

**1° CONVEGNO DI STUDIO ANNUALE SULLA EVOLUZIONE DELLA
GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE**

25-26 ottobre 2013

**GIUDIZIO ABBREVIATO E LEGALITA' PROCESSUALE:
DALLA TAMMARO AI GIORNI NOSTRI.**

Relazione introduttiva a cura degli Avvocati Giordano Grilli e Francesco Rotundo

Tornare a riflettere, a più di tredici anni di distanza dalla sentenza “Tammaro”, sulla materia estremamente controversa degli effetti della richiesta di giudizio abbreviato, e sul correlato argomento della deducibilità delle patologie degli atti processuali probatori e propulsivi successivamente all'introduzione del rito speciale, potrebbe apparire, ad uno sguardo sommario, operazione inattuale.

E tuttavia, come speriamo di dimostrare con questi brevi spunti di riflessione, nonostante il tema della natura del giudizio abbreviato e della presunta efficacia “sanante” dello stesso sui vizi degli atti sia stato oggetto di numerosi e notissimi interventi giurisprudenziali, ad un esame più specifico ed approfondito, la *questione* si rivela, in realtà, tutt'altro che chiusa. Si potrebbe anzi affermare che proprio il sostanziale e persistente difetto di analisi e di elaborazione della reale portata della sentenza a Sezioni Unite del 2000, ha spesso indotto l'interprete a considerare definitivamente “sistemato” l'argomento, sul quale si è progressivamente stratificata una giurisprudenza sempre più indirizzata, nel tempo, alla svalutazione delle garanzie processuali dell'imputato, a fronte del (virtuale) abbattimento del trattamento sanzionatorio.

Ove si voglia ripercorrere con il necessario puntiglio la sequenza delle pronunce di riferimento sul tema, ci si accorge anche di come, talvolta in maniera sorprendente, permangano ancora oggi chiarissimi echi di orientamenti giurisprudenziali consolidatisi prima dell'intervento delle SS.UU. ovvero –addirittura– precedentemente all'entrata in vigore della L. n. 479/1999 (cd. Legge Carotti), che pure ha inciso talmente in profondità sulla disciplina del giudizio abbreviato, da mutarne radicalmente le caratteristiche strutturali.

E' per tale ragione che, smentendo da subito il titolo che abbiamo inteso dare alla discussione odierna, partiremo dall'illustrazione sintetica dello stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità, anteriormente all'entrata in vigore della legge Carotti ed all'intervento delle SS.UU. del 2000.

L'assunto consolidato, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo c.p.p., era nel senso che la richiesta di giudizio abbreviato producesse un effetto “sanante” sulle nullità e sulle inutilizzabilità proprie degli atti inseriti all'interno del fascicolo del Pubblico Ministero, con conseguente indeducibilità *tout court* di dette patologie, successivamente all'intervento dell'ordinanza ammissiva del rito speciale¹.

Si sosteneva, alternativamente, come la natura di “giudizio allo stato degli atti” del rito abbreviato, impedisse l'espunzione del materiale probatorio “invalido”, in ragione dell'assenza di meccanismi processuali idonei a consentire il recupero di tali atti (con evidente riferimento all'indisponibilità in capo al giudice dei poteri di integrazione, poi introdotti dalla nuova formulazione dell'art. 441 comma 4 c.p.p.) oppure a determinare la regressione del giudizio alla fase processuale antecedente l'intervento dell'ordinanza ammissiva del rito abbreviato, per impossibilità di celebrazione del giudizio, appunto, “allo stato degli atti”². Così che, le eventuali nullità ed inutilizzabilità andavano eccepite, secondo l'indirizzo largamente prevalente in giurisprudenza, prima della formulazione della richiesta, accettando il rischio che, una volta “emendato” il fascicolo del P.M. dagli atti viziati, il giudice investito della richiesta di accesso al rito speciale, potesse respingerla, per impossibilità di decidere allo stato degli atti.

Evidente, ed inevitabile, il condizionamento che tale opzione interpretativa subiva dalla disciplina ai tempi vigente; elemento questo, sempre sottolineato dalla dottrina successiva.

