

IL DIFFERIMENTO DELL'UDIENZA DI RIESAME TRA ESIGENZE DI DIFESA SOSTANZIALE E LIMITI ALL'IMPUGNAZIONE

Nota a [Cass., sez. VI, 03.03.2016 \(dep. 24.03.2016\), n. 13049, ric. Ripani](#)
e [Cass., sez. VI, 03.03.2016 \(dep. 31.03.2016\), n. 12556, ric. Casieri](#)

di Bartolomeo Romanelli

Abstract. Nel contributo si esaminano due interventi della Corte di Cassazione, di analogo tenore, sulla facoltà attribuita all'indagato-imputato di richiedere il differimento dell'udienza di riesame per "giustificati motivi" ai sensi dell'art. 309 comma 9 bis c.p.p., introdotto dall'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47. Due i punti principali affrontati dalla Suprema Corte: la natura e i limiti del sindacato esercitabile dal tribunale del Riesame sulla richiesta, e gli spazi di impugnabilità di un eventuale rigetto della stessa.

SOMMARIO: 1. Il procedimento di riesame tra esigenze cognitive ed esigenze di celerità. – 2. Il fatto. – 3. La nozione di giustificati motivi ed il vaglio riservato all'organo di controllo. – 4. L'impugnabilità della decisione erronea: apparenza della motivazione o nullità generale? – 5. Le conseguenze della nullità della decisione: orientamenti a confronto. – 6. Conclusioni.

1. Il procedimento di riesame tra esigenze cognitive ed esigenze di celerità.

La Suprema Corte interviene in tema di facoltà per l'imputato di richiedere il differimento dell'udienza di riesame ai sensi dell'art. 309 comma 9 bis c.p.p., offrendo un importante contributo di approfondimento e di chiarimento sulle novità introdotte dall'art. 11 della l. 16 aprile 2015, n. 47¹.

¹ Sul quale vedi, per un inquadramento generale, E. N. LA ROCCA, *Prerogative personali dell'imputato*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, a cura di D. Chinnici, Roma, 2015, 106 ss.; 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, 226 ss.; P. MAGGIO, *I controlli*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari: analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015, 108-109; G. SPANGHER, *Le impugnazioni personali si rinnovano*, in *Il nuovo volto della giustizia penale: autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e di ordinamento penitenziario (legge n. 186 del 2014; d.lgs. n. 6 del 2015; decreto-legge n. 7 del 2015, conv. in legge n. 43 del 2015; d.lgs. n. 9 del 2015; d.lgs. n. 28 del 2015; legge n. 19 del 2015; legge n. 47 del 2015)*, a cura di G. M. Baccari-K. La Regina-E. M. Mancuso, Padova, 2015, 464-465.

La disposizione in oggetto – valevole anche in materia di riesame delle misure cautelari reali, stante il richiamo operato dall'art. 324 c.p.p.² – cerca un adeguato contemperamento tra il diritto del soggetto privato della libertà ad un celere controllo sulla legalità della detenzione, così come consacrato dall'art. 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dall'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³ e il diritto ad una difesa effettiva⁴, garantito all'imputato e al suo difensore dalla possibilità di fruire del tempo necessario ad un'adeguata analisi del materiale trasmesso *ex art.* 309 comma 5 c.p.p., nonché sufficiente ad una compiuta predisposizione della linea difensiva.

Il punto di equilibrio di queste due esigenze contrapposte è identificato dal nuovo art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., nei «*giustificati motivi*», lasciati alla valutazione esclusiva dell'indagato-imputato, nel cui interesse i tempi serrati del riesame sono fissati⁵.

È su tale nozione e sui rimedi esperibili in caso di rigetto della richiesta di differimento, che l'indagato-imputato deve formulare di persona entro due giorni dalla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza, che si soffermano le sentenze che si annotano, fornendo puntuale, sebbene non sempre condivisibile, risposta.

2. Il fatto.

In breve la vicenda, identica per ambedue le sentenze che si annotano.

