

Circoscrivendo l'analisi alla inutilizzabilità patologica, derivante da vizi intrinseci dell'atto probatorio (5), il primo tema da affrontare concerne la individuazione dei 'divieti stabiliti dalla legge' la cui violazione, secondo quanto dispone l'art. 191 c.p.p., determina l'invalidità insanabile degli atti che ne sono colpiti. Sul punto sembra che lo sforzo di elaborazione dei criteri individuativi e classificatori delle diverse categorie di divieto sia maggiormente da attribuire alla dottrina che, come è noto, ha sviluppato sostanzialmente tre parametri riconducibili, rispettivamente, al dato testuale, al difetto di potere e al diritto o interesse, processuale o extraprocessuale, tutelato dalla norma a disciplina della prova (6). La giurisprudenza, salvo richiamare in alcune sentenze il difetto di potere (7) o, come si dirà successivamente, ritenere estensibile l'area dei divieti ai difetti costituzionali (8), mostra la tendenza all'uso di formule generiche che non vanno oltre il richiamo ad un 'divieto legislativo' (9), rapportato effettivamente alla 'prova vietata' (10) o, talvolta, territorialmente radicato nella sua espansione (11).

L'attenzione giurisprudenziale ai divieti diviene tuttavia più mirata nel momento in cui si tratta di affrontare l'originario quesito della applicabilità della sanzione alla fase procedimentale o al giudizio cautelare (12) ovvero di distinguere i divieti in ordine alla ammissione della prova da quelli relativi alla fase di assunzione del procedimento probatorio. Su quest'ul-

bilità della prova nel processo penale, Padova, 1992, pp. 1 ss., in cui si faceva capo alla distinzione originariamente individuata per le invalidità processuali nel fondamentale testo di G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.

(5) La distinzione tra inutilizzabilità patologica e fisiologica è stata formulata da E. AMADIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 172.

(6) Per una sintesi delle diverse teorie, v. volendo, N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., I Aggiornamento*, Milano, 1998, 690.

Sul tema della inutilizzabilità, tra gli scritti più recenti, G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, 2006, p. 3241; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nella prova penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2009, p. 479; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009; C. COSTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 781.

(7) Sez. Un., 24 giugno 2010 n. 53885, Giuliani, in *C.E.D. Cass.* n. 247834 sulla inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti in assenza del provvedimento autorizzativo alla riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p.

(8) Sul punto, *infra*, paragrafo 4.

(9) Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009 n. 91157, C., in *C.E.D. Cass.* n. 246205.

(10) Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, in *C.E.D. Cass.* n. 204643; Cass., Sez. III, 25 giugno 2008, n. 55910, Ouertatani, in *C.E.D. Cass.* n. 241090; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 16986, Abis, *ivi*, n. 245257.

(11) Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, Mills, in *C.E.D. Cass.* n. 246588.

(12) Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 3, Monteleone, in *C.E.D. Cass.* n. 204811; Cass., Sez. III, 24 gennaio 2006, n. 6757, Gatti, in *C.E.D. Cass.* n. 233106.

INUTILIZZABILITÀ DELLA PROVA E DIRITTO VIVENTE (*)

SOMMARIO: 1. I divieti nella interpretazione giurisprudenziale. L'inutilizzabilità nel dissidio tra regole formali e assimilazione alla nullità. — 2. Il principio di tassatività nell'approccio giurisprudenziale. — 3. Tassatività e fonte dei divieti. La prova illecita. — 4. La prova incostituzionale. — 5. Inutilizzabilità derivata e inutilizzabilità 'alternativa'. — 6. L'accertamento della responsabilità tra inventiva, oneri e verità.

1. *I divieti nella interpretazione giurisprudenziale. L'inutilizzabilità nel dissidio tra regole formali e assimilazione alla nullità.* — A distanza di oltre un ventennio dalla entrata in vigore del codice Vassalli, si pone l'interrogativo circa la effettiva operatività delle previsioni sanzionatorie in materia di prova.

Una prima considerazione riguarda la attualità senza tempo dell'inutilizzabilità, attestata nel suo percorso dalle prime affermazioni giurisprudenziali (1) e dalle nuove fattispecie introdotte nel testo del 1930 (2), e riflessa oggi nella previsione costituzionale del principio di legalità processuale, cui non può non rapportarsi la legalità probatoria di cui l'inutilizzabilità è custode (3).

Una seconda considerazione attiene alla complessità di questa fattispecie di invalidità che ha determinato una inconsueta dinamicità interpretativa soprattutto in sede giurisprudenziale da cui è scaturita una vastità casistica che rende difficile, per le sue variegate articolazioni, la formulazione di conclusioni unitarie circa il modo di decifrare le diverse espressioni della sanzione, i profili effettuali e, prima ancora, gli stessi ambiti operativi (4).

(*) Il presente scritto costituisce il testo della relazione tenuta al XXIII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 30 settembre-2 ottobre 2011. (1) Corte cost., 6 aprile 1973, n. 74 sulla quale V. GAETI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341.

(2) G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 45. V., inoltre, F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV, Discipl. pen.*, vol. VII, 1993, p. 293.

(3) Sul punto, F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 314.

(4) Sul concetto e le specie di inutilizzabilità, v., volendo, N. GALANTINI, *L'inutilizza-*

timo punto le posizioni convergono sostanzialmente nel privilegiare la natura di divieto alle norme che disciplinano l'ammissibilità (13), mentre sembra che l'approccio sia di diffidenza verso le regole sul *quomodo*, quasi a voler affermare la estraneità della inutilizzabilità alle violazioni di regole formali o di semplici modalità esecutive. In effetti, anche quando le due categorie di divieti, di ammissione e di assunzione, vengono necessariamente equiparate per via di espresse previsioni sanzionatorie in punto di assunzione, la giurisprudenza non riesce ad astenersi dall'ammettere la presenza di un "diffuso 'disagio' per il particolare rigore con cui il legislatore ha accomunato tra loro, sotto la medesima sanzione della inutilizzabilità, ipotesi obiettivamente diverse per 'gravità', quali, da un lato, la illegittimità del provvedimento autorizzatorio delle intercettazioni o, addirittura, la sua inesistenza e, dall'altro, il 'semplice' difetto di motivazione del provvedimento del pubblico ministero che autorizza l'espletamento delle intercettazioni *extra moenia*" (14). E se il 'disagio' può essere superato quando le forme processuali "sono...funzionali alla celebrazione di un giusto processo i cui principi non vengono compromessi da una nullità in sé 'irrelevante'" (15), si avverte non tanto un riconoscimento del valore delle forme come tali, quanto una sorta di atto di sottomissione al legislatore che quelle regole ha voluto, tanto più che la Corte costituzionale ha escluso che si possa considerare arbitraria la scelta normativa di equiparare sul piano sanzionatorio le violazioni a regole formali e sostanziali (16).

Questa arrendevolezza interpretativa non è tuttavia costante. Quasi in ossequio alla originaria simmetria prevista dal progetto preliminare del codice che prevedeva sanzioni meno invasive per la inosservanza delle disposizioni sul *quomodo* (17), la giurisprudenza tende a ripiegare sulla nullità o sulla mera irregolarità quando non è obbligata ad applicare fattispecie di inutilizzabilità speciale a tutela delle forme. Il che non sembra peraltro indicativo di una propensione ad accogliere un criterio di offensività in concreto dell'atto probatorio viziato ovvero un metodo di giudizio sulla effettiva idoneità lesiva di quest'ultimo. L'approccio della giurisprudenza si manifesta più incline al richiamo fisiologico della conservazione della prova colpita da vizi formali e meno sensibile all'*input* interpretativo, proveniente dai giudici europei e costituzionali (18), circa l'effettiva inci-

- (13) Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 40973, Pagano, in *C.E.D. Cass.* n. 241518.
 (14) Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *C.E.D. Cass.* n. 246271.
 (15) Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2006, n. 33435, Battistella, in *C.E.D. Cass.* n. 234349; Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 40251, Michaele, in *C.E.D. Cass.* n. 235698.
 (16) Corte cost., 5 luglio 2004, n. 209 e Corte cost., 16 dicembre 2004, n. 443.
 (17) Relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale, Roma, 1988, p. 61.
 (18) A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichia-*

sività del vizio. A prescindere poi sia dalla considerazione circa l'opportunità di investire il giudice di una valutazione discrezionale ovvero di un bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco — già effettuato dal legislatore nelle singole norme (19) —, sia dal dubbio circa la bontà dei criteri utilizzati talvolta nella scelta dell'oggetto di tutela (20), sembra da evidenziare sostanzialmente nella giurisprudenza la logica aprioristica della irrilevanza in sé della forma e delle sue violazioni (21).

Questo orientamento è rivelato da una numerosa casistica in relazione alla prova dichiarativa. Se la nullità, pur sempre sanabile, viene riconosciuta ad esempio in ordine alla irriuale compressione da parte del giudice dei tempi di svolgimento dell'esame e del controesame del testimone in incidente probatorio (22), o per la negazione del controesame non richiesto in sede di richieste di prova (23), per una numerosa serie di violazioni — relative ad esempio alla formulazione di domande suggestive o agli interventi del giudice in sede di istruzione dibattimentale o all'assunzione di un dichiarante in veste diversa da quella dovuta — si reputa insussistente qualsiasi effetto invalidante (24).

rativa: 'il nuovo corso' della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3620.

(19) M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione*, cit., p. 54.

(20) C. eur. dir. uomo, sent. 28 luglio 2009, *Lee Davies c. Belgio*, dove il bilanciamento è effettuato tra gravità del reato e irregolarità della perquisizione (*'la perquisition du hangar n. 2 et du bâtiment principal était irrégulière, mais...cette irrégularité n'avait pas eu de conséquence sur la valeur des éléments recueillis...en outre...les infractions commises étaient d'une telle gravité qu'elles dépassaient de loin les irrégularités commises dans l'obtention de la preuve.'*)

(21) Particolare è l'approccio di Cass., Sez. III, 21 gennaio 2006, n. 6757, Gatti, cit., che correla l'inutilizzabilità patologica agli atti assunti in "contrasto radicale con la normativa che li regola", con pregiudizio "grave e non superabile" del diritto di difesa, mentre ritiene sussistente l'inutilizzabilità fisiologica in relazione al minor grado ed entità della violazione.