Va altresì evidenziato –però– come, fermo l'orientamento maggioritario in seno alla Suprema Corte, già ai tempi non mancarono pronunce di segno marcatamente contrario, tendenti, da un lato, all'affermazione di una visione meno ristretta del regime di deducibilità dei vizi successivamente all'ammissione del giudizio abbreviato, e, dall'altro, all'attribuzione di un ruolo di maggior controllo e garanzia del giudice in materia di rilevazione delle patologie degli atti propulsivi e probatori, anche nell'ambito del giudizio abbreviato.

Vanno segnalate in proposito, sia la sentenza a SS.UU. “Sini” (n. 11060 del 5.11.1991) che, sebbene in *obiter*, insisteva sulla necessità che il giudizio abbreviato si fondi sull'utilizzazione di tutti gli atti di indagine trasmessi con la richiesta di rinvio a giudizio, purché **“legittimamente”** acquisiti al fascicolo del P.M. (e vedremo in seguito come

¹ A mero titolo esemplificativo si veda, *ex plurimis*, Cass. Sez. II 10.3.1998 n. 4269/98, Rigato, in Cass. Pen. 1999 p. 1847, con nota contraria di P. DAVIGO (ma la più esaustiva elencazione di pronunce in termini è rinvenibile in G. Leo (a cura di F. ALONZI) “Codice di Procedura Penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina diretta da Giorgio Lattanzi / Ernesto Lupo- L. VI, T. I - Procedimenti Speciali. Giudizio Abbreviato” (2012) p. 308,

² Si potrebbe però obiettare sul punto che, pur a voler condividere l'esigenza di imporre una sorta di *fair play* processuale in ragione del quale l'eventuale patologia del materiale probatorio andasse dedotta prima della richiesta di ammissione del rito, con conseguente accollo del rischio di rigetto della domanda di giudizio abbreviato per impossibilità di procedere allo stato degli atti, si trattava pur sempre di accesso ad rito speciale subordinato al necessario consenso del Pubblico Ministero e celebrato pur sempre di fronte ad un Giudice già immesso nella disponibilità di tutti gli atti potenzialmente oggetto di cognizione ai fini della pronuncia di merito. Il che, con ogni evidenza, poneva quest'ultimo, fin *ab origine*, nella condizione di poter valutare pienamente l'ammissibilità del rito speciale anche in base alle eventuali esclusioni di alcuni atti di natura probatoria, affetti da nullità o inutilizzabili.

pesano gli avverbi in questa materia), sia la successiva sentenza C. Cost. n. 155/1996 che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 34 comma 2 c.p.p. sotto diversi profili³, evidenziava l'insensatezza del considerare implicitamente rinunciate o sanate le questioni in ordine ai requisiti di imparzialità del giudice, per effetto della semplice richiesta di accesso al rito alternativo, accompagnata dal consenso del P.M.

Da annotare subito, tra l'altro, la sostanziale continuità tra le argomentazioni prospettate dalla sentenza costituzionale n. 155/1996 e la recente sent. SS.UU. "Forcelli" (n. 27996 del 29.3.2012) in materia di deducibilità dell'incompetenza per territorio in corso di giudizio abbreviato, pronuncia che costituisce in un certo senso, al tempo stesso, il punto di partenza e di approdo della nostra riflessione.

Le profonde modifiche della disciplina del giudizio abbreviato apportate con la legge Carotti, però, hanno inevitabilmente segnato la caduta delle esigenze rimarcate fino a quel momento, dalla giurisprudenza della Suprema Corte, quali ragioni fondanti la indeducibilità dei vizi delle prove successivamente all'introduzione del rito speciale. E pur tuttavia, l'orientamento apertamente contrario alla formulazione di eccezioni di nullità o inutilizzabilità del materiale inserito nel fascicolo *ex art. 442 comma 1-bis*, si è mantenuto a lungo vitale, sopravvivendo in alcuni, benché isolati, casi, in maniera davvero anacronistica. Non possono non segnalarsi in proposito, almeno due sentenze piuttosto recenti (**Cass. Pen., Sez. VI, 6.3.2012 n. 8675 e Sez. II, 9.4.2013, n. 16222**), nelle quali è ripreso testualmente (ed incomprensibilmente, tenuto conto dell'attuale assetto normativo, che non prevede la "reiezione" della richiesta di abbreviato *non condizionato*) l'argomento invalso nella giurisprudenza anteriore alla legge Carotti, secondo cui la peculiarità del rito speciale, soprattutto nell'ambito del giudizio abbreviato non subordinato ad integrazione probatoria *ex art. 438 comma 5 c.p.p.*, "*implica la necessaria utilizzazione di tutte le prove in relazione alla consistenza e completezza delle quali il giudice abbia ritenuto di poter procedere allo stato degli atti, essendo onere dell'interessato eccepire in limine (cioè prima dell'instaurazione del procedimento) la loro eventuale illegittima acquisizione, onde impedirne l'apprezzamento da parte del giudice ai fini della valutazione di anticipata definibilità della regiudicanda. **Con il che l'imputato accetta il rischio che –in caso di rilevata invalidità o inutilizzabilità di alcune prove– il processo non possa più ritenersi definibile allo stato degli atti con conseguente reiezione della richiesta di accesso al rito speciale.**"*