Nell'ambito di procedimenti pendenti innanzi al Tribunale del riesame, i ricorrenti ritualmente formulavano istanza di differimento dell'udienza, alla luce della necessità di analizzare una gran quantità di fotografie e filmati regolarmente depositati. Il Tribunale, tuttavia, rigettava la richiesta – benché il pubblico ministero avesse dato parere favorevole alla stessa – argomentando che il procedimento non era di rilevante complessità e che in ogni caso gli atti erano stati messi a disposizione della difesa sin dal momento della notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza

² V. [Cass., sez. un., sent. 31 marzo 2016 \(dep. 6 maggio 2016\), n. 18954](#), in *questa Rivista*, 1 aprile 2016.

³ M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 2; M. FERRAIOLI, *Il riesame 'anche nel merito': origine e natura di un rimedio*, Torino, 2012, 107; L. GIULIANI, *Annullamento dell'ordinanza di riesame e caducazione del provvedimento cautelare ex art. 309 comma 10 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, 2800. Sul punto v. peraltro P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà: tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 49 ss. Secondo l'Autrice, infatti, l'art. 5 par. 4 CEDU non impone alle Parti contraenti un doppio grado di giurisdizione in materia di libertà personale. Piuttosto, esso impone un sistema giurisdizionale di controllo sulla legalità della detenzione, anche in relazione al merito del provvedimento, in cui siano assicurati il contraddittorio e la parità delle armi.

⁴ Rileva tuttavia al riguardo E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., 212, come, viceversa, l'approccio ai profili procedurali delle impugnazioni cautelari sia sovente condizionata dalla tendenza a ritenere assolutamente prioritaria la ricerca della celerità.

⁵ In questo senso Corte cost., ord. 10 giugno 1996 (dep. 17 giugno 1996) n. 201, in *Giur. cost.*, 1996, 1808. Analogamente, con riguardo al riesame dei provvedimenti di sequestro, v. Corte cost., ord. 25 marzo 1993 (dep. 29 marzo 1993), n. 126, in *Giur. cost.*, 1993, 1023.

cautelare ai sensi dell'art. 293 c.p.p. All'esito del procedimento, il Tribunale confermava la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari.

Nel proporre ricorso per cassazione, la difesa evidenziava, fra l'altro, la violazione dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., dal momento che il Tribunale aveva di fatto affermato che i giustificati motivi di differimento ricorressero solo in caso di violazione dell'obbligo di consentire all'indagato-imputato il tempestivo accesso agli atti della misura.

3. La nozione di giustificati motivi ed il vaglio riservato all'organo di controllo.

Nell'accogliere il ricorso, la Corte enuclea *in primis* in termini ampi il concetto di «giustificati motivi».

Si dà così ragione a quanti, in dottrina, avevano pronosticato una frequente se non automatica operatività del differimento, del resto utile allo stesso organo di controllo, a sua volta chiamato in tempi ristretti ed in condizioni di sovraccarico di lavoro ad un'approfondita analisi del materiale trasmesso⁶, nonché ad un penetrante vaglio circa il rispetto, da parte dell'ordinanza impugnata, dell'obbligo di autonoma valutazione di cui all'art. 292 comma 2 lett. *c* e *c bis* c.p.p.⁷.

La Corte muove dalla premessa per cui la disposizione «*non prevede una valutazione del Tribunale*» per l'eventuale concessione della dilazione⁸, dal momento che «*secondo il testo, "il Tribunale differisce", dizione ben diversa dal "può differire"*».

Al riguardo, si impone una precisazione.

L'affermazione della Corte deve intendersi nel senso che, una volta positivamente riscontrata la sussistenza dei giustificati motivi, il Tribunale ha il dovere di disporre il differimento; ciò secondo il tipico paradigma della norma discrezionale, in cui il dovere per il giudice di provvedere si pone come conseguenza della doverosa attività valutativa con la quale il magistrato compie un'opera di etero-integrazione della fattispecie secondo il parametro indicato dal legislatore⁹.