(22) Cass., Sez. III, 9 gennaio 2009, n. 12991, Osaigbovo, in *C.E.D. Cass.* n. 243094.

(23) Sembra rilevare una nullità a regime intermedio, Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 40973, Pagano, cit.

(24) Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157, C., cit. e Cass., Sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, Quertatani, cit. in relazione alla formulazione di domande non pertinenti o suggestive in violazione dell'art. 499 c.p.p., su cui, per una particolare fattispecie legata alla ricognizione dibattimentale, Cass., Sez. I, 11 novembre 2010, n. 42267, Di Vaio, in *C.E.D. Cass.* n. 249086; Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, C., in *C.E.D. Cass.* n. 240261, sulle domande suggestive del giudice o dell'ausiliario in sede di esame del minore; Cass., Sez. V, 17 luglio 2008, n. 38271, Cutone, in *C.E.D. Cass.* n. 242023, per l'assunzione diretta di prove testimoniali da parte del giudice; Cass., Sez. V, 11 maggio 2010, n. 26163, Bontempo, in *C.E.D. Cass.* n. 247896, per l'assenza di sanzione alla violazione dell'art. 507 c.p.p.; Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, B., in *C.E.D. Cass.* n. 240262, relativa all'intervento del giudice prima della conclusione dell'esame e del controesame testimoniale, salva effettiva lesione del diritto di difesa; Cass., Sez. II, 10 dicembre 2003, n. 846, Uras, in *C.E.D. Cass.* n. 227967 per l'assunzione del dichiarante nelle forme dell'art. 210 c.p.p. e l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni ex art. 500 c.p.p.; Cass., Sez. V, 27 ottobre 2004, n. 48274,

L'analisi della giurisprudenza in punto di inosservanza di modalità assuntive o esecutive conduce a un dedalo interpretativo nel quale, tra l'altro, si assiste spesso ad una duplicazione delle sanzioni (25), non sempre peraltro in favore della inutilizzabilità (26) e non riconducibile ad un fenomeno di 'assorbimento' della nullità nella sanzione più forte (27). Lo sdoppiamento tra nullità ed inutilizzabilità è d'altra parte in qualche misura favorito dal legislatore che, anche recentemente, nel rimodulare le disposizioni in materia di prelievo di campioni biologici, ha riferito la nullità alle "operazioni" e la inutilizzabilità alle "informazioni", rispettivamente, compiute e acquisite in violazione delle stesse regole (art. 359-bis comma 3 c.p.p.) (28). La conseguenza della scelta tra le due sanzioni o dell'assimilazione dell'una, più forte, all'altra, riveste un ovvio rilievo sotto il profilo della rilevanza che declina in un regime più mite quando viene ad essere privilegiata la nullità. Il che accade anche quando, pure a fronte di una previsione speciale di inutilizzabilità quale è ad esempio l'art. 407 comma 3 c.p.p. sulla inutilizzabilità degli atti di indagine fuori termine, la giurisprudenza riconduce la sanzione ad una sorta di relatività, tale da renderla deducibile solo su richiesta di parte e da omologarla ad una nullità di natura mediamente sanabile (29).

Il tema delle modalità acquisitive non è confinato tuttavia nel perimetro del conflitto tra le due sanzioni, ma si presta ad essere particolarmente esposto sul piano di nuovi strumenti probatori che richiedono necessariamente la previsione di precise regole. Gli esempi più attuali sono rinvenibili in relazione ad esempio al prelievo di materiale biologico per il quale le metodiche con cui devono essere eseguiti gli accertamenti medici non possono trovare collocazione codicistica. Premesso quanto si è prima rilevato in ordine alla incoerenza delle previsioni sanzionatorie, per stabilire l'utilizzabilità o meno degli esiti delle attività peritali dovrebbe essere

Tuzzolino, in C.E.D. Cass. n. 230417, sulla insussistenza dei requisiti per l'assunzione ex art. 210 c.p.p.; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7969, Marotta, in C.E.D. Cass. n. 249389, sulla mancata autorizzazione alla citazione del teste.

(25) Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2010, n. 36695, Drago, in C.E.D. Cass. n. 248527, in relazione al procedimento di analisi di campioni.

(26) Cass., Sez. III, 28 giugno 2006, n. 37400, P.G. in proc. Bigi, in C.E.D. Cass. n. 235140.

(27) Sul rapporto tra nullità e inutilizzabilità, G. PIERRO, *Una nuova specie di inutilizzabilità*, cit., p. 157; F.M. GRIFFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 245 e, volendo, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 46.

(28) Per il critico rapporto tra le previsioni dell'art. 359-bis c.p.p. e dell'art. 224-bis c.p.p., P. FAUCIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostituzione del fatto, in Prelievo del Dna e banca dati nazionale*, a cura di A. Scarcella, Padova, 2009, p. 251; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in *Banca dati del Dna e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti e L. Luparia, Milano, 2010, p. 277.

(29) Cass., Sez. V, 22 dicembre 2009, n. 1586, Belli, in C.E.D. Cass. n. 245818.

sufficiente, da un lato, quanto stabilisce l'art. 224-bis comma 4 c.p.p. là dove vieta il ricorso ad "operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge", ricomprendendo in questi, oltre specifiche preclusioni (30), tutto ciò che è incompatibile con la dignità e il pudore del soggetto sottoposto all'accertamento (art. 224-bis comma 5 c.p.p.). In ogni caso, la protezione della libertà morale sarebbe assicurata dal divieto di cui all'art. 188 c.p.p. ai fini della tutela dei diritti personali esposti alla invasività, se pure calibrata su tecniche di minore impatto, delle operazioni acquisitive (art. 224-bis comma 5 c.p.p.).

Il profilo sanzionatorio non si esaurisce tuttavia su un piano di *extrinsic policy*, dovendosi guardare anche all'aspetto delle modalità di acquisizione che coinvolge le regole specialistiche *extra moenia*. Al fine di ottenere risultati attendibili si dovrebbe ritenere possibile attribuire loro il ruolo di divieti, se non impliciti di cui talvolta si ritiene la sussistenza (31), quanto meno ricavabili da previsioni speciali che possono rinvenirsi in linee guida o protocolli ufficiali da parificarsi ai divieti che talvolta sono previsti da leggi speciali (32). A queste regole dovrà indirizzarsi il giudice nell'ordinanza peritale in cui è imposta, a pena di nullità, l'indicazione delle modalità di compimento dell'atto (art. 224-bis comma 2 lett. f c.p.p.). Se la tesi può incorrere nell'eccezione di un eccessivo ampliamento dei divieti, la necessità di attribuire questo ruolo alle regole tecniche deriva dall'intento di evitare che la mancanza di limiti all'utilizzo di risultati raggiunti magari in assenza di qualsiasi prescrizione di corretta metodologia, possa riproporre la dimensione del libero convincimento, nelle forme non codificate del rito abrogato, in funzione di recupero di dati probatori comunicati (33). Il punto critico si evidenzia nel rischio di una selezione giudiziale delle *best practices* così da creare discrezionalmente dei divieti in capo a quelle che siano ritenute più adeguate ai singoli casi. Questa evenienza, informata a una flessibilità incontrollata della sanzione, può essere evitata con il ricorso a un opportuno contraddittorio delle parti, in

(30) P. FAUCIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in AA.Vv., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, p. 152.

(31) Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 15877, Lo Verde, in C.E.D. Cass. n. 239775. Sui limiti intrinseci al processo v. il fondamentale testo di F. CORBERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 62.

(32) In ordine alle norme sulla cui base effettuare analisi di genetica forense per far affluire i profili genetici nel *data base* nazionale, U. RICCI, *Limiti e aspettative della genetica forense*, in AA.Vv., *Scienza e processo penale*, cit., p. 249. Per la metodologia di analisi di referi e campioni biologici per la tipizzazione del profilo da inserire nella banca dati nazionale del DNA, v. art. 11 l. 30 giugno 2009 n. 85.

(33) Circa il dibattito in ordine al ruolo del giudice, per una analisi comparatistica italo-tedesca, P. MACCÀ, *Esame del Dna e prova scientifica: le esperienze italiana e tedesca a confronto*, in *Ibid. per.*, 2011, p. 493.

cui si valutino le regole di settore esterne, necessariamente perimetrare su quelle accreditate attraverso riconoscimenti formali (34). Può essere questo il modo per contemperare diversi obiettivi a fronte di una ricorrente censura verso un modello processuale monopolizzato dalla scienza (35): ottenere una inderogabile in quanto inattaccabile base scientifica da cui trarre dati conoscitivi attendibili e guidare il percorso valutativo.

Rilievi similari possono riguardare la prova digitale per la quale sono stati introdotti nel codice dei correttivi alle disposizioni sulle ispezioni, perquisizioni e sequestri (artt. 244 comma 2, 247 comma 1-bis, 254-bis c.p.p.; artt. 352 comma 1, 354 comma 2 c.p.p.) in modo da disciplinare le modalità di apprensione dei dati, per loro natura caratterizzati dalla volatilità e dalla facile alterabilità. Si tratta peraltro di regole generiche che, anche in punto di copia o di custodia dei dati (art. 259 comma 2 c.p.p.), non sono autosufficienti, ma necessitano del supporto di specifiche metodologie standardizzate e di protocolli esecutivi sperimentati e validati sul piano tecnico-scientifico (36). Sul piano astratto le soluzioni interpretative spaziano dal ritenere sussistenti nelle norme processuali di settore dei divieti eterointegrati dalle disposizioni specialistiche, al delegare all'apprezzamento del giudice il valore probatorio dei dati raccolti (37). E se la giurisprudenza sembra privilegiare la scelta, in parte condivisa in dottrina (38), di far transitare verso la valutazione giudiziale il controllo sulla affidabilità delle metodiche utilizzate e la conseguente verifica della attendibilità dei risultati (39), non mancano le tesi più rigorose inclini a

(34) I. CARBONI, *Lineamenti di genetica forense*, in AA.Vv., *Scienza e processo penale*, cit., p. 237.