A poca distanza dalla Legge Carotti, quindi, intervennero le Sezioni Unite "Tammaro" (pronunciandosi però su sentenza emessa nel vigore della precedente normativa), sulla cui reale dimensione e significato intendiamo soffermarci.

³ Trattasi, ai fini che qui interessano, di sentenza additiva in materia di incompatibilità a celebrare il giudizio abbreviato del G.i.p. Che precedentemente abbia disposto l'applicazione o si sia pronunciato sulla modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale, ovvero abbia rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca della stessa.

Anzitutto, è bene chiarirlo, la sentenza “Tamaro”, affronta esclusivamente il tema delle invalidità degli atti probatori, senza pretesa di estendere l'ambito di efficacia del principio di diritto oltre tale materia. Lo si desume ampiamente, in primo luogo, dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Sez. II, ord. n. 1336 del 27/10/1999 n. 13486 racc. gen.) che prospetta unicamente questioni di inutilizzabilità sollevate con il ricorso dell'imputato. Ma, altresì, lo si comprende dallo stesso incedere della motivazione, che nel riferirsi costantemente ai numerosi precedenti giurisprudenziali in materia (alcuni dei quali già esaminati in precedenza), attinge sempre al tema della invalidità delle prove. Senza che venga mai sfiorato l'argomento, logicamente distinto, della deducibilità delle patologie degli atti di carattere *introdotivo* e *propulsivo* del giudizio.

Se letta nella sua completa estensione, pertanto, la sentenza delle Sezioni Unite, nel recepire gli spunti che provenivano dalla Corte Costituzionale e dalla prevalente dottrina (oltre che dalla medesima Corte di legittimità), appare chiarissima nella sua distinzione tra vizi determinanti ipotesi di nullità e vizi determinanti ipotesi di inutilizzabilità (sempre con esclusivo riferimento ai soli atti di carattere probatorio, o –meglio– che assumono valore probatorio in virtù della rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova che la richiesta di giudizio abbreviato comporta). Egualmente cristallino appare (poiché questo era l'oggetto del devoluto alle Sezioni Unite), il perimetro delle inutilizzabilità di carattere “fisiologico” (ovvero di quelle ipotesi di inutilizzabilità della prova derivanti in maniera diretta dal principio di separazione tra le fasi processuali –art. 514 c.p.p.– ovvero riservate dallo stesso legislatore alla fase dibattimentale).

Ai fini che qui interessano, tuttavia, ciò che maggiormente rileva è la premessa logica della motivazione, consistente nella identificazione, nel rito abbreviato, di un negozio processuale di tipo abdicativo, su cui la successiva giurisprudenza ha edificato l'impianto teorico di un progressivo ampliamento degli effetti di sanatoria conseguenti alla richiesta di tale rito.

Va però osservato, da tale punto di vista, come le Sezioni Unite del 2000 erano state chiamate a pronunciarsi sulla disciplina codicistica anteriore all'intervento della legge Carotti; d'altra parte, la stessa configurazione del giudizio abbreviato quale patteggiamento sul rito parrebbe richiamata, nella motivazione della sentenza “Tamaro”, con espreso riferimento alla configurazione originaria del giudizio abbreviato (non a caso con citazione delle SS.UU. 13.12.1995 Clarke). Ed infatti, l'inciso sulla natura del giudizio abbreviato (eliso nella massima pubblicata), è del seguente tenore: “il giudizio abbreviato, nei caratteri essenziali delineati dal previgente regime, di cui agli artt. 438 e ss. c.p.p. corrisponde ad un procedimento <<a prova contratta>>, alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul <<rito>> [...]”.