In ogni caso, la Corte è in seguito ineccepibile nell'affermare subito dopo che «*il Tribunale deve differire l'udienza se la parte lo chieda laddove vi siano (e siano indicati) giustificati motivi senza alcun apprezzamento degli stessi che vada oltre la verifica della loro sussistenza*».

⁶ In senso analogo G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1158; E. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 5, 121; V. PAZIENZA-G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari: rel. n. III/03, 2015, del 6 maggio 2015*, in *www.cortedicassazione.it*, 28.

⁷ Così come modificati dall'art. 8 l. 16 aprile 2015, n. 47.

⁸ In quest'ottica v. M. S. LEMBO – G. POTENZA, *La nuova disciplina dei gravami de libertate: il riesame*, in *La nuova disciplina delle misure cautelari personali dopo la L. 16 aprile 2015, n. 47*, a cura di M. S. Lembo – G. Potenza, Rimini, 2015, 139.

⁹ Sul punto si rinvia a F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 168 ss.

La richiesta *de qua*, pertanto, potrà essere rigettata solo in caso di omessa indicazione dei motivi o loro inidoneità¹⁰. La Corte individua peraltro un obbligo implicito – non privo di valore sistematico, benché sfornito di sanzione – di immediata decisione sulla richiesta di differimento e di tempestiva comunicazione alla parte, affinché questa apprenda della concessione o meno del rinvio in tempo utile per predisporre le sue difese.

Nel tentativo di dare corpo ai giustificati motivi, la Corte li riconduce all'ambito di esigenze funzionali all'esercizio in concreto del diritto di difesa tecnica e, di riflesso, personale, raccogliendo l'indicazione della dottrina¹¹, che aveva fatto compattamente riferimento a tali esigenze¹².

In particolare, i giudici di legittimità enucleano quali ipotesi di giustificato motivo le esigenze di «*studio del materiale indiziario*» e di «*raccolta di prove della difesa*».

Non vi è dubbio, pertanto, che il differimento debba essere concesso qualora sia allegata la necessità di un maggiore approfondimento del materiale trasmesso¹³, specie nei procedimenti connotati da un elevato numero di parti o di imputazioni, ovvero di uno sviluppo dell'attività difensiva rispetto a quanto svolto in sede di interrogatorio di garanzia, anche con lo svolgimento di indagini private¹⁴. Non spetta, peraltro, all'organo di controllo il compito di «*sindacare la qualità dei motivi; non gli spetta affermare se sia adeguato o meno il termine ordinario per lo studio degli atti depositati, se sia necessario attendere il completamento delle indagini difensive, se sia opportuno consentire al nuovo difensore appena nominato di avere il tempo per una adeguata preparazione*».

Appare coerente il corollario: il rigetto dell'istanza dovrà limitarsi ai casi di minima consistenza del materiale probatorio da consultare, tali da rendere giustificabile l'affermazione che è pretestuosa la richiesta di ritardare la decisione.

Un vaglio penetrante circa la natura e la qualità dei motivi allegati dal richiedente dovrà invece essere esercitato, secondo la Corte, al solo fine di graduare la durata del differimento all'interno del *range* fissato dal legislatore (dai 5 ai 10 giorni), demandata alla discrezionalità del giudice.

¹⁰ V. già R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Concesso all'imputato il diritto a comparire personalmente in udienza*, in *Guida dir.*, 2015, 52.

¹¹ V. i contributi citati alle note 11 e 12.

¹² In questo senso, del resto, v. già il [Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232 – “Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali”, n. 95 del gennaio 2014](#), in questa *Rivista*, 2014, 17.

¹³ P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali](#), in questa *Rivista*, 3 giugno 2015, 27; P. MAGGIO, *I controlli*, cit., 108; E. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, cit., 121. Sul punto v. anche G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1158; E. N. LA ROCCA, *Prerogative personali dell'imputato*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, cit., p. 108. Gli Autori fanno specificamente riferimento al diritto per il difensore di ottenere la trasposizione delle intercettazioni i cui verbali siano posti a fondamento di una misura cautelare. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, non è ravvisabile alcuna nullità qualora la richiesta di accesso del difensore non sia stata proposta tempestivamente rispetto alle scadenze del procedimento di riesame: v. Cass., sez. un., 22 aprile 2010 (dep. 27 maggio 2010), n. 20300, CED rv. 246908.