(35) E. AMADIO, *Mitologie della prova scientifica*, in *Mille e una toga*, Milano, 2010, p. 171.

(36) G. ZECARDI, *La computer forensics aziendale: un esempio di linee guida*, in L. LUPARIA - G. ZECARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, p. 89; *ib.*, Best practices of computer forensics del secret service Usa e dello IACS, *ivi*, p. 103; *ib.*, *Le linee guida della Association of Chief Police Officer inglese*, *ivi*, p. 115.

Per la rilevanza del concetto di valore dei dati e di resistenza degli stessi a possibili alterazioni e contestazioni, *ib.*, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di L. Luparia, Milano, 2009, p. 171.

(37) Per una sintesi sul punto, L. LUPARIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VII, Tomo I, a cura di G. Garuti, Torino, 2011, p. 383.

(38) G. BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 191.

(39) Cass., Sez. II, 12 dicembre 2008, n. 11135, Bruno, in *Guida dir.*, 2009, n. 17, p. 84 in relazione alle tecniche volte a verificare l'integrità e la conformità all'originale del dato informatico sequestrato e conservato in copia su apposito supporto.

Sul fatto che l'estrazione dei dati contenuti in un supporto informatico, se eseguita da personale esperto in grado di evitare la perdita dei dati, costituisce atto ripetibile, Cass., Sez.

sanzionare in maniera forte la prova digitale formata in assenza di regole o in violazione delle metodiche protocollari di base (40). Anche in questo caso si evidenzia la necessità che il ricorso alle procedure settoriali, ufficializzate quali divieti probatori, avvenga in un contraddittorio che, mutuo o prassi applicazioni attraverso il confronto dibattimentale tra i consulenti tecnici (41).

2. *Il principio di tassatività nell'approccio giurisprudenziale.* — I quesiti in ordine alla individuazione dei divieti probatori si sono perpetuati nel tempo anche in relazione ai confini, processuali o di diversa fonte, che si possono ritenere fissati nella generica formula dell'art. 191 c.p.p. A riproporsi è la questione della tassatività del vizio-sanzione che, oltre a profilarsi in relazione alla fonte dei divieti (42), si pone in termini diversi rispetto alla nullità e per la quale il richiamo del divieto di analogia può se mai misurarsi sulla estensione della inutilizzabilità speciale ad altre fattispecie meritevoli di tutela o sulla operatività di un divieto a casi differenti ma omologhi, non sufficientemente o espressamente presidiati da sanzioni. Pur nella peculiarità e fluidità del principio se applicato alla inutilizzabilità, in dottrina se ne è sostenuta la sussistenza (43), mentre sul piano giurisprudenziale l'approccio risulta variegato, meno incline alle diversificazioni menzionate e, se più aperto verso il riconoscimento delle proiezioni costituzionali sui diritti da tutelare nel processo, non è estraneo a particolari specificazioni.

Se è vero che talvolta di tassatività si fa menzione nell'escludere l'applicazione di un divieto ad un caso diverso (44) o nell'ammettere al

I, 26 febbraio 2009, n. 11863, Ammutinato, in C.E.D. Cass. n. 243922. Inoltre, Cass., Sez. I, 30 aprile 2009, n. 23055, Corvino, in C.E.D. Cass. n. 244454.

In ordine alla cosiddetta catena di custodia, A.E. Ricci, *Digital evidence, sapere tecnico-scientifico e verità giudiziale*, in AA.Vv., *Scienza e processo penale*, cit., p. 349.

(40) E. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 161. Per la nullità dei dati raccolti in assenza di corrette procedure, E. VNALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dir. Internet*, 2008, 5, p. 509.

(41) Critico in ordine all'applicazione alla prova scientifica del modello di cui all'art. 189 c.p.p., A. SCALFANI, *La deriva scientifica dell'accertamento penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 5, p. 149.

Sul tema, P. PENATI, voce *Computer forensics (indagini informatiche)*, in *Digesto IV ed., Discipl. pen. Aggiornamento*, 2011, p. 98.

(42) Per un diverso approccio, A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 489. Sul punto, volendo, N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Digesto IV ed.* vol. XV, 1999, p. 346.

(43) P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, p. 205.

(44) Cass., Sez. III, 4 ottobre 2006, n. 37402, Balliu, in C.E.D. Cass. n. 235034, dove

contrario l'utilizzabilità della prova assunta ad esempio in incidente probatorio solo per via della mancanza di previsioni espresse al tempo della sua acquisizione (45), talvolta la tassatività non viene smentita dalla sussistenza di divieti impliciti, relativi alla natura o all'oggetto della prova (46), "desumibili dall'ordinamento" (47).

Anche su questo fronte riemerge quel profilo, già prima rilevato, del minor favore verso le regole di assunzione visto che si ritiene che la sanzione debba riguardare le sole prove 'vietate' ex art. 191 c.p.p. e non quelle "la cui assunzione, pur consentita, sia avvenuta senza le formalità prescritte" (48). Il che, se pare stridente con la contestuale premessa per cui deve considerarsi vigente "anche in materia di inutilizzabilità il principio della tassatività" (49), evidenzia una conclusione che si allinea alla posizione di principio espressa sul punto da numerosa giurisprudenza per la quale la tassatività viene riferita alle sole fattispecie di inammissibilità, da ritenere inderogabili. Che l'inutilizzabilità sia destinata ai soli divieti in punto di ammissione sembra, come già si è sottolineato, l'opzione giurisprudenziale preferita anche se talvolta questa linea è segnata da qualche incrinatura. Si è infatti ritenuto che i divieti impliciti sono conformi al canone della tassatività in quanto non siano "dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova" (50).

3. *Tassatività e fonte dei divieti. La prova illecita.* — Oltre a questi profili, gli aspetti più rilevanti del tema in oggetto sono tuttavia da collocarsi sul piano dei divieti di fonte diversa da quella processuale. La creazione della nuova e speciale fattispecie di invalidità della prova non ha

si esclude l'applicazione dell'art. 220 comma 2 c.p.p., sul divieto di perizia psicologica, alla persona offesa testimone.

V., inoltre, Cass., Sez. III, 13 novembre 2007, n. 2001, R., in C.E.D. Cass. n. 238846 secondo cui "gli elementi istruttori acquisiti dal consulente tecnico nominato dal pubblico ministero a norma dell'art. 360 c.p.p. sono utilizzabili unicamente per rispondere ai quesiti e non come prova, in quanto la disciplina prevista per l'attività istruttorie del perito dall'art. 228, comma terzo, cod. proc. pen. si estende analogicamente alla medesima attività istruttorie del consulente tecnico per identità di "ratio legis".

(45) Cass., Sez. II, 5 febbraio 2009, n. 13920, Costantini, in C.E.D. Cass. n. 243268.

(46) Cass., Sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1594, Giannelli, in C.E.D. Cass. n. 250774.

(47) Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, cit.; Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in C.E.D. Cass. n. 211196.

V., inoltre, Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 15877, Lo Verde, cit.

(48) Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 40973, Pagano, cit. V., inoltre, Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, Sapone, in C.E.D. Cass. n. 241227 e Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157, C., cit.

(49) Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 40973, Pagano, cit.

(50) Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, cit.

sopito la questione della prova illecita e della prova incostituzionale che deriva dallo stabilire se i 'divieti stabiliti dalla legge' ricomprendano le norme penali e costituzionali. Proprio in ragione del sintetico dettato dell'art. 191 c.p.p., parte della dottrina ha ritenuto superabile l'ambiguità della locuzione, ritenendo estensibile il concetto di divieto in modo da consentire una più ampia operatività della sanzione (51).

Per quanto riguarda la prova illecita, sul piano giurisprudenziale si rinvergono pronunce che sembrano rinviare anche alle norme sostanziali quali fonti di divieti passibili di violazioni da sanzionarsi in sede processuale (52). Se talvolta il richiamo è riferito a "tutto il corpus normativo a livello di legge ordinaria o superiore" (53), in altri casi, portati ad esempio di prova illecita (54), si rinvergono fattispecie nelle quali la declaratoria di inutilizzabilità, pure motivata dalla ritenuta commissione di un reato, non è tale da escludere vizi attinenti alla ritualità del procedimento di acquisizione. Così può dirsi per il caso della testimonianza del giudice penale in ordine a quanto deciso in camera di consiglio, sanzionata a motivo della rivelazione del segreto d'ufficio (55), ma per la quale il non esplicitato percorso acquisitivo non esclude che vi siano state violazioni delle norme a tutela del segreto in sede di testimonianza (art. 201-200 comma 2 c.p.p.) (56).

La tesi per cui l'illiceità in tanto può sortire prove invalide in quanto si converta in illegittimità processuale, non pare smentita, ma se mai confermata, da nuove disposizioni inserite nel codice quali ad esempio l'art. 240 commi 2-6 c.p.p., posto a disciplina del cosiddetto 'dossieraggio' illegale (57), che vieta di effettuare copia, in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento, e di utilizzare il contenuto "dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni

(51) Per la tesi della illiceità della prova, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 63.

In senso contrario, per la nota posizione, F. CONDERO, *Procedura penale*, Torino, 2006, p. 617. V., inoltre, F.M. GRIPANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 249 e A. SCIELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 177.

(52) Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, cit.; Cass., Sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, Viskovic, in C.E.D. Cass. n. 217688; Cass., Sez. III, 5 maggio 2004, Gullello, in C.E.D. Cass. n. 250027.

(53) Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in C.E.D. Cass. n. 225466.

(54) F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 64.

(55) Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in C.E.D. Cass. n. 224182.

(56) Per un efficace commento alla sentenza, F. PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità*, in Cass. pen., 2005, p. 922.

Circa gli effetti della spontanea rivelazione di notizia coperta dal segreto di Stato, M. PANZAVOLTA, *Vecchio e nuovo nella disciplina sul segreto di Stato*, in Aa.Vv., *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di G. Illuminati, Torino, 2010, p. 217.