Ciò nonostante, negli anni successivi alla pubblicazione della sentenza a SS.UU., proprio su una lettura estensiva dell'enunciato della sentenza “Tamaro”, si è sviluppato un nuovo filone interpretativo –che annovera tra le sue più elaborate espressioni le sentenze “ACAMPORA” e “CIESLINSKY”– con il quale si è inteso inopinatamente traslare il regime di deducibilità dei vizi degli atti *probatori* schematizzato dalle Sezioni

Unite del 2000, alla diversa materia della invalidità degli atti *introduttivi* e *propulsivi*.

Parimenti, in tema di invalidità degli atti probatori, il fulcro della questione è stato progressivamente trasferito dall'individuazione delle categorie generali dei vizi deducibili in sede di giudizio abbreviato, a quella della concreta qualificazione della differente tipologia di nullità o inutilizzabilità che colpiva i singoli atti, con il moltiplicarsi di sentenze che riconducevano espressamente nullità o inutilizzabilità in precedenza ritenute assolute o “patologiche” (a seconda del vizio lamentato), a nullità a regime intermedio o relativo, ovvero a inutilizzabilità di carattere fisiologico (sempre porgendo, peraltro, formale ossequio nei confronti della sentenza “Tammaro”).

Tralasciando per un momento tale aspetto, che affronteremo in seguito evidenziando alcuni casi che ci sono parsi emblematici di questa seconda e generalizzata linea di tendenza giurisprudenziale, è necessario dedicare attenzione alla problematica di fondo, nonché alle prospettive riaperte, in materia, dalle recenti SS.UU. “Forcelli” (precedute dalla sentenza “Bega Erion”, Sez. I, n. 34686 del 5.7.2011), la cui portata, a nostro giudizio, sembra andare decisamente al di là della specifica tematica dell'incompetenza territoriale e della sua deducibilità in corso di giudizio abbreviato.

Premessa sempre la natura del giudizio abbreviato quale negozio processuale di tipo abdicativo, la giurisprudenza di legittimità si è progressivamente orientata, in tema di rilevabilità delle nullità a regime intermedio o relative degli atti introduttivi o propulsivi, nel senso della impossibilità di dedurre le stesse successivamente all'ammissione del rito speciale. Tradizionalmente, onde individuare la fattispecie di carattere processuale cui ricondurre il fenomeno di sanatoria di tali vizi, ci si è per lo più riferiti, alternativamente, alla lettera *a*) dell'art. 183 c.p.p. (intendendosi la richiesta di giudizio abbreviato quale rinuncia alla formulazione delle eccezioni o quale tacita accettazione degli effetti dell'atto), ovvero alla preclusione derivante dalla sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 182 comma 1, dimostrata dalla stessa richiesta di procedere allo stato degli atti. Inoltre, si è evidenziato, le questioni di nullità a regime intermedio e quelle di competenza territoriale, non sarebbero proponibili, in quanto mancherebbe, nel rito speciale, una fase dedicata alla formulazione delle questioni preliminari analoga a quella disciplinata dall'art. 491 c.p.p.

Così che, la fisionomia del procedimento abbreviato, parrebbe essere stata trasformata, per via giurisprudenziale, da rito caratterizzato dalla rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova che giustifica, in ragione dell'accelerazione garantita dall'assenza del dibattimento, un sensibile beneficio in termini di trattamento sanzionatorio, in una sorta di “procedimento a legalità degradata”, nel quale l'imputato accetta non soltanto il giudizio “cartolare” su atti formati fuori dal contraddittorio tra le parti (salve ipotesi residuali di abbreviato subordinato ad integrazione della prova *ex art. 438 comma 5 c.p.p.*, ovvero ad integrazione da parte del giudice *ex art. 441 comma 4 c.p.p.*), ma rinuncia implicitamente alle garanzie di carattere processuale, sia in relazione agli atti introduttivi del giudizio, sia in ordine al procedimento probatorio in senso

ampio.