¹⁴ In questo senso G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 532.

Al riguardo, ci si era chiesti se, in tale valutazione, potesse conferirsi rilievo alle difficoltà di ordine pratico-organizzativo che potrebbero insorgere per il collegio giudicante¹⁵. Al quesito le sentenze che si annotano forniscono risposta positiva: il giudice potrà dunque modulare il termine di differimento in base alle proprie esigenze organizzative, anche in considerazione della programmazione delle udienze¹⁶.

Tale affermazione suscita invero qualche riserva, giacché le esigenze dell'ufficio finiscono per determinare il prolungamento di termini dettati con esclusivo riferimento all'interesse dell'imputato alla celerità della decisione, frustrato da ragioni eterogenee alla difesa personale e tecnica.

A una differente soluzione si sarebbe potuto giungere se, nel corso dell'*iter* di approvazione della legge n. 47 del 2015¹⁷, non si fosse eliminata la previsione volta ad attribuire anche al giudice il potere di differire *ex officio* l'udienza¹⁸.

Le esigenze dell'organo di controllo, pur laddove siano ritenute indebitamente trascurate dalla novella legislativa¹⁹, non sembrano recuperabili mediante la graduazione dell'entità del differimento: quest'ultimo dovrebbe essere modulato unicamente sulla «*qualità dei giustificati motivi*» per ragioni difensive.

Restano così estranee alla sfera dei giustificati motivi le ipotesi di impedimento personale, fisico o psicologico, dell'imputato²⁰, da correlare alla nuova previsione di cui ai commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., la quale ha finalmente attribuito all'imputato che ne abbia fatto richiesta in sede di gravame il «*diritto di comparire personalmente*» in udienza, a prescindere da un *locus detentionis* del tutto casuale²¹.

¹⁵ V. PAZIENZA-G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari: rel. n. III/03, 2015, del 6 maggio 2015*, cit., 28.

¹⁶ In questo senso G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1158.

¹⁷ Per le cui vicende v. E. VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 3 ss.

¹⁸ In questa direzione E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., 230. In senso favorevole all'eliminazione del differimento d'ufficio, che scongiura la possibilità di un differimento contro la volontà dell'imputato del termine di restrizione della libertà personale ritenuto congruo dalla legge, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1158.

¹⁹ In questo senso, sul rilievo che la possibilità di un differimento d'ufficio avrebbe potuto garantire una maggior accuratezza della decisione, P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali](#), cit., 28; A. MARI, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali*, in *Cass. pen.*, 2015, 37.

²⁰ Si interroga circa la riconducibilità di tali ipotesi all'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p. G. SPANGHER, *Le impugnazioni personali si rinnovano*, cit., 464; ID., *Un restyling per le misure cautelari*, cit., 532.

²¹ Con l'art. 11 della l. n. 47 del 2015, il legislatore ha inteso esaltare la specialità dell'udienza di riesame rispetto al modello *ex art.* 127 c.p.p., cui pure l'art. 309 c.p.p. rinvia. Come noto, infatti, l'art. 127 comma 4, nel contemplare il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento dell'imputato, discrimina a seconda che quest'ultimo sia o meno detenuto o internato nella stessa circoscrizione del giudice. Per un'interpretazione correttiva v. peraltro già Corte cost., sent. 17 gennaio 1991 (dep. 31 gennaio 1991), n. 45, in *Giur. cost.*, 1991, p. 304.