(57) Si tratta della disciplina introdotta dal d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv. in l. 20 novembre 2006, n. 281. Per i corretti rilievi relativi alla non corrispondenza tra prova illecita e prova invalida, A. SCIELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 491.

o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti”, nonché dei “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni” (comma 2). Premesso che la disposizione non riguarda le intercettazioni disposte dall’autorità giudiziaria (58), sembra evidente che a provocare la sanzione, qualora mancasse la previsione espressa, non sarebbe la commissione di un reato quale potrebbe essere l’interferenza illecita in ambito privato (art. 615-bis c.p.) o il trattamento illecito di dati personali (art. 167 codice privacy) (59), essendo labile la coincidenza tra disposizione penale e processuale. Anzi, la sfasatura tra le due emerge in particolare a fronte della norma sull’illecito trattamento dei dati, diversa nella catalogazione delle operazioni vietate, comprensive della diffusione dei dati, e in ciò differente dalla descrizione delle condotte di cui alla norma processuale che è mirata ad evitarne la diffusione (60) attraverso la inutilizzabilità rafforzata costituita dalla distruzione dei dati medesimi (art. 240 comma 5 c.p.p.) (61).

Nemmeno si può sostenere che l’eventuale inutilizzabilità dei risultati di quanto compiuto nell’ambito delle “tecniche investigative speciali, che possono essere sinteticamente denominate operazioni sotto copertura (un-

(58) Sul tema, M. CHIAVANO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 13.

Suscita qualche dubbio l’affermazione contenuta nella sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità dell’art. 240 commi 4, 5 e 6 c.p.p., là dove si parla di diffusione mediatica di dati e informazioni personali “sia provenienti da attività di raccolta e intercettazione legalmente autorizzate, sia — fatto più grave, che riguarda direttamente il presente giudizio — effettuate al di fuori dell’esercizio di ogni legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse, che comunque non giustificano l’intrusione nella vita privata delle persone” (Corte cost. 22 aprile 2009 n. 173).

(59) Sul rapporto tra le nuove disposizioni e le norme a tutela della privacy, F. FOCARDI, *sub art. 240 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2010, p. 765.

Ritiene che la “prova illegale” di cui alla norma di cui al testo, sia “prova illecita”, F.R. DIACCI, *L’inutilizzabilità*, cit., p. 73. Per una particolare ipotesi in cui non si è ritenuto applicabile l’art. 240 commi 2-6 c.p.p., Gip Trib. Milano, 15 dicembre 2011, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, con nota di F. CERQUA, *Sono inutilizzabili ma non illegali i documenti della lista di Vaduz*.

(60) Va anche sottolineata la sfasatura rispetto all’art. 3 comma 1 l. 20 novembre 2006 n. 281 sul reato di detenzione degli atti, supporti o documenti di cui sia stata disposta la distruzione ex art. 240 c.p.p. e all’art. 4 che prevede l’azione riparatoria a seguito della distruzione dei dati.

(61) La Corte costituzionale, nel dichiarare l’illegittimità dell’art. 240 commi 4, 5 e 6 c.p.p. ha rilevato che la ratio della nuova norma sta nel porsi a “rimedio ad un dilagante e preoccupante fenomeno di violazione della riservatezza, che deriva dalla incontrollata diffusione mediatica di dati e informazioni personali” (Corte cost., 22 aprile 2009, n. 173, cit.; v., inoltre, Corte cost., 11 gennaio 2010, n. 12).

dercover operations)” (62), derivi dalla commissione di illeciti. Se è vero che la inosservanza di limiti posti alle attività degli agenti può determinare il venir meno della non punibilità garantita dalle norme speciali, è anche vero che l’impossibilità di trarre elementi conoscitivi, se pure in ambito preventivo, deriva dalla violazione delle regole poste a tutela della corretta esecuzione delle operazioni. Non a caso si parla al riguardo della necessità del rispetto delle disposizioni sulla “copertura giudiziaria”, nel senso che — ad esempio per quanto riguarda l’attività di contrasto di cui all’art. 14 l. 3 agosto 1998 n. 269 in materia di pedopornografia — è la mancanza della richiesta motivata dell’autorità giudiziaria a determinare precisi vizi (63), come del resto emerge dalla giurisprudenza che definisce anzitutto “irregolare o illegittima” l’attività svolta al di fuori dei limiti rigorosi fissati dalla legge, mentre il fatto che sia “addirittura illecita” non è determinante ai fini della sanzione (64).

Né, ancora, si può dedurre un approccio sostanzialistico nella sentenza resa nel giudizio disciplinare a carico di un pubblico ministero che aveva disposto la consulenza tecnica per sottoporre una persona informata sui fatti a seduta ipnotica al fine del recupero di ricordi rimossi: il richiamo centrale e categorico è all’art. 188 c.p.p. quale “divieto, avente carattere generale e assoluto... a tutela della libertà della persona e della genuinità della prova” (65).

Conforme sul punto anche altra sentenza, se pure pronunciata in un contesto extrapenale, secondo cui “la trasmissione non autorizzata di atti coperti dal segreto istruttorio..., se può giustificare provvedimenti a carico del trasgressore, non inficia la valenza probatoria dei dati trasmessi” (66). Non si può tuttavia tralasciare di richiamare la suggestiva teoria di una parte della dottrina per la quale l’inutilizzabilità potrebbe determinarsi

(62) Cass., Sez. III, 25 febbraio 2008, n. 8380, Furfari, in *C.E.D. Cass.* n. 23940, dove viene svolta una articolata analisi delle diverse figure di agente *under cover*.

(63) Cass., Sez. III, 11 febbraio 2002, n. 5397, D’Amelio, in *C.E.D. Cass.* n. 221336; Cass., Sez. V, 7 maggio 2004, n. 21778, Lagazzo, in *C.E.D. Cass.* n. 228090.

V., inoltre, Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, n. 38488, Cuzzucoli, in *C.E.D. Cass.* n. 38488.

(64) Cass., Sez. III, 5 maggio 2004, n. 37074, Gullelo, cit.

In tema, C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e giusto processo*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R. Kostoris, Torino, 2008, p. 395 s. 417; N. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008, p. 111; G. BARACCI, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011, p. 174.

(65) Cass., Sez. Un. Civ., 1 febbraio 2008, n. 2444, in *C.E.D. Cass.* n. 601540, e in *Cass. pen.*, 2008, p. 3624, con nota di R. CANTONE, *Il recupero dei ricordi latenti a mezzo ipnosi e tutela della libertà morale della persona*.

(66) Cass. civ., Sez. Trib., 3 settembre 2009, n. 22173.

qualora l'atto a contenuto probatorio venga diffuso in violazione delle regole sul segreto investigativo (67).

Si ritiene quindi di poter ribadire la tesi per cui una condotta illecita non è di per sé causa di prove inutilizzabili e che i divieti probatori sono da individuarsi nelle norme processuali che convertano in irrivalenza gli atti penalmente rilevanti. Il che è sostenibile anche alla luce del fatto che la estensione ai divieti extrapenalistici si porrebbe in contrasto con la norma che vieta il ricorso, salvo eccezioni, ai limiti di prova fissati dalle leggi civili (art. 193 c.p.p.).

4. *La prova incostituzionale.* — Un analogo approccio incline ad individuare le regole di esclusione solo nelle norme di rito o ordinarie, può essere sostenuto con riguardo alla prova incostituzionale, pure nella consapevolezza di un orientamento anche dottrinale ormai costante di segno contrario che espone la diversa tesi al rischio di una visione antistorica. In effetti, le previsioni circa l'esaurimento delle potenzialità della prova incostituzionale dopo la comparsa dell'art. 191 c.p.p. — che avrebbe dovuto assorbire le fattispecie prima ricondotte alla violazione di diritti fondamentali — sono state smentite dalle affermazioni inequivocamente fondate della giurisprudenza (68). La tutela dei valori di rango costituzionale ha trovato riscontro in pronunce che attengono al tema della inutilizzabilità anche in sedi diverse da quelle del processo di cognizione, nelle quali opera una sorta di ultrattività della sanzione oltre il procedimento di origine, come si è stabilito ad esempio nel giudizio per la riparazione dell'ingiusta detenzione (69) o nel procedimento per l'applicazione di misure di preven-

(67) A. C. DE SOUZA, *A decisão do Juiz e a influência da mídia. Ineficácia da prova divulgada meios de comunicação para o processo penal e civil*, Ed. Rev. dos Tribunais, San Paolo, 2010, p. 299 s., che riconduce la sanzione alla violazione dei diritti fondamentali da tutelarsi nel giusto processo.

(68) Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, cit.; Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, cit.; Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in C.E.D. Cass. n. 216247; Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasto, cit.

V., inoltre, Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149.

Anche la dottrina è nel senso della individuazione dei divieti nelle norme costituzionali. In questo senso, G. UBERTI, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 182, nota 4.

Per la tesi secondo cui alcuni atti sono destinati ad esigenze istruttorie e, nel contempo, incidono su diritti fondamentali, F. RUCIGNI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 65 e G. PIARRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, cit., p. 3253, per la tesi secondo cui la prova incostituzionale deriva da una interpretazione costituzionalmente orientata più che da divieti insiti nella Costituzione.

(69) Sez. Un., 30 ottobre 2008, n. 1153, Rocco, in C.E.D. Cass. n. 241667, sulla quale R. APRATI, *Osservazioni*, in Cass. pen. 2009, p. 1838.

zione (70). Il che può essere significativo della propensione ad un approccio avanzato nella tutela dei diritti — promosso dalla nota sentenza della Consulta negli anni settanta (71) — anche se, talvolta, al di là delle affermazioni di principio circa la valenza preceettiva delle norme costituzionali, sembra di poter ravvisare più che altro la proiezione delle norme processuali nei principi di fonte superiore (72). Ne sono esempio alcune sentenze in cui il rinvio alle disposizioni 'di protezione' può dirsi superfluo, considerando che l'estromissione del dato probatorio viene di fatto ricondotta alla violazione di norme della legge ordinaria (73).