Non a caso, si riaffaccia –proprio nella sentenza “Acampora”– anche una significativa delimitazione dei vizi delle prove deducibili successivamente all'ammissione del giudizio abbreviato, che parrebbe ricondurre alla categoria della nullità assoluta o dell'inutilizzabilità patologica esclusivamente gli atti affetti da patologie gravi ed irreversibili, derivanti da un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento. Arretrando così, in un sol colpo e di molti anni, nella individuazione della categoria dell'inutilizzabilità, ricondotta alla vecchia teoria della “prova incostituzionale”.

Tale indirizzo, maturato come si diceva prevalentemente in materia di incompetenza per territorio, sembrerebbe ormai superato dalle recenti SS.UU. “Forcelli”, che, precedute dalla citata sent. “Bega Erion” nonché dalla sent. “Ciancimino” (Sez. II, n. 39756 del 5.10.2011), hanno evidenziato l'assoluta carenza di ogni aggancio normativo e costituzionale dello stesso. Fissando tra l'altro anche lo schema con cui l'eccezione dovrebbe essere proposta a seconda che si tratti di giudizio abbreviato tipico (proveniente cioè da udienza preliminare) ovvero di abbreviato c.d. atipico (cioè a seguito di decreto di giudizio immediato o decreto penale di condanna opposto).

E però, ancora una volta, se la premessa della decisione in commento rincuora, la conclusione del ragionamento delude.

Pur condividendo in pieno l'affermazione dell'assoluta carenza di qualsivoglia appiglio normativo o sistematico della teoria che pretenderebbe di ricostruire il giudizio abbreviato quale ipotesi di generalizzata ed indistinta sanatoria per *facta concludentia* rispetto al difetto di competenza territoriale del giudice, non possiamo non porci l'interrogativo sul perché venga mantenuta ostinatamente ferma la preclusione alla rilevazione di tutte le nullità a regime intermedio e relative, le quali, secondo le SS.UU. rappresenterebbero, a differenza dei requisiti di naturalità e precostituzione del giudice di cui le norme sulla competenza costituiscono diretta attuazione, semplice <<*presidio della conformità degli atti processuali a quanto prescritto dalla legge per la loro formazione*>> A meno che tale pronuncia non rappresenti –in realtà– la prima ed ancora implicita presa d'atto, da parte della Suprema Corte, della necessità di abbandonare un percorso giurisprudenziale da sempre ostile alla rilevabilità in corso di giudizio abbreviato delle nullità a regime intermedio e di quelle relative, ormai non più giustificabile a fronte della apertura in materia di eccezioni di incompetenza territoriale (percorso che peraltro alcuni commentatori già da anni avevano criticato, giungendo sostanzialmente allo stesso approdo della sentenza “Forcelli”⁴).

⁴ In tal senso, ad esempio, D. Potetti “*Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*”, in Cass. Pen. 2002 p. 666 e ss., nel quale si sottolinea come la pretesa decadenza dalla proponibilità delle questioni di nullità relativa e a regime intermedio risulterebbe priva di ogni fondamento normativo, stante il principio di tassativa di cui all'art. 173 c.p.p., nonché come il fatto concludente idoneo a determinare sanatoria delle nullità, tradizionalmente identificato nella richiesta di giudizio abbreviato, non avrebbe quei requisiti di inequivocità non suscettibili di diversa interpretazione da sempre ritenuti necessari onde potersi ritenere verificata una ipotesi di rinuncia all'eccezione.

Non appare infatti in alcun modo ragionevole, ad esempio, mantenere differenziata la materia dell'incompetenza per territorio dalla maggior parte delle fattispecie di nullità non assolute, le quali presidiano pur sempre situazioni oggetto di diretta tutela costituzionale. Valga per tutti l'esempio proprio della nullità dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. non tradotto all'imputato alloglotta (oggetto della sentenza "Cieslinsky"), evidentemente posta a garanzia della conoscenza dell'accusa da parte dell'indagato e dell'esercizio di difesa anche nella fase precedente l'esercizio dell'azione penale, direttamente tutelato dall'art. 24 Cost.