Si deve tuttavia evidenziare che, nell'interpretazione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità, il diritto alla comparizione personale *ex art.* 309 commi 6 e 8 *bis* c.p.p. è subordinato alla presentazione dell'istanza unitamente alla richiesta di riesame: v. Cass., sez. I, sent. 6 ottobre 2015 (dep. 17 dicembre

All'interno di un quadro interpretativo di riferimento che esalta le prospettive della difesa sia personale che tecnica è così da stigmatizzare il silenzio sul legittimo impedimento del difensore, che non trova riconoscimento né nell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., né nell'art. 127 comma 4 c.p.p. Da un lato, infatti, l'inapplicabilità in tali casi dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p. è agevolmente ricavabile dal fatto che la richiesta di differimento debba essere presentata personalmente dall'imputato²². Quanto poi all'art. 127 comma 4 c.p.p., la giurisprudenza, eccettuate talune recenti aperture²³, nega che tale legittimo impedimento del difensore possa dar luogo al rinvio dell'udienza camerale²⁴.

La novella del 2015 alimenta le perplessità in merito a siffatto orientamento, che finisce sovente per frustare le esigenze di effettività della difesa e la parità delle parti processuali²⁵.

4. L'impugnabilità della decisione erronea: apparenza della motivazione o nullità generale?

Un ulteriore passaggio di grande rilievo della decisione in commento appare la ricostruzione operata dalla Corte in punto di impugnabilità della decisione che rigetta la richiesta di differimento.

Ritiene la Corte che, in tale ipotesi, non sia ravvisabile alcuna «*sanzione processuale*»²⁶ che giustifichi un gravame.

Due sono gli argomenti richiamati al proposito.

2015), n. 49882. Solo entro questi confini, pertanto, l'impedimento personale dell'imputato pare destinato ad assumere rilievo.

²² Secondo G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1159, il legislatore ha così voluto impedire che la richiesta di differimento fosse formulata unicamente in ragione delle esigenze professionali del difensore.

²³ Cass., sez. un., sent. 30 ottobre 2014 (dep. 14 aprile 2015), n. 15232, CED rv. 263022, in tema di dichiarazione di adesione del difensore all'astensione dalle udienze legittimamente proclamata dagli organismi di categoria.

²⁴ Cass., sez. V, sent. 12 maggio 2015 (dep. 17 giugno 2015), n. 25501, CED rv. 264066; Cass., sez. IV, sent. 18 dicembre 2014 (dep. 16 giugno 2015), n. 25143, CED rv. 263852; Cass., sez. I, sent. 27 marzo 2013 (dep. 12 giugno 2013), n. 25844, CED rv. 255807; Cass., sez. I, sent. 22 marzo 2013 (dep. 27 maggio 2013), n. 22717, CED rv. 256488; Cass., sez. I, sent. 24 novembre 2011 (dep. 22 febbraio 2012), n. 6907, CED rv. 252401; Cass., sez. un., sent. 27 giugno 2006 (dep. 22 settembre 2006), n. 31461, in *Riv. pen.*, 2007, 320.

²⁵ In questo senso, con riguardo all'art. 127 c.p.p., S. LORUSSO, *Definizione dell'appello in camera di consiglio ed assenza del difensore per «impedimento assoluto»*, in *Cass. pen.*, 1994, 2100. Sul punto v. peraltro G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 178 ss.: secondo l'Autore, al fine di salvaguardare il diritto dell'indagato-imputato all'assistenza tecnica, sussisterebbe un obbligo di rinviare l'udienza camerale nei casi in cui il difensore abbia tempestivamente comunicato un legittimo impedimento.

²⁶ Tale espressione, benché impiegata dallo stesso legislatore all'art. 124 c.p.p. e all'art. 2 n. 7 legge 16 febbraio 1987, n. 81, deve peraltro essere intesa in senso atecnico. Sul punto v. M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 2005, 2.

Da un lato, si sottolinea il silenzio serbato sul punto dall'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., nel contesto di una disciplina che, viceversa, contempla espressamente ipotesi di sanzioni connesse al mancato rispetto di termini processuali²⁷: *ubi lex voluit, dixit*.

Dall'altro lato, si nega che, in caso di erroneo diniego del rinvio, possa discutersi genericamente di violazione dei diritti di difesa per ineffettività della stessa e, quindi, di una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi degli artt. 178 lett. c e 180 c.p.p.