Ciò non toglie che, a riprova del conflitto tra esigenze di 'verità' e di difesa delle prerogative individuali, la prova incostituzionale determini il riemergere dei limiti del principio di tassatività, insidiato da categorie interpretative evanescenti, produttive di potenziali difformità applicative (74). È quanto accade in relazione alle videoriprese di immagini che costituiscono a ben vedere il principale, se non unico, caso sul quale pesa il vuoto di previsioni codicistiche (75) e che pare comportare quasi in via obbligatoria il ricorso alla prova incostituzionale, visto che altre fattispecie

(70) Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, cit.

(71) Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

(72) Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, cit., secondo cui "qualsiasi divieto probatorio può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale".

La prevalenza del diritto costituzionale sembra tuttavia essere ammessa in Sez. Un., 30 ottobre 2008, Rocco, cit., dove si afferma la inutilizzabilità nel processo tributario di quanto acquisito in base ad una "illegittima autorizzazione del Procuratore della Repubblica all'accesso domiciliare o alla perquisizione domiciliare... quand'anche non sia rinvenibile nell'ordinamento tributario un principio generale di inutilizzabilità della prova *contra legem*", discendendo la sanzione "dal valore stesso della inviolabilità della libertà personale solennemente consacrata negli artt. 13 e 14 Cost."

(73) Cass., Sez. V, 4 febbraio 2010, n. 16575, Azoulay, in C.E.D. Cass. n. 246870, sulla acquisizione di corrispondenza del detenuto e Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, Giacalone, in C.E.D. Cass. n. 245183, sull'ordine di esibizione della corrispondenza del detenuto, in cui si fonda l'inutilizzabilità sulla violazione di norme di ordinamento penitenziario, pur facendo rinvio ai principi costituzionali.

Per quanto riguarda il caso del sequestro di appunti dell'indagato o imputato redatti al fine della difesa in interrogatorio, si è ritenuto, pur con il richiamo ai principi costituzionali, che la violazione sia da riferire all'art. 188 c.p.p. per "l'impiego di strumenti designati da una capacità intrusiva non dissimile da quelle metodiche" (Corte cost., 1 giugno 1998, n. 229).

(74) Sui limiti della prova incostituzionale nel sistema statunitense in relazione all'uso dei *thermal imagers* come 'perquisizione della mente', M. MIRALBA, *Tutela della privacy e progresso tecnologico, in Garanzie costituzionali nel processo statunitense*, Torino, 2008, p. 27.

(75) Sulla necessità di un intervento legislativo in relazione alle videoriprese investigative, C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 225 e A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011, p. 97.

bisognose di tutela hanno trovato nel tempo un supporto normativo (76). Come è noto, la giurisprudenza ha affrontato la questione con un approccio creativo di nuove tipologie di captazioni, così da pervenire ad una distinzione tra atti comunicativi e non (77), da rapportarsi al luogo in cui essi avvengono, con conseguenti effetti sanzionatori a seconda che l'atto sia da ricondursi alla disciplina dell'intercettazione (78). Il risultato è quello di una casistica variegata (79), anche in punto di individuazione dei luoghi di privata dimora che, pur riconosciuti in base al criterio dello *ius excludendi* ovvero del grado di stabilità e continuità della relazione tra persona e luogo (80), non si prestano ad una uniforme catalogazione (81).

Il pure apprezzabile sforzo giurisprudenziale ha quindi rigenerato la

(76) La disciplina sulla acquisizione dei tabulati telefonici è attualmente racchiusa nell'art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Per la non piena conformità della normativa ai requisiti rinvenibili nella giurisprudenza europea, A. BALSAMO-A. TAMMETTI, *Le intercettazioni tra garanzie formali e sostanziali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 466.

In ordine alla legittimazione del pubblico ministero ad acquisire con decreto motivato i dati esterni relativi ai collegamenti IP dell'utenza telefonica di trasmissione, a fini di indagine nei procedimenti di ingiuria e diffamazione, Cass., Sez. V, 10 marzo 2010, n. 19491, Fichera, in *C.E.D. Cass.* n. 247310.

(77) Per una analisi approfondita del tema, G. DI PAOLO, *Tecnologie del controllo e prova penale*, Padova, 2008, p. 179 ss.

(78) Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in *C.E.D. Cass.* n. 234267.

(79) Per la questione delle registrazioni ad opera di uno degli interlocutori all'insaputa degli altri, Corte cost., 30 novembre 2009, n. 320, relativa alle operazioni svolte con l'impiego di strumenti forniti dalla polizia giudiziaria. Precedentemente, sul punto, Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio, cit.

V., inoltre, Cass., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128, Napolitano, in *C.E.D. Cass.* n. 241610, secondo cui l'inutilizzabilità della registrazione effettuata con mezzi della polizia si integra indipendentemente dall'ascolto diretto qualora non vi sia l'autorizzazione del Gip, e Cass., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 9132, C.G., in *Dir. e giust.*, 2010 che ritiene utilizzabili senza autorizzazione giudiziale la stessa registrazione senza ascolto.

V., inoltre, Cass., Sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, Angelini, in *C.E.D. Cass.* n. 247834; (80) Cass., Sez. VI, 29 settembre 2003, n. 49533, GiliBERTI, in *C.E.D. Cass.* n. 227835; Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2008, n. 42711, Destro, in *C.E.D. Cass.* n. 241880; Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, Sapone, in *C.E.D. Cass.* n. 241228 e n. 241229.

(81) Per alcuni esempi, Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, Sapone, cit., sull'abitacolo di vettura e sulla cella penitenziaria; Cass., Sez. V, 14 maggio 2008, n. 22602, V.B., in *Dir. e giust.*, 2008, sui balconi e cortili di edificio condominiale; Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2008, n. 42711, Destro, cit., per il bagno di locale pubblico; Cass., Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44156, Gottardi, in *C.E.D. Cass.* n. 241745 per l'ingresso del condominio; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2008, n. 4422, Galati Sansone, in *C.E.D. Cass.* n. 242793; Cass., Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 22836, Rizzi, in *C.E.D. Cass.* n. 244148 per la stanza di ospedale; Cass., Sez. III, 7 luglio 2010, n. 37197, L., in *C.E.D. Cass.* n. 248563, per lo studio professionale; Cass., Sez. VI, 28 settembre 2010, n. 37751, Mangiafave, in *C.E.D. Cass.* n. 248601 per i bagni dei dipendenti di ufficio postale.

Per l'assoluzione degli investigatori privati imputati ex art. 617-bis c.p. per avere "installato apparati di intercettazione ambientale di conversazioni tra presenti in autovetture

prova incostituzionale, ma con un certo grado di potenziale sperequazione applicativa (82) — evidenziabile in alcuni casi (83) —, e sulla base di presupposti che è il giudice a dovere di fatto identificare, superando lo stesso dato costituzionale per il quale è la legge a determinare casi, modi e garanzie nella limitazione e, quindi, nella gestione dei diritti inviolabili (84). I concetti indiscutibili di doppio livello di legalità (85) o di legalità costituzionale (86) o, ancora, di 'giudice custode della Costituzione' (87), se possono opportunamente consentire, se non imporre, una interpretazione adeguata o costituzionalmente orientata, non dovrebbero quindi essere tali da ammettere l'applicazione diretta di dettati costituzionali o da creare norme sulla ammissibilità della prova che se mai vanno scritte dal legislatore convertendo i divieti costituzionali (88). Ciò che del resto avviene quando si avverte la necessità di una effettiva coerenza del dettato costituzionale, come nel caso della trasposizione dell'art. 111 comma 4 private", non considerate luoghi privati, Cass., Sez. V, 30 gennaio 2008, n. 12042, B.E., in *Cass. per.*, 2009, 166.

Sulla utilizzabilità delle videoriprese effettuate con telecamere all'interno dei luoghi di lavoro a fini di verifica di comportamenti infedeli dei lavoratori, Cass., Sez. V, 18 marzo 2010, n. 20722, Baseggio, in *C.E.D. Cass.* n. 247588.

(82) Per la giurisprudenza secondo cui "in tema di intercettazioni ambientali, la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora...deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione", Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 14547, Di Maggio, in *C.E.D. Cass.* n. 250032. Nello stesso senso, Cass., Sez. IV, 28 settembre 2005, n. 47331, Corretto, in *C.E.D. Cass.* n. 232777. Secondo Cass., Sez. I, 2 ottobre 2007, n. 38716, Biondo, in *C.E.D. Cass.* n. 238108 "l'autorizzazione a disporre le intercettazioni rende superflua l'indicazione da parte del giudice delle modalità da seguire nell'espletamento dell'attività materiale..." in quanto "il principio di inviolabilità del domicilio deve coordinarsi, subendo la necessaria compressione..." con il "soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti".

(83) Circa la non assimilabilità del pedinamento satellitare alla intercettazione, con conseguente non necessità di autorizzazione giudiziale, Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2007, n. 15396, Silizia, in *C.E.D. Cass.* n. 239635. I risultati della localizzazione mediante il sistema di rilevamento GPS degli spostamenti di una persona sul territorio, sono ritenuti utilizzabili mediante acquisizione delle annotazioni e relazioni di servizio della polizia giudiziaria (Cass., Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9416, Corgia, in *C.E.D. Cass.* n. 246774).

(84) Sulla "dissociazione (nel diritto) tra validità e vigore, ossia tra il 'dover essere costituzionale' e l'essere legislativo' del diritto", L. FERRAIOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, in *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, a cura di P. Di Lucia, Leo Ed. Universitaria, Milano, 2011, p. 22.

(85) G. TARELLO, *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 363.

(86) Sul superamento dell'idea di "legalità formale", P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 80.

(87) G. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 41.

(88) Sul fenomeno della "estesa governance giudiziaria", M.R. FERRARESE, *Dal 'verbo legislativo' a chi dice l'ultima parola: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 65.

Cost. nell'art. 526 comma 1-bis c.p.p. sulla preclusione all'uso di dichiarazioni a carico dell'imputato in assenza di contraddittorio.