Quello che in ogni caso pare di poter scorgere tra le righe della sentenza "Forcelli", che trasla la problematica sul piano dei requisiti "costituzionali" del giudice (tra i quali l'imparzialità e la terzietà, secondo la sentenza Cost. 155/1996) è, finalmente, l'aprirsi di un varco ad una nuova concezione del giudizio abbreviato, anche nella materia delle nullità relative e a regime intermedio, sia degli atti probatori, che di quelli propulsivi e introduttivi.

Proprio per effetto delle riflessioni, in larghissima parte condivisibili, contenute nella motivazione della sentenza "Forcelli", una certa sorpresa destano alcune iniziative *de iure condendo* che paiono ispirate ad una prospettiva ormai superata. Ci riferiamo, nello specifico, al progetto di modifica dell'art. 441 c.p.p. licenziato a luglio di quest'anno dalla "Commissione Canzio", che prevede l'introduzione di 2 commi (6-*bis* e 6-*ter*) con i quali si intenderebbe per l'appunto disciplinare espressamente la materia nel senso della non deducibilità nel giudizio abbreviato delle nullità diverse da quelle previste dall'art. 179 c.p.p. (oltre chiaramente a quelle verificatesi nel corso del giudizio) nonché dell'incompetenza territoriale, ovvero delle nullità a regime intermedio e relative. Sbarramento da intendersi chiaramente operante sia in ambito di atti probatori che di atti propulsivi.

Tendenza analogamente non condivisibile in materia di rilevanza dei vizi degli atti in corso di giudizio abbreviato, è poi quella che riguarda una serie paradigmatica di ipotesi di inutilizzabilità che, in maniera poco comprensibile, la giurisprudenza ha ricondotto, nel corso del tempo, alle categorie della *inutilizzabilità fisiologica* o relativa, invece che nel novero di quelle patologiche come parrebbe doveroso. Tensioni apertamente *antiformalistiche*, con le quali si è inteso –in altri casi– agire sul diverso versante della limitazione delle inutilizzabilità patologiche, facendole coincidere con la sola violazione di norme poste a diretta tutela di interessi di rango costituzionale o dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Emblematico del fenomeno di dilatazione interpretativa delle inutilizzabilità "fisiologiche" è il percorso giurisprudenziale seguito dalla Corte di Cassazione in materia di inutilizzabilità degli esiti delle intercettazioni telefoniche nel corso del giudizio abbreviato, in cui, più che altrove, si riscontra il riemergere di quella teoria della inutilizzabilità "patologica" come limitata alla sola "prova incostituzionale" ovvero alla

prova “illecita” in senso stretto (cioè frutto di vero e proprio fatto – reato), ovvero ancora alla prova contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento (nozione che parrebbe richiamare, da un lato, la violazione del divieto di cui all'art. 188 c.p.p. e, dall'altro, anch'essa, la teoria della prova incostituzionale).

In materia di motivazione dei decreti di intercettazione telefonica ed utilizzo di impianti diversi da quelli installati nella Procura, infatti, per quanto la giurisprudenza abbia da sempre ribadito il connotato di assolutezza delle inutilizzabilità sancite dall'art. 271 c.p.p., si assiste ad una impressionante serie di pronunce di legittimità a seguito di giudizio abbreviato, che smentiscono gli stessi precedenti a Sezioni Unite sul tema: *“La inutilizzabilità cosiddetta “patologica”, rilevabile, a differenza di quella cosiddetta “fisiologica”, anche nell'ambito del giudizio abbreviato, costituisce un'ipotesi estrema e residuale, ravvisabile solo con riguardo a quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell'imputato”* (Sez. III n. 9248 del 9.3.2010 che richiama Sez. III, del 24.01.2006, Gatti, Rv. 233106).

Ovvero, ancora più esplicitamente: *“Deve allora essere applicata la regola enunciata circa l'impossibilità del recupero all'idoneità a costituire “elemento di prova” per quelli “geneticamente” sorti in violazione di “diritti fondamentali” che la legge processuale enuncia negli articoli 188 e 189 c.p.p., contenuti nel Libro 3, dedicato alle prove, Titolo 1, nel quale sono enunciate “le disposizioni generali”. Entro tali limiti va definita “l'inutilizzabilità patologica” di un atto probatorio che sarà privo della sua idoneità a provare i fatti in esso contenuti”* (Sez. VI, n. 2930 del 22.1.2010, laddove maggiormente si nota il tentativo di limitare il più possibile l'area del “patologico” aderendo a tesi qualificate come “estreme” perfino in altre pronunce della stessa Suprema Corte –e segnatamente nella sent. Sez. VI n. 16986 del 22.4.2009, Abis –, in contraddizione con consolidati precedenti, anche a SS.UU. –ci riferiamo alla sentenza “Primavera”– che avevano caratterizzato come certamente assoluta l'inutilizzabilità di cui all'art. 271 c.p.p.).