L'operatività della nullità di ordine generale è esclusa dalla Corte in base al rilievo per cui *«la complessiva disciplina dei termini del riesame non consente di affermare che la mancata dilazione possa equivalere ad una automatica ragione di compressione delle possibilità di difesa, come si desume dal fatto che la stessa legge non ha affatto inteso introdurre una regola di adeguamento dei termini alle effettive esigenze di difesa»*: in quest'ottica, si sottolinea come *«il postponimento del termine di decisione per esigenze di difesa non sia previsto nella pur significativa ipotesi in cui il pm depositi nuovo materiale probatorio in corso di udienza camerale»*.

Nelle sentenze in commento, tuttavia, la Corte individua un'eccezione all'inoppugnabilità del provvedimento nei casi esaminati in ragione della natura meramente apparente della motivazione adottata nell'ordinanza.

In particolare, l'apparenza della motivazione²⁸ è individuata nell'inconferenza del percorso argomentativo seguito dal Tribunale, il quale ha rigettato l'istanza di differimento valorizzando la tempestività del deposito degli atti d'indagine ai sensi dell'art. 309 comma 5 c.p.p. e confinando l'applicabilità dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p. *«esclusivamente nell'ipotesi di nuovo materiale probatorio»* trasmesso.

Per la Corte l'intempestivo deposito degli atti, determinando più radicalmente l'inefficacia della misura cautelare²⁹, nulla ha a che vedere con l'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p., al pari del mancato deposito di nuovi atti di indagine, come comprovato dalla necessità – già evidenziata e prevista dalla norma di cui si discute – di depositare l'istanza di differimento ben prima dell'udienza che costituisce il termine ultimo per tale deposito. A chiusura del ragionamento svolto, l'apparenza della motivazione è ricondotta alla violazione di legge, ed in particolare all'ipotesi di nullità *ex* art. 125

²⁷ Si considerino gli artt. 301, 302, 303, 304 comma 6, 307 comma 5, 308, 309 comma 10, 311 comma 5 *bis* c.p.p.

²⁸ Il concetto di motivazione apparente può essere ulteriormente tripartito nelle categorie della motivazione apodittica, della motivazione generica e della motivazione carente. Tale ultima, in particolare, è individuabile nell'apparato giustificativo privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità a causa di un grave scoordinamento delle linee esplicative o di una sostanziale elusione dei quesiti posti dal ricorrente Sul punto v. F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 365.

²⁹ V. Cass., sez. un., 28 giugno 2005 (dep. 20 luglio 2005), n. 26798, CED rv. 231349, secondo cui l'interrogatorio di garanzia è nullo qualora non sia stato preceduto dal deposito *ex* art. 293 c.p.p. dell'ordinanza applicativa della misura, della richiesta del pubblico ministero e degli atti con essa presentati. Detta nullità comporta la perdita di efficacia della misura *ex* art. 302 c.p.p.

comma 3 c.p.p.³⁰, che legittima il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. c c.p.p.³¹

La soluzione prescelta dalla Corte appare ispirata dall'intento di porre un limite al potere di impugnazione del rigetto della richiesta di differimento, pervenendo comunque ad una soluzione di giustizia nel caso esaminato.

Pur dovendo riconoscere che l'ampia lettura dei giustificati motivi proposta alla base del rinvio di udienza dovrebbe condurre ad una applicazione pressoché automatica del rinvio medesimo e a confinare a casi limite il rigetto inoppugnabile, appaiono evidenti le criticità di un simile approccio, che risiedono evidentemente nella difficoltà di tracciare una chiara linea di demarcazione tra motivazione apparente e motivazione manifestamente illogica³².

Ad un approdo più lineare – con evidente espansione del potere di gravame dell'imputato – si sarebbe probabilmente potuti giungere ammettendo che il mancato differimento dell'udienza possa dar luogo ad una nullità *ex art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.*: vizio senz'altro prospettabile in «una decisione emessa senza aver consentito all'imputato di usufruire di uno spazio difensivo ulteriore, in considerazione della sussistenza di giustificati motivi»³³.

