 30/06/1998, D'Abramo, Rv. 210799 - 01, ha precisato che, in materia di riesame di misure cautelari personali l'indagato, detenuto 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; ancor più recentemente, in Cass. pen., Sez. U, n. 35399 del 24/06/2010 - dep.



Per circa 25 anni, dunque, prima dell'entrata in vigore della L. 47/2015, le due facoltà, di ascolto da parte del Magistrato di Sorveglianza e di presenziare all'udienza di riesame, hanno pacificamente convissuto, senza essere ritenute tra loro contrastanti o incompatibili.

Ma, soprattutto, argomento di indubbio rilievo a confutazione di quanto opinato dalla Corte appare essere l'identificazione dell'esatta portata dell'art. 101 disp. att. c.p.p. e la precisa individuazione del suo ambito applicativo.

Infatti, la disposizione in esame viene considerata dalla sentenza Pernagallo una norma «generale» in materia di procedimenti camerali (si sostiene, infatti, che essa «deve intendersi non più applicabile all'udienza di riesame»), con la conseguenza di risultare derogata dalle statuizioni specificamente dedicate dalla L. 47/2015 all'udienza cautelare con la modifica dei commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., che integrerebbero, invece, la *lex specialis* precipuamente dedicata al giudizio di riesame.

Così, tuttavia, non è, ove si consideri che l'art. 101 disp. att. c.p.p., lungi dal costituire una norma a carattere generale in materia di procedimenti camerali, disciplina specificamente ed esclusivamente proprio il procedimento di riesame, integrando, pertanto, essa stessa, la *lex specialis* in materia.

Ciò risulta, inequivocabilmente, dalla collocazione, dalla rubrica e dal testo della disposizione in esame.

Invero, in ordine alla collocazione sistematica della norma, va rilevato che essa è inserita nel Capo I Titolo VII («Disposizioni relative alle misure cautelari») delle disposizioni di attuazione del codice di rito, all'interno di un Titolo, quindi, specificamente dedicato alle misure cautelari.

Inoltre, l'articolo è rubricato assai chiaramente «Termine per la decisione sulla richiesta di riesame» e, al secondo comma, stabilisce che, «quando l'imputato è detenuto o internato in luogo posto fuori del circondario del Tribunale competente, il termine previsto dall'art. 309 comma 10 del codice decorre dal momento in cui pervengono al Tribunale gli atti assunti dal magistrato di sorveglianza a norma dell'art. 127 comma 3 del codice. Il magistrato di sorveglianza senza ritardo assume le dichiarazioni dell'imputato, previo tempestivo avviso al difensore e trasmette gli atti al Tribunale con il mezzo più celere».

Di conseguenza, il termine di dieci giorni per la decisione, ordinariamente decorrente dalla ricezione degli atti trasmessi *ex art.* 309 comma 5 c.p.p., in tal caso, non decorre se non a partire dal momento in cui il Tribunale del Riesame riceve il verbale contenente le dichiarazioni rese dall'imputato al Magistrato di Sorveglianza del luogo in cui è detenuto.

---

01/10/2010, F., Rv. 24783501, le Sezioni unite hanno affermato che l'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza, ha diritto di presenziare al giudizio camerale d'appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato, anche se ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del Giudice precedente.

Il chiaro riferimento al «termine previsto dall'art. 309 comma 10 del codice» toglie ogni dubbio in ordine alla riferibilità dell'art. 101 disp. att. c.p.p. allo specifico giudizio di riesame e non, genericamente, ai procedimenti in camera di consiglio.

Tale disposizione non è stata in alcun modo modificata dalla L. 47/2015, né tantomeno abrogata: la stessa è, dunque, tuttora vigente, e non può che riferirsi esclusivamente al giudizio di riesame.

Di conseguenza, contrariamente a quanto affermato nelle sentenze della Suprema Corte sopra indicate, è da ritenersi che, ancora oggi, pur a seguito della riforma intervenuta in materia cautelare nel 2015, l'imputato detenuto fuori dal circondario del Tribunale del Riesame possa, in alternativa alla formulazione dell'istanza di comparizione in udienza, chiedere semplicemente di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza del luogo di restrizione, con conseguente immediata trasmissione al Tribunale del Riesame del relativo verbale.