A conferma del preoccupante disorientamento in materia, in tempi più recenti vi sono state decise aperture in senso diametralmente opposto, dirette a qualificare come assoluta e patologica l'inutilizzabilità derivante dalla violazione dell'art. 268 comma 3 (Sez. II n. 36756 del 12.10.2011 preceduta da Sez. VI n. 14099 del 4.4.2007, di analogo tenore).

Analogamente, tale fenomeno si manifesta anche in altri settori.

Si rinvencono infatti pronunce in cui l'inutilizzabilità degli atti indagine effettuati dopo i termini prescritti (pur esplicitamente sancita dal comma 3 dell'art. 407 c.p.p.) *“non essendo equiparabile alla inutilizzabilità delle prove vietate dalla legge, di cui all'art. 191 cod. proc. pen., non è rilevabile d'ufficio ma solo su eccezione di parte, sicché essa non opera nel giudizio abbreviato”* (Sez. VI, n. 16986 del 22.4.2009, Abis, in senso

conforme Sez. VI, n. 12085 del 19.12.2011 Inzitari, Sez.VI, n. 21265 del 15.12.2011, Bianco, Sez. V n. 38420 del 12.7.2010, La Rosa).

Ovvero, secondo un diverso approccio, l'inutilizzabilità di cui al comma 3 dell'art. 407 c.p.p., sarebbe di carattere relativo, riguardando il solo utilizzo delle indagini compiute oltre il termine nella fase dibattimentale, così che, stante il *dictum* delle SS.UU. "Tammaro", si tratterebbe di inutilizzabilità non opponibile nel giudizio abbreviato (Sez. VI, n. 36700 del 24.9.2008).

Quando invece la dottrina, considerata la formulazione non equivoca della regola di esclusione, è in maggioranza orientata nella direzione di riconoscere all'inutilizzabilità sancita dall'art. 407 comma 3 c.p.p., carattere patologico⁵, soprattutto a fronte della minima pregnanza dell'argomento secondo cui detta inutilizzabilità sarebbe da equipararsi ad una nullità intermedia da eccepire prima del compimento dell'atto medesimo ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo.

Non minore il disorientamento, anche in tema di utilizzabilità nel giudizio abbreviato delle dichiarazioni dei collaboranti rese oltre il termine di 180 giorni dall'inizio della collaborazione.

Sul punto, infatti, la S.C. ha dapprima affermato che *"L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dai "collaboratori di giustizia" oltre il termine di 180 giorni dall'inizio della collaborazione (art. 16-quater del D.L. n. 8 del 1991, conv. con mod. in L. n. 82 del 1991, quale introdotto dall'art. 14 della L. n. 45 del 2001) non rientra fra le inutilizzabilità qualificabili come "patologiche", da cui sono colpiti gli atti probatori assunti "contra legem", e non è pertanto deducibile o rilevabile nel giudizio abbreviato"*. (Sez. V, n. 32960 del 23.04.2008, Bianco e altri, Rv. 240492), per poi però precisare, la stessa sezione, che *"Sono utilizzabili le dichiarazioni rese -oltre il termine di centottanta giorni dall'inizio della collaborazione- dal collaboratore di giustizia, in sede di giudizio abbreviato, acquisite attraverso l'esame disposto dal giudice, ex art. 441, comma quinto, cod. proc. pen., sussistendo il potere del giudice di disporre l'integrazione probatoria, ritenuta necessaria ai fini del decidere, il quale non soggiace ad alcun limite temporale, essendo esercitabile dal momento stesso in cui viene disposto il rito alternativo sino a quello successivo della discussione, quando ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti e applicandosi la sanzione dell'inutilizzabilità solo alle dichiarazioni rese al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria e, quindi, fuori dal contraddittorio. Né, a tal fine, rileva che nel corso dell'udienza preliminare il P.M. abbia depositato, a titolo di indagine successiva, il verbale di interrogatorio del medesimo collaboratore ed il giudice ne abbia dichiarato l'inutilizzabilità perché reso oltre il termine di 180 giorni dall'inizio della collaborazione, giacché il G.u.p. nel disporre -in sede di giudizio abbreviato-*