Se è vero che la stessa Consulta non ha mancato di sollecitare l'interesse legislativo proprio con riguardo alle video riprese (89), ne deriva che lo strumento della prova incostituzionale non dovrebbe consentire di sottrarre il legislatore alle sue competenze (90) in materia probatoria fissate dall'art. 191 c.p.p., anche se è noto come l'affermarsi del "costituzionalismo" in tema di diritti "configura una limitazione del potere statale" attraverso "i soggetti istituzionali di riferimento, che diventano i giudici, invece che i legislatori" (91). Certo, è vero che la mancanza di espresse previsioni processuali a tutela di specifici diritti espone al sacrificio le fattispecie non protette, ma è anche vero che un non minore *deficit* di garanzie può scaturire dall'approccio giudiziale, talvolta tra l'altro esposto a molteplici richiami esterni, come accade attualmente in relazione ai vincoli derivanti dalla giurisprudenza della Corte europea, non sempre in linea con i canoni di inammissibilità delle singole normative nazionali (92).

Il rischio di un ritorno al libero convincimento in funzione attuativa di regole acquisite non è del resto assente nel ricorso alla prova atipica disciplinata dall'art. 189 c.p.p. nella quale vengono ricondotte varie ipotesi non garantite da una disciplina specifica (93). A voler ritenere applicabile

(89) Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135: "l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.; ferma restando per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un riesame complessivo della materia da parte del legislatore stesso".

(90) Anche la più autorevole dottrina, pur affermando decisamente la inopportunità di un feticismo legislativo indifferente all'esperienza giudiziaria, ammette la necessità di "arginare gli sbandamenti della giurisprudenza". Così, E. AMADIO, *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1983.

(91) In questo senso, M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IV, Milano, 2011, p. 568.

(92) Per una rassegna di casi in cui si evidenzia l'approccio della Corte europea a ritenere utilizzabili prove che non sarebbero ammissibili all'interno dei singoli ordinamenti nazionali ovvero a convertire regole di esclusione in regole di valutazione, M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* cit. p. 387 ss.

In chiave critica sul tema dei vincoli derivanti dalla giurisprudenza "convenzionale", P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 4, 2011, p. 116.

Per una recente sentenza che, in sede civile, ammette il valore di giudicato formale alle sentenze della Corte europea sopravvenute nel corso del giudizio, *Cass.*, Sez. III civ., 24 giugno 2011 n. 19985, in *Guida dir.*, 2011, n. 44, p. 42.

(93) In tema, G. TASSCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011. Per l'analisi della casistica, F. M. GRIFANTINI, sub art. 189, in *Conso-GREVI, Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2011, p. 530.

la disposizione alla nuova prova scientifica (94), funzionale alla ammissione di nuove scienze (95), non si può tuttavia ammettere che gli eventuali divieti stabiliti dal giudice in sede di ammissione e fissazione delle modalità di assunzione siano identificabili — se pure in via mediata — con le regole di esclusione legislative cui si riferisce l'art. 191 c.p.p. (96). Pur riconoscendo, come si è già sottolineato, la necessità di un modello a garanzia del contraddittorio in sede di applicazione dei divieti fissati da fonti specialistiche (97), non sembra condivisibile la conclusione per cui a una legalità *ex lege* si sostituisca una legalità *ex iudice* (98). Consentire che il giudice diventi creatore delle regole alle quali egli stesso deve essere sottoposto, amplia le possibilità di legittimare la trasformazione in prove atipiche di mezzi di prova riconducibili al catalogo rituale (99) secondo la logica del convincimento nella dimensione più dilatata del passato (100).

Non si può tuttavia non considerare che il richiamo ad una legalità giudiziale si iscrive in un più ampio fenomeno, bene descritto dalla

In ordine al punto della atipicità degli accertamenti amministrativi, M. BORTENPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, p. 270.

(94) Secondo O. DOMINIONI, *La prova scientifica*, in *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, a cura di L. Zilletti e E. Rosso, Milano, 2011, p. 88, "l'art. 189 c.p.p. riguarda, in effetti, la prova scientifica, e quella nuova in particolare". Per alcune precisazioni sul punto, *id.*, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, p. 30 ss.

In senso contrario, G. UBERTS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, 1338, p. 4111.

(95) Per una applicazione delle neuroscienze in funzione di verifica di eventuali alterazioni della morfologia del cervello, *Gip Trib. Como*, 20 agosto 2011 n. 536. Per un primo commento, D. TERRACINA, *Problemi nati da un difficile rapporto tra giustizia penale e psichiatria*, in *Guida dir.*, n. 5, 2012, p. 63.

Sul tema della prova scientifica, che questa sede non consente di poter trattare, G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica tra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *AA.VV., Scienza e processo penale*, cit., p. 61; P. TORINI, *Dalla perizia 'prova neutra' al contraddittorio sulla scienza*, *ivi*, p. 3.

(96) Sul punto, A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 490.

(97) *V. supra*, paragrafo I.

(98) In questo senso, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 253.

(99) Rimanendo nell'ambito della ricognizione, per le fattispecie informali, A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, p. 298.

In giurisprudenza, sulla ricognizione dibattimentale, *Cass.*, Sez. I, 3 dicembre 2004, n. 3642, *Izzo*, in *C.E.D. Cass.*, n. 230781; *Cass.*, Sez. I, 11 novembre 2010, n. 42267, *Di Vaio*, cit. Per la ricognizione in videoconferenza, *Cass.*, Sez. V, 13 gennaio 2010 n. 18057, *Cutelle*, in *C.E.D. Cass.*, n. 246862. *V.*, inoltre, sul riconoscimento di oggetto di percezione sensoriale, *Cass.*, Sez. I, 14 aprile 2005, n. 21034, *Amante*, in *C.E.D. Cass.*, n. 231200. Per la ricognizione fotografica, *Cass.*, Sez. II, 29 marzo 2011, n. 17336, *Bianconi*, in *C.E.D. Cass.*, n. 250081 e in giurisprudenza di merito, *Trib. Bologna*, 21 febbraio 2011, n. 661.

(100) Sulla inopportunità di regole di esclusione discrezionali, M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 392.

sociologia giuridica, di una avvertita minore capacità delle norme di assorbire fatti e casi concreti e di fornire una tipicità di atti generali e astratti, così da spostare il sistema "dal centro legislativo verso il diritto giudiziario" con l'effetto di una "elaborazione giudiziaria ...sempre più pervasiva ed estesa" (101).

5. *Inutilizzabilità derivata e inutilizzabilità 'alternativa'*. — La giurisprudenza si è misurata anche sulla questione della inutilizzabilità derivata, ovvero sugli effetti che una prova illegittima può determinare sulla prova ulteriore di cui ha favorito la acquisizione.

Su questo tema si registrano orientamenti non uniformi. Pur ammettendosi, sulla scorta di pronunce della Corte costituzionale (102), che per la prova inutilizzabile non opera il principio della estensione del vizio agli atti consecutivi dipendenti previsto per la nullità (103), alcune sentenze talvolta ammettono il propagarsi della irritualità. Anche se non sempre in maniera chiara, si afferma ad esempio che "il verbale di sequestro in cui sono trasfuse le dichiarazioni rese spontaneamente dall'indagato alla polizia giudiziaria senza l'assistenza del difensore è con esse in rapporto di dipendenza logico-giuridica e pertanto è parimenti inutilizzabile in giudizio" (104). La stessa patologia di base, per altra sentenza, non produce invece effetti ulteriori tanto che "il divieto di utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni rese dall'indagato, senza assistenza difensiva, alla polizia giudiziaria, non si comunica al successivo interrogatorio cui il pubblico ministero, edotto di tali dichiarazioni, sottoponga l'indagato, ritualmente assistito dal difensore" (105). Si torna poi alla inutilizzabilità derivata là dove si nega l'uso di intercettazioni propiziate da dichiarazioni del confidente di polizia non assunto a sommarie informazioni ai sensi dell'art. 203 comma 1-bis c.p.p. (106). Talvolta, ancora, l'utilizzo è consentito in via parziale, come risulta dalla giurisprudenza in tema di anonimo, fruibile quale spunto investigativo o come notizia di reato (107). In altri casi, si

(101) M.R. FERRARESE, *Dal verbo legislativo*, cit., p. 67.

(102) Corte cost., 27 settembre 2001, n. 332 in cui si afferma che sono fenomeni "tutt'altro che sovrapponibili" quelli della nullità e della inutilizzabilità, così da non potersi "trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema della nullità".

(103) Cass., Sez. II, 4 marzo 2008, n. 12105, P.G. in proc. Fiaccabrino, in *C.E.D. Cass.*, n. 239746; Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, n. 16293, Aquino, in *C.E.D. Cass.*, n. 246657.

(104) Cass., Sez. II, 8 aprile 2008, n. 19647, Ronzello, in *C.E.D. Cass.*, n. 239784.

(105) Cass., Sez. III, 10 febbraio 2009, n. 8632, Paticca, in *C.E.D. Cass.*, n. 242847.

(106) Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29666, Falla, in *C.E.D. Cass.*, n. 250358.

(107) Cass., Sez. VI, 21 settembre 2006, n. 36003, Macri, in *C.E.D. Cass.*, n. 235279; Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 25932, Ivanov, in *C.E.D. Cass.*, n. 239695; Cass., Sez. I, 16 novembre 2007, n. 45566, Dionisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 238143, in relazione all'utilizzabilità a

stabilisce che la denuncia anonima non inficia la legittimità di perquisizione e sequestro (108). Alla varietà di approccio si aggiunge la nota corrente giurisprudenziale che, con argomenti opinabili, legittima il sequestro dipendente da perquisizione irrituale, purché lo strumento ablativo abbia ad oggetto il corpo del reato (109).

Una previsione di vizio derivato è tuttavia espressamente rinvenibile nella disciplina sul segreto di stato secondo cui "l'opposizione del segreto di stato....inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto" (art. 202 comma 5 c.p.p.). Il divieto, nella variante testuale della preclusione all'uso 'indiretto', è stato infatti ricondotto alle fattispecie relative alla estensione della illegittimità. La stessa Corte costituzionale, in parziale difformità da altro *dictum*, ha ammesso che il divieto fissato dalla disposizione menzionata "riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto di Stato sia in via diretta, per fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, in quanto le eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziata dall'illegittimità della loro origine" (110).