Ciò non comporta alcuna sperequazione, né alcuna «penalizzazione» dell'imputato detenuto all'interno del circondario, soprattutto ove si consideri che, fino a quando il verbale contenente le dichiarazioni non giunge presso il Tribunale del Riesame, non decorre il termine per la decisione: l'indagato, dunque, chiedendo di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza, assume a suo carico il lasso temporale necessario alla definizione del sub-procedimento dichiarativo, con il conseguente rischio di prolungare il procedimento di riesame e dunque la permanenza in regime custodiale.

D'altro canto, la scelta del Legislatore di non abrogare espressamente, né il richiamo all'intero art. 127 c.p.p. contenuto nell'ottavo comma dell'art. 309 c.p.p., né l'art. 101 disp. att. c.p.p. (il cui primo comma, peraltro, che disciplina il legittimo impedimento dell'imputato imponendo il rinvio dell'udienza di riesame con conseguente sospensione del termine per la decisione, trova ancora pacifica applicazione), non può essere sbrigativamente archiviata come una mera dimenticanza o come frutto di una aporia normativa.

Essa appare, al contrario, ispirata a un basilare criterio di economia processuale (oltre che economico-finanziaria): se lo stesso imputato, detenuto al di fuori del circondario del Tribunale del Riesame, ritiene di poter adeguatamente articolare le proprie difese semplicemente rendendo dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza, non vi è ragione per costringerlo a rendere le medesime dichiarazioni recandosi personalmente, con tutti i conseguenti oneri di traduzione, innanzi al Collegio giudicante, percorrendo (con scorta) anche lunghissime distanze.

Non può, d'altro canto, obiettarsi che tale facoltà sarebbe comunque garantita dal testo dell'art. 123 c.p.p. («Dichiarazioni e richieste di persone detenute o internate»), secondo cui l'imputato detenuto ha facoltà di presentare impugnazioni, dichiarazioni e richieste con atto ricevuto dal direttore, così come l'imputato in stato di arresto o di detenzione domiciliare può esercitare la medesima facoltà con atto ricevuto da un ufficiale di polizia giudiziaria, con la precisazione che le impugnazioni, le dichiarazioni e le richieste in tal modo articolate sono immediatamente comunicate all'autorità competente e hanno efficacia come se fossero ricevute direttamente dall'autorità giudiziaria.

Invero, non può non evidenziarsi come la facoltà accordata dall'art. 101 disp. att. c.p.p. sia assistita da un compendio di garanzie non previste, invece, dall'assai più generico art. 123 c.p.p. (l'obbligo di rendere preventivamente tempestivo avviso al difensore dell'imputato; la qualifica del soggetto cui vengono rese le dichiarazioni, direttamente l'autorità giudiziaria, non il direttore dell'istituto penitenziario o un ufficiale di polizia giudiziaria; nonché, soprattutto, la sospensione del termine per la decisione da parte del Tribunale fino a quando non gli venga trasmesso il verbale contenente le dichiarazioni rese dall'indagato).

In ordine all'ulteriore argomentazione sviluppata dalla Corte, secondo la quale il riconoscimento in favore dell'imputato detenuto al di fuori del circondario della facoltà di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza costituirebbe una «iniqua penalizzazione del soggetto detenuto o internato in luogo interno al predetto circondario (che non potrebbe essere ascoltato)», va rilevato come ad entrambi verrebbe comunque riconosciuto il diritto di prendere parte personalmente all'udienza di riesame, con la conseguente possibilità di rendere tutte le dichiarazioni difensive necessarie. Tale facoltà (maggiore) verrebbe riconosciuta sia al detenuto all'interno del circondario che al ristretto all'esterno del medesimo, mentre a quest'ultimo sarebbe attribuita anche una facoltà minore, in alternativa, non in aggiunta, alla prima, costituita dalla possibilità di chiedere di essere ascoltato dal Magistrato di Sorveglianza, in considerazione della distanza tra il luogo di detenzione e il luogo di celebrazione dell'udienza cautelare.