⁵In tal senso ad esempio L. Pistorelli – R. Bricchetti in (a cura di L. Filippi) *"Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher – Vol. 4. - Procedimenti speciali, giudizio, procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica – Giudizio abbreviato"* (2008), p. 313; C. Conti *"Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità"* in Dir. Pen. e Proc., n. 7, 2010, p. 791 e ss.

l'esame in contraddittorio del predetto collaboratore non ha 'recuperato' dichiarazioni inutilizzabili ma ha formato nel diretto confronto e controllo delle parti una prova dichiarativa assolutamente diversa e immune da qualsiasi censura di inutilizzabilità." (Sez. V, n. 42618 del 14.07.2009, P.G. e Franchina in proc. Ambrogio e altri, Rv. 245390). Sicché, parrebbe doversi appunto ritenere l'originario carattere patologico della tardività della propalazione.

Ciò nonostante, **le Sezioni Unite (sent. n. 1149 del 25.9.2008, Magistris)** hanno espressamente ricondotto l'inutilizzabilità di cui all'art. 16-*quater* comma 9 della L. n. 82/1991, al cosiddetto *tertium genus* delle inutilizzabilità relative, cioè sancite per la sola fase del dibattimento (analogamente a quelle di cui all'art. 350 comma 7 e 360 comma 5 c.p.p.), andando incontro però, anche in questo caso, a serrate e puntuali critiche⁶, anche alla luce della formulazione testuale della regola di esclusione, che espressamente afferma che le dichiarazioni rese dal collaborante oltre il 180° giorno **"non possono essere valutate come prova dei fatti"** (il che, se le parole hanno un senso, rende esplicita l'inutilizzabilità in sé e per sé delle dichiarazioni quale prova del fatto oggetto di imputazione, con conseguente portata generale della regola di esclusione, non certo limitabile alla sola fase dibattimentale).

Conclusivamente, e considerata la natura solo esemplificativa delle questioni fin qui evidenziate, sembra potersi affermare come si imponga una riflessione accorta sulla natura del giudizio abbreviato e sulle garanzie processuali vigenti in tale sede, nella prospettiva del raggiungimento di una definitiva e stabile visione condivisa del rito speciale.

Pare scontato aggiungere che per l'avvocatura penalistica l'abbreviato non possa risolversi in una generalizzata ed incondizionata rinuncia ad ogni eccezione sui vizi degli atti destinati a formare la prova o ad attestare la regolarità della procedura seguita, bensì nella già significativa (e gravosa, a mente dell' art. 111 Cost.) rinuncia al contraddittorio. A fronte della quale, lungi dal giustificarsi la degradazione e svalutazione delle regole poste a presidio dei diritti che la legge attribuisce all'accusato, si impone attenzione ancora maggiore per ogni aspetto di legalità del "processo breve", affinché lo stesso non si trasformi, di fatto, in un processo senza regole sfornito di copertura costituzionale.

⁶ R.A. Ruggiero: *"I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei collaboratori di giustizia"* in Cass. Pen. n. 6/2009, p. 2287 e ss.; e C. Conti, *"Il volto [...]"* cit. p. 794, per la quale: *"La questione appena trattata permette di riscontrare un trend giurisprudenziale imperniato sulla distinzione tra inutilizzabilità patologica e inutilizzabilità "relativa", che tende ad estendere quest'ultimo concetto al fine di ampliare il panorama probatorio sia nell'ambito del giudizio abbreviato, sia ai fini dell'applicazione delle misure cautelari. [...] Specialmente in relazione al delicato tema della limitazione della libertà personale, un simile orientamento si intreccia, in una spirale talora perversa, con la soluzione – un tempo diffusa – di ritenere l'inutilizzabilità inoperante nella fase delle indagini preliminari e con la tesi secondo la quale le norme generali sulle prove non si applicano alla materia dei gravi indizi cautelari."*