Ci si trova quindi di fronte a un quadro variegato che sembra confermare, anche nella prospettiva per così dire intermedia della giurisprudenza della Corte europea in tema di rapporto tra confessione estorta e iniquità

fini di indagine dei documenti formati attraverso la raccolta illegale di cui all'art. 240 comma 2 c.p.p. (su cui v. *supra*, paragrafo 3).

(108) Cass., Sez. III, 15 giugno 2004, n. 26847, Bettio, in *C.E.D. Cass.*, n. 229419. In senso contrario, Cass., Sez. V, 13 maggio 2004, n. 37941, P.M. in proc. Patricelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 230174.

Cass., Sez. VI, 21 settembre 2006 n. 36003, Macri, cit. sembra porsi in una posizione intermedia, stabilendo da un lato la inammissibilità di perquisizioni e sequestri basati su denuncia anonima, e ritenendo d'altro lato legittima la perquisizione di un'auto e il sequestro dello stupefacente, operati dalla polizia giudiziaria, "dopo avere avviato, a seguito di una denuncia anonima, un'indagine sul posto attraverso la quale aveva acquisito la notizia di reato".

(109) Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 3021, Sala, cit.

Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 6842, Scollo, in *C.E.D. Cass.*, n. 227880; Cass., Sez. II, 10 ottobre 2007, n. 40833, Lonocce, in *C.E.D. Cass.*, n. 238114; Cass., Sez. II, 23 aprile 2010, n. 26819, Ceschini, in *C.E.D. Cass.*, n. 247679; Cass., Sez. VI, 23 giugno 2010, M'Nasri, in *C.E.D. Cass.*, n. 248685.

Per uno specifico caso di illegittimità della perquisizione eseguita di iniziativa della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 41 T.U.L.P.S., non produttiva di inutilizzabilità del sequestro del corpo del reato, Cass., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 38559, Cirillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 248837; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2010, Raso, in *C.E.D. Cass.*, n. 249021.

(110) Corte cost., 3 aprile 2009, n. 106, in relazione a Corte cost., 10 aprile 1998, n. 110, che sembra contrastare con la precedente sentenza n. 332 del 2001, cit., salvo ritenere che la previsione espressa del divieto d'uso 'indiretto', consenta di superare l'ostacolo della non coincidente disciplina tra nullità e inutilizzabilità.

del processo (111), una ricezione ammorbida della teoria statunitense dei frutti dell'albero avvelenato, a sua volta peraltro indebolita da prassi devianti della polizia all'insegna della conservazione di prove sequestrate illegittimamente (112).

Maggiore credito sembra rivestire la fattispecie della inutilizzabilità 'alternativa' che preclude l'uso di un mezzo probatorio con il quale si tende ad aggirare un divieto previsto per altro mezzo di prova. Premesso che questa specie di invalidità non preclude il ricorso a fonti probatorie diverse, purché autonome e indipendenti (113), come ha ammesso il giudice europeo dei diritti (114), la sanzione, che colpisce la prova vietata introdotta surrettiziamente, è rinvenibile in alcune espressioni tra le quali, ad esempio, l'art. 729 comma 1-ter c.p.p. che vieta l'utilizzo delle dichiarazioni aventi ad oggetto il contenuto di atti rogati inutilizzabili. Analoga preclusione è stabilita in altre norme. Nel caso del segreto di Stato, ad esempio, "ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato" (115). Ancora, in ambito di intercettazioni preventive "le attività di intercettazione preventiva... e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono... costituire oggetto di deposizione" (art. 226 n. coord. c.p.p.).

L'interpretazione giurisprudenziale offre poi lo spunto per l'affermarsi della specie 'alternativa' del vizio in altre ipotesi, come risulta da quanto la Consulta e le Sezioni Unite hanno statuito in relazione alla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, vietata dall'art. 195 comma 4 c.p.p. non

In tema, C. Bonzano, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010, p. 114.

(111) Sul punto, R. CASIRACHI, *Prove vietate e processo penale*, in questa Rivista, 2009, p. 1789, in relazione a C. eur. dir. uomo, Sez. V, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania. In chiave critica sulle conclusioni della pronuncia, O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in Riv. dir. proc., 2009, p. 399.

(112) Per la prassi delle false testimonianze degli agenti di polizia, finalizzate a dimostrare la legittima acquisizione di prove sequestrate in realtà in assenza di mandato di perquisizione o in mancanza del presupposto dell'urgenza, A.M. DEISHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso di O.J. Simpson*, Milano, 2007, p. 43 ss.

(113) Il ricorso a fonte probatoria indipendente è ammesso dalle disposizioni in tema di segreto di Stato secondo cui "non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto" (art. 202 comma 6 c.p.p.). La stessa regola è stabilita dall'art. 270-bis comma 6 c.p.p. in relazione alla intercettazione di comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza.

(114) C. eur. dir. uomo, Sez. III, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. v. Regno Unito, secondo cui, pur sussistendo intercettazioni illegali, il processo poteva definirsi equo in presenza di altre fonti legittime di convincimento utilizzate dal giudice a fini decisori.

Sul punto, G. UBERTI, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 182, nota 6.

(115) Art. 41, comma 1, l. 3 agosto 2007, n. 124.

solo in relazione alle dichiarazioni documentate, ma anche a quelle per le quali il verbale non è stato redatto, pur dovendolo essere (116).

Non mancano tuttavia pronunce inclini a consentire l'ingresso di dati pure se in aggiramento di un divieto (117) o, al contrario, pronunce osservative della preclusione che tuttavia sovrappongono inutilizzabilità derivata e inutilizzabilità 'alternativa' (118). Altre sentenze poi correttamente dichiarano la nullità ai sensi dell'art. 185 c.p.p. dei risultati probatori dipendenti dall'atto originariamente nullo (119). In questo caso il richiamo della sanzione più debole è processualmente giustificato.

6. L'accertamento della responsabilità tra inventiva, oneri e verità.

— La varietà dei dati che emerge dalla rassegna giurisprudenziale denota una particolare inventiva, stimolata dalle novità che la 'quarta sanzione' ha innescato nel sistema, il quale reagisce talvolta frenandone le potenzialità, ma impegnandosi ad approfondirne gli aspetti in forza di quel fenomeno dell'interventismo elaborativo cui si è fatto cenno, al quale non conseguono tuttavia esiti sempre coerenti.

Ne costituisce esempio la sentenza con cui si è stabilito che l'omissione, da parte del giudice che decide su astensione o ricusazione, della declaratoria in ordine alla conservazione degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, determina la loro inefficacia, salvo il recupero della

(116) Corte cost., 29 luglio 2008, n. 305 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 195, comma 4 c.p.p. se interpretato "nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate". Già, sul punto, Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, cit. V., inoltre, Cass., Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 13465, Giugno, in C.E.D. Cass. n. 246738; Sez. I, 6 dicembre 2007, n. 46606, Zorzi, in C.E.D. Cass. n. 238710.

Sul tema, F. ZACCARÈ, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in questa Rivista, 2011, p. 140.

(117) Cass., Sez. II, 4 marzo 2008, n. 12105, Fiaccabrino, cit., sulla utilizzabilità di dichiarazioni testimoniali di soggetti che confermano il contenuto di conversazioni captate illegittimamente.

Contempla invece un caso di acquisizione di prova da fonte autonoma, Cass., Sez. II, 9 luglio 2009, n. 38904, P.G. in proc. Nacchia, in C.E.D. Cass. n. 245104.

(118) Cass., Sez. IV, 25 giugno 1998, n. 9284, Querci, in C.E.D. Cass. n. 211934 e Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, S., in C.E.D. Cass. n. 246022 in ordine alla inammissibilità dell'esame del consulente tecnico del pubblico ministero sul contenuto degli accertamenti tecnici non ripetibili dichiarati inutilizzabili per violazione dell'art. 360 c.p.p.

(119) Cass., Sez. II, 23 gennaio 2009, n. 11052, Flotta, in C.E.D. Cass. n. 243861 che ritiene "affetto in via derivata da nullità d'ordine generale ed a regime intermedio l'esame dibattimentale del consulente tecnico del pubblico ministero sui risultati dell'accertamento tecnico irripetibile eseguito senza il previo avviso all'indagato ed al suo difensore, la cui nullità sia stata rilevata nei termini di legge".

utilizzabilità nel nuovo giudizio nel contraddittorio delle parti (120). A questa fattispecie atipica di inutilizzabilità, non riconducibile alla violazione di un divieto in senso proprio (121), ma ad una sorta di inutilizzabilità pendente destinata a convertirsi successivamente nel suo contrario, si può poi affiancare una inutilizzabilità per così dire 'in transito', delineata dalla pronuncia con cui le Sezioni Unite hanno stabilito il diritto del difensore ad ottenere in sede cautelare le registrazioni delle comunicazioni intercettate per confrontare dato cartaceo e dato uditivo. In un percorso argomentativo non del tutto lineare, il vizio viene ricondotto in sintesi alla tempestiva richiesta del difensore e alla immotivata inerzia del pubblico ministero (122), così da generare "una sorta di effetto da 'inutilizzabilità protempore a richiesta'" (123).

(120) Sez. Un., 5 aprile 2011, n. 13626, Di Giacomantonio, in *C.E.D. Cass.* n. 249299. Per un commento, L. CAPRARO, *Astenzione e ricusazione: sempre sindacabile la scelta 'interinale' sull'efficacia degli atti compiuti dallo iudex suspectus*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 5, 2011, p. 62.

Sul punto relativo al "recupero" dell'attività istruttoria già espletata", sia in relazione all'art. 523, comma 2 c.p.p. che all'art. 42, comma 2 c.p.p., Corte cost. 10 giugno 2010, n. 205.

(121) Si era già sostenuto che l'art. 42, comma 2 c.p.p. delinea una fattispecie atipica di inutilizzabilità, racchiudendo un limite all'utilizzabilità e non un divieto probatorio (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 16).