Non pare potersi affermare che una simile interpretazione, che si ritiene più aderente al dato normativo, nonché in grado di contemperare al massimo livello possibile le facoltà difensive con esigenze di economia processuale, rappresenti un *vulnus* alle prerogative dell'indagato detenuto nel circondario o integri un'inaccettabile disparità di trattamento: si tratterebbe sì di un regime leggermente differenziato (solo in relazione alla facoltà minore alternativa), ma ampiamente giustificato dal differente luogo di restrizione (in alcuni casi, diverse centinaia di chilometri) e, comunque, cronologicamente a carico dello stesso indagato extracircondario (come si è detto).

Peraltro, nonostante l'orientamento giurisprudenziale sul punto appaia ormai sufficientemente consolidato (sebbene solo la sentenza Pernagallo abbia operato una reale riflessione con riferimento al profilo specifico), non mancano, anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015, pronunce della Suprema Corte con le quali si afferma la perdurante sussistenza della facoltà di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza da parte dell'imputato detenuto fuori circondario, tanto da ritenere che, anche su detta specifica questione, le Sezioni unite potrebbero essere chiamate a pronunciarsi (sempre che non lo facciano con la medesima sentenza inerente alla formulazione dell'istanza di comparizione in udienza).

Invero, dopo la riforma cautelare del 2015, i Giudici di legittimità, con specifico riferimento all'udienza di riesame, hanno affermato che:

- ai sensi dell'art. 127 comma 3 c.p.p., l'indagato detenuto non va necessariamente sentito «il giorno prima» dell'udienza di riesame, ma prima di detta udienza,

- essendo sufficiente che il verbale contenente le dichiarazioni venga poi trasmesso al Tribunale del Riesame e questo le valuti prima della decisione<sup>37</sup>;
- essendo l'imputato titolare di un autonomo diritto di presenziare all'udienza in camera di consiglio e salvo il meccanismo dell'audizione esterna dell'interessato detenuto fuori circoscrizione, l'omesso avviso della data fissata per tale udienza costituisce una evidente violazione del diritto di partecipazione dello stesso al procedimento ed è sanzionato con la nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento<sup>38</sup>;
  - ai sensi dell'art. 127 comma 5 c.p.p., sono assistiti dalla sanzione della nullità, le disposizioni dei commi 1, 3 e 4 del medesimo articolo che riguardano gli avvisi alle parti della fissazione dell'udienza, l'audizione innanzi al Magistrato di Sorveglianza dell'interessato detenuto fuori della circoscrizione del Tribunale del Riesame che ne abbia formulato istanza e la partecipazione all'udienza dell'interessato detenuto legittimamente impedito che ne abbia fatto richiesta<sup>39</sup>;
  - se il Tribunale del Riesame decide acquisendo il verbale di dichiarazioni rese dall'indagato al Magistrato di Sorveglianza, senza dare la possibilità al difensore di poter interloquire sulle stesse, l'ordinanza adottata è nulla in virtù di quanto previsto dall'art. 127 comma 5 c.p.p.<sup>40</sup>;
  - allorché si proceda ai sensi dell'art. 309 c.p.p., il terzo comma dell'art. 127 stesso codice deve essere interpretato non nel senso che l'interessato debba essere sentito prima del giorno fissato per l'udienza, bensì nel senso che l'udienza deve essere tenuta dopo aver sentito l'interessato e dopo che gli atti assunti dal Magistrato di Sorveglianza siano pervenuti al Tribunale del Riesame<sup>41</sup>;
  - il termine di dieci giorni per la decisione non decorre fino a quando il verbale contenente le dichiarazioni non giunge presso il Tribunale del Riesame<sup>42</sup>;
  - la facoltà dell'imputato di essere sentito dal Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione, ai sensi degli art. 309 e 127 comma 3 c.p.p., è subordinata alla formulazione di un'esplicita richiesta in tal senso<sup>43</sup>.