Del resto, se la *ratio* dell'art. 309 comma 9 *bis* c.p.p. – così come ritenuto dalla stessa Suprema Corte – risiede «nell'ambito delle esigenze in concreto del diritto di difesa», sembra contraddittorio affermare che il mancato differimento non determini una ragione di compressione della possibilità di difesa personale e tecnica.

5. Le conseguenze della nullità della decisione: orientamenti a confronto.

Quanto alle conseguenze della nullità della decisione di rigetto, le sentenze di cui si discute negano che ne possa conseguire l'inefficacia della misura coercitiva applicata

³⁰ In questo senso, in materia di sequestro, v. Cass., sez. un., sent. 17 dicembre 2015 (dep. 30 dicembre 2015), n. 51207, CED rv. 265113; Cass., sez. IV, sent. 30 settembre 2014 (dep. 17 ottobre 2014), n. 4340, CED rv. 260314; Cass., sez. III, sent. 31 marzo 2011 (dep. 23 giugno 2011), n. 25236, CED rv. 250959; Cass., sez. V, sent. 25 giugno 2010 (dep. 1 ottobre 2010), n. 35232, CED rv. n. 248129; Cass., sez. un., sent. 29 maggio 2008 (dep. 26 giugno 2008), n. 25932, CED rv. 239692; Cass., sez. un., sent. 28 gennaio 2004 (dep. 13 febbraio 2004), n. 5876, CED rv. 226710.

³¹ La giurisprudenza è pervenuta a questa conclusione con particolare riguardo alle ipotesi in cui il ricorso per cassazione è consentito unicamente per violazione di legge: si considerino, ad esempio, gli artt. 311 comma 2, 325 commi 1 e 2, 569 comma 3 e 719 c.p.p., l'art. 10 comma 3 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché l'art. 41 *bis* comma 2 *sexies* legge 26 luglio 1975, n. 354.

³² Secondo F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, cit., 364 ss., la categoria della motivazione apparente è in effetti un «guscio vuoto» utile a soddisfare le esigenze della prassi. Per una lettura ulteriormente estensiva v. L. FILIPPI, *Il ricorso in cassazione per "violazione di legge"*, in *Arch. pen.*, 2014, 246 ss. Secondo l'Autore, in particolare, la nullità *ex art. 125 c.p.p.* dovrebbe essere predicata anche in ipotesi di motivazione manifestamente illogica, giacché l'art. 125 comma 3 c.p.p. imporrebbe la necessaria logicità dell'apparato giustificativo della sentenza.

³³ E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., 230.

al ricorrente per inutile decorso del termine *ex art. 309 comma 10 c.p.p.*, e annullano con rinvio le ordinanze impugnate, perché si proceda ad una nuova udienza.

A tal fine, la Corte richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la previsione di inefficacia *ex art. 309 comma 10 c.p.p.* non opera qualora il Tribunale del riesame si sia pronunciato entro il termine, ancorché la decisione debba ritenersi nulla per qualsiasi ragione³⁴.

In base a tale indirizzo l'art. 309 comma 10 c.p.p. serve a garantire un celere controllo di merito sulle misure coercitive: la disposizione non avrebbe, viceversa, la finalità di sanzionare l'invalidità della decisione con uno strumento diverso rispetto a quelli consueti previsti dall'ordinamento.

Si valorizza, inoltre, la distinzione tra nullità e inesistenza dell'atto giuridico processuale penale. In questa prospettiva, solo all'atto inesistente si attaglia il brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, mentre l'atto nullo è suscettibile di produrre effetti giuridici, ancorché precari. Poiché dunque la decisione nulla emessa al termine del procedimento di riesame è giuridicamente rilevante ancorché viziata, la sua adozione nel termine *ex art. 309 comma 10 c.p.p.* appare idonea a scongiurare la perdita di efficacia della misura coercitiva.