In diverse altre pronunce di legittimità, inoltre, le disposizioni di cui agli artt. 127 comma 3 e 101 comma 2 disp. att. c.p.p. risultano pacificamente applicate, considerate dunque come norme tuttora vigenti<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 5464 del 28/06/2016 - dep. 06/02/2017, Isaia.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 26726 del 04/03/2015 - dep. 25/06/2015, Sammarco e altro.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 49778 del 24/09/2019 - dep. 09/12/2019, Kola.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8784 del 01/12/2017 - dep. 22/02/2017, Ibrahim; negli stessi termini Sez. 1, n. 8785 del 01/12/2017 - dep. 22/02/2017, Saber.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 24021 del 25/05/2016 - dep. 09/06/2016, Papa, secondo cui l'audizione dinanzi al Magistrato di Sorveglianza deve avvenire prima dell'udienza di riesame con una tempistica tale da garantire l'eventuale allegazione di motivi nuovi, senza necessità che vi sia uno iato temporale prestabilito e inderogabile fra i due eventi processuali (audizione dell'indagato e udienza di riesame).

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 20156 del 16/09/2015 - dep. 16/05/2016, Morri.

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 28530 del 28/05/2015 - dep. 03/07/2015, Schlemmer.

<sup>44</sup> Tra queste: Cass. pen., Sez. 1, n. 44595 del 03/05/2018 - dep. 05/10/2018, Brusciano; Sez. 5, n. 873 del 20/09/2016 - dep. 10/01/2017, Strano; Sez. 5, n. 32156 del 18/02/2016 - dep. 25/07/2016, Halilaj cit.

Le stesse Sezioni unite della Suprema Corte, seppure incidentalmente, pronunciandosi proprio su una delle novità introdotte dalla L. 47/2015 (art. 311 comma 5 *bis* c.p.p.), in relazione all'art. 101 disp. att. c.p.p., hanno statuito che, «con riferimento (...) alla diversa ipotesi in cui l'imputato sia detenuto o internato in un luogo diverso da quello in cui si trova il giudice ed abbia chiesto di essere sentito, è previsto (comma 2) che il termine per la decisione di cui all'art. 309, comma 10, cod. proc. pen., decorra dal momento in cui pervengono al tribunale gli atti assunti dal magistrato di sorveglianza a norma dell'art. 127, comma 3»<sup>45</sup>.

In tutte le predette pronunce, dunque, si fa riferimento all'art. 127 comma 3 c.p.p. e soprattutto all'art. 101 comma 2 disp. att. c.p.p. come disposizioni ancora attualmente in vigore, pur a seguito del riconoscimento esplicito, anche in favore dell'imputato detenuto fuori distretto, del diritto di presenziare all'udienza di riesame mediante formulazione di apposita istanza.

## 9. Conclusioni.

In conclusione, alla luce delle considerazioni espresse, riprendendo il quesito posto dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, a parere di chi scrive può affermarsi che, nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale, che intenda esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale ai sensi dell'art. 309 comma 8 *bis* c.p.p., deve formularne istanza, personalmente o a mezzo del difensore, necessariamente nella richiesta di riesame.

La richiesta di partecipazione avanzata oltre tale preciso momento procedimentale va ritenuta, quindi, tardiva.

Tuttavia, contrariamente all'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, si ritiene che siano ancora applicabili al giudizio di riesame le disposizioni dell'art. 127 comma 3 c.p.p. e dell'art. 101 comma 2 disp. att. c.p.p., che prevedono la facoltà, per il detenuto in luogo posto fuori dal circondario del Tribunale del Riesame, in alternativa alla richiesta di comparizione in udienza, di rendere dichiarazioni al Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione, che devono essere trasmesse al Tribunale del Riesame, con la conseguenza che il termine di dieci giorni per la decisione, in tal caso, non decorrerà dal deposito degli atti trasmessi ai sensi dell'art. 309 comma 5 c.p.p., bensì dal momento in cui giungerà presso la cancelleria del Tribunale del Riesame il verbale contenente le dichiarazioni rese dall'indagato detenuto.

---

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017 - dep. 18/10/2017, Rezmoves, Rv. 27095301, secondo cui, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva, il Tribunale del Riesame deve depositare il provvedimento nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 311 comma 5 *bis* c.p.p. (comma aggiunto dall'art. 13 comma 1 della L. 47/2015), a pena di perdita di efficacia della misura, e non nel più lungo termine, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno, previsto dall'art. 309 comma 10 c.p.p. (secondo la nuova formulazione introdotta dalla stessa L. 47/2015).