Sembrano tuttavia prospettabili argomenti a favore di una diversa ricostruzione, in virtù della quale l'emissione di una decisione invalida nei termini *ex art. 309 comma 10 c.p.p.* non varrebbe a scongiurare la perdita di efficacia della misura coercitiva.

Da un lato, infatti, se pure la previsione dell'effetto caducatorio è finalizzata a garantire la necessaria celerità del controllo, le garanzie per il soggetto destinatario della misura coercitiva si rivelerebbero evanescenti qualora quest'ultima continui a produrre effetti indipendentemente dalle vicende della sua impugnazione. Dall'altro lato, la declaratoria di nullità comporta la eliminazione *ex tunc* degli effetti dell'atto: a seguito di quest'ultima, non sembra dunque prospettabile una distinzione tra atto inesistente e atto nullo³⁵.

Volendo accedere a tale ricostruzione, ne dovrebbero seguire l'annullamento con rinvio della decisione del giudice del riesame e la perdita di efficacia della misura coercitiva, la quale potrà essere rinnovata unicamente in presenza di eccezionali

³⁴ Cass., sez. VI, sent. 14 luglio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33226, CED rv. 264940; Cass., sez. I, sent. 1 febbraio 2012 (dep. 17 febbraio 2012), n. 6529, CED rv. 252083; Cass., sez. un., sent. 17 aprile 1996 (dep. 3 luglio 1996), n. 6, Pagnozzi, in *Giur. it.*, 1997, 537, con nota di A. SMERIGLIO, *Invalidità dell'ordinanza di riesame e caducazione della misura cautelare tra riforme mancate e conferme giurisprudenziali*; Cass., sez. un., 22 novembre 1995 (dep. 7 marzo 1996), Carlutti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1180, con nota di K. MAMBRUCCHI, *Rispetto del diritto di difesa e alchimie interpretative sull'efficacia della decisione invalida*; Cass., sez. un., sent. 12 febbraio 1993 (dep. 6 maggio 1993), Piccioni, in *Giur. it.*, 1994, 323, con nota di F. VIGGIANO, *Invalidità dell'ordinanza di riesame ed efficacia della misura coercitiva*.

³⁵ K. MAMBRUCCHI, *Rispetto del diritto di difesa e alchimie interpretative sull'efficacia della decisione invalida*, cit., 1191 ss.; A. SMERIGLIO, *Invalidità dell'ordinanza di riesame e caducazione della misura cautelare tra riforme mancate e conferme giurisprudenziali*, cit., 539 ss.; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà: tra normativa nazionale e normativa internazionale*, cit., 396 ss.; F. VIGGIANO, *Invalidità dell'ordinanza di riesame ed efficacia della misura coercitiva*, cit., 324-325. In senso analogo, recentemente, v. A. MARANDOLA, *Art. 309, comma 10 c.p.p.: salvacondotto o dismissal?*, in *Giur. it.*, 2016, 984-985.

esigenze cautelari specificamente motivate (v. art. 309 comma 10 c.p.p., così come sostituito dall'art. 11 legge n. 47 del 2015).

6. Conclusioni.

In conclusione, vi è da auspicare che, nell'interpretare le nuove disposizioni in materia di riesame, la giurisprudenza sappia autenticamente cogliere la *ratio* di garanzia che ha animato la novella legislativa³⁶.

Del resto, non solo il legislatore, ma anche l'interprete è chiamato a privilegiare le soluzioni che riducano il rischio di un sacrificio ingiustificato della libertà personale³⁷; un rischio che può essere ridotto anche mediante il riconoscimento di spazi effettivi al diritto di difesa personale e tecnica.

³⁶ Osserva G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., p. 1132, come l'intervento legislativo in esame appaia finalmente attento al tema delle garanzie, dopo un interminabile periodo dominato dall'ossessione securitaria.

³⁷ Per l'auspicio, formulato *ante* riforma, che il legislatore sapesse fare propria questa esigenza v. E. MARZADURI, [*Linee di riforma delle impugnazioni de libertate. Relazione svolta in occasione del Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*](#), in *questa Rivista*, 3 ottobre 2014, 11-12.