La sentenza citata delinea un regime di rilevanza omologo a quello della inutilizzabilità là dove afferma che "le questioni concernenti la efficacia e la conseguente utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice prima della dichiarazione di astensione o ricusazione sono deducibili in ogni stato e grado del processo".

(122) Sez. Un., 22 aprile 2010, n. 20500, Lasala, in *C.E.D. Cass.* n. 246905. La pronuncia, condividendo le motivazioni a sostegno della declaratoria di illegittimità dell'art. 268 c.p.p. (Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 538), ha stabilito il "diritto incondizionato" del difensore ad ottenere dal pubblico ministero la traccia fonica ai fini di una compiuta difesa in sede di riesame. La sentenza si presta tuttavia a rilievi là dove, pur escludendo che la violazione del diritto di accesso alle registrazioni provochi la nullità dell'ordinanza cautelare o la inutilizzabilità degli esiti delle intercettazioni o, ancora, la perdita di efficacia della misura, afferma che essa "determina invece un vizio nel procedimento di acquisizione della prova.....e non inficia l'attività di ricerca della stessa", comportando "quindi una nullità di ordine generale a regime intermedio". La sovrapposizione tra i diversi piani, oltre a non chiarire quale sia la fonte della nullità, lascia aperto il quesito su quale sia l'oggetto su cui ricadrebbe questo vizio e in quale rapporto si ponga con l'inutilizzabilità. Né la parte successiva della motivazione riesce a fornire chiarimenti. Si afferma infatti che "la richiesta difensiva di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria" che sarà assunta "solo quando la parte sia posta in condizione di verificare quella conformità" (tra dato cartaceo e dato acustico). In sostanza, pur rimanendo valide le intercettazioni, "il giudice del riesame...., in presenza di tale accertata patologia, non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova: in tal senso e a tali fini quel dato, perciò, rimane inutilizzabile". Per un commento, G. GAETA, *Le Sezioni Unite dopo l'inerimento della Consilia dettato il decalogo delle garanzie difensive*, in *Guida dir.*, 2010, n. 28, p. 65; C. SANTORIELLO, *Diritto della difesa alla copia della traccia fonica ovvero tanto rumor per nulla*, in *Osservatorio proc. pen.*, 2010,

È dunque evidente anche solo da pochi esempi come sia variegata la gamma di ipotesi offerte all'interprete. Dalle pronunce che inaspettatamente declinano l'inutilizzabilità in *bonam partem* così da affermare che non se ne può fare applicazione "per ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa" (124), a quelle che sorprendentemente ne stabiliscono l'operatività a carico' del pubblico ministero in relazione ad un interrogatorio fuori termine ex art. 415-bis c.p.p. (125), ad altre, ancora, che convertono fattispecie di inutilizzabilità patologica in forme di fisiologia probatoria (126) o che perpetuano interpretazioni ad insufficiente tasso

nn. 2-3, p. 6; F. GIUNCHEDI, *I rimedi a tutela dell'effettività del diritto di difesa*, ivi, p. 15; MAGGIOCCA, *Violazione del diritto di accesso alle registrazioni delle conversazioni intercettate e 'sorte' del giudizio di riesame*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 398.

V., inoltre, Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, n. 32490, Russo, in *C.E.D. Cass.* n. 248187. Sugi effetti in termini di nullità, Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45880, G.C., in *Dir. e giust.*, 2011. Sull'onere del difensore di attivarsi tempestivamente per verificare la sorte della richiesta presentata al pubblico ministero, Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 38673, R., in *Dir. e giust.*, 2011. V., anche, Cass., Sez. I, 5 aprile 2011, n. 18609, Palmietti, in *C.E.D. Cass.* n. 250276. Sulla inammissibilità della richiesta del difensore di accedere, a mezzo di consulente, alle registrazioni direttamente al server della Procura, Cass., Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43654, A.A., in *Dir. e giust.*, 2011.

Per la nullità intermedia derivante dal mancato accesso del difensore agli atti su cui si fonda la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo, Sez. Un., 30 settembre 2010, n. 36212, G., in *C.E.D. Cass.* n. 247939.

(123) La definizione è formulata in una successiva sentenza (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 32571, Vinci, in *C.E.D. Cass.* n. 248548).

(124) Cass., Sez. I, 26 novembre 1996, n. 11027, Usai, in *C.E.D. Cass.* n. 207332; Cass., Sez. V, 25 giugno 2001, n. 32465, Graziano, in *C.E.D. Cass.* n. 219705.

V., inoltre, Cass., Sez. III, 26 febbraio 2003, n. 18765, Lenzo, in *C.E.D. Cass.* n. 224910, sulla utilizzabilità delle dichiarazioni favorevoli all'indagato assunte in violazione dell'art. 63 comma 2 c.p.p.

Per un altro profilo, relativo alla inutilizzabilità degli atti di indagine difensiva svolti all'estero, Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in *Cass. pen.*, 2009, 610, con nota di E. SELVAGGI, *Not e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, ivi, p. 2049.

(125) Cass., Sez. I, 26 maggio 2009, n. 24062, P.M. in proc. Da Lio, in *C.E.D. Cass.* n. 243916.

(126) Si tratta di un profilo che emerge in ambito di giudizio abbreviato per il quale la distinzione tra inutilizzabilità patologica e fisiologica, fissata da Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, cit., è nel tempo sfumata in affermazioni per cui, ad esempio, rientra nella fisiologia l'utilizzabilità della ricognizione in incidente probatorio senza le forme previste (Cass., Sez. III, 5 maggio 2010, n. 23432, D.P., in *C.E.D. Cass.* n. 247638) e l'utilizzabilità degli atti di indagine fuori termine (Cass., Sez. V, 12 luglio 2010, n. 38420, La Rosa, in *C.E.D. Cass.* n. 248506). Inoltre, Cass., Sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10643, Capozzi, in *C.E.D. Cass.* n. 246390.

V., poi, per altro caso in sede cautelare, Cass., Sez. VI, 8 luglio 2011, n. 27468, in Cassazione.net., secondo cui le dichiarazioni autoindizianti cui va applicato l'art. 63 c.p.p. "sono quelle che la persona non indagata (o non imputata) rende nel corso di un esame e cioè su sollecitazione dell'autorità procedente e non quelle che spontaneamente esprime sia pure nel contesto di un'accusa ad altri" ex art. 350 comma 7 c.p.p.... Il discorso beninteso esclude

garantista (127), si scorgono le dinamiche articolazioni del fenomeno probatorio, alimentate da tendenze progressiste oppure conservatrici spesso promosse dalla prassi.

Non sfugge in ogni caso come l'inutilizzabilità, così come altre sanzioni, sia oggetto di un pendolarismo concettuale che da strumento di legalità la declina a strumento di abuso processuale. L'introduzione di correttivi al regime di rilevanza (128) che dovrebbero funzionare da antidoti ad un eccessivo ricorso alla eccezione del vizio ne costituisce il segno, espresso dalle sentenze che esigono precisi adempimenti della difesa in ordine alla allegazione degli atti illegittimi (129). In questo modo, escludendo sia l'onere del pubblico ministero di provare la legittimità del procedimento acquisitivo, sia l'obbligo del giudice di cercare la prova dell'invalidità nonostante il dovere della declaratoria *ex officio* (130), si costruisce un "approccio deontologico nella interpretazione delle norme

che la polizia giudiziaria possa in qualche modo intervenire sulle dichiarazioni del soggetto, ponendo domande o in qualche altro modo iniziando una sorta di interlocuzione con lo stesso. Nel caso contrario trova applicazione l'art. 63 c.p.p., versandosi nell'esame previsto da tale norma". La sentenza sottopone quindi a un diverso regime di inutilizzabilità, patologica o fisiologica, le dichiarazioni autoindizianti a seconda che siano spontanee o sollecitate.

In ordine alle sanzioni nei giudizi speciali, G.L. FANOLI, *Inutilizzabilità e nullità dalla prova: nel giudizio abbreviato, nel patteggiamento e nell'istituto della acquisizione degli atti su accordo delle parti*, Milano, 2004.

(127) Quanto al tema della tardività della iscrizione nominativa della notizia di reato, è consolidata l'interpretazione circa la insindacabilità da parte del Gip della data individuata dal pubblico ministero e l'utilizzabilità degli atti di indagine compiuti prima della iscrizione. Dopo Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, in C.E.D. Cass. n. 244376 — sulla quale, E. GUBBO, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notizia criminis*, in questa Rivista, 2010, p. 425 — si è espressa Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2009, n. 2261, Maritino, in C.E.D. Cass. n. 245850. Sul tema, F.R. DIACCI, *I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata*, in Proc. pen. e giust., n. 1, 2012, p. 153 e, volendo, N. GALANINI, *Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato*, in Proc. pen. e giust., 2011, n. 5, p. 124.

(128) Circa la rilevanza del vizio nel giudizio di rinvio, Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, cit. In senso diverso, Cass., 12 febbraio 2009, n. 10624, Barbara, in C.E.D. Cass. n. 242980. In tema, F. GIUNCHEDI, *La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in Osserv. proc. pen., 2009, n. 1, p. 50.

(129) Sez. Un., 8 ottobre 2009, n. 39061, De Iorio, in C.E.D. Cass. n. 244329; Sez. Un., 5 aprile 2011, n. 13626, Di Giacomantonio, cit.; Cass., Sez. I, 9 giugno 2009, n. 26492, Bellocchio, in C.E.D. Cass. n. 244039.

Per quanto riguarda inoltre i limiti prefigurati nel giudizio di legittimità circa il fatto che il vaglio di inutilizzabilità possa comportare questioni che determinino valutazioni di merito o in fatto, Cass., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 38559, Cirillo, cit. e Cass., Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 21877, C. e altro, in C.E.D. Cass. n. 250263.

(130) La giurisprudenza afferma che comunque l'inutilizzabilità "non rientra tra le questioni lasciate nella disponibilità delle parti, essendo sempre rilevabile d'ufficio" (Cass., Sez. III, 6 maggio 2010, n. 32530, H., in C.E.D. Cass. n. 248220).

processuali", responsabilizzando la difesa su cui incombe un "dovere di lealtà...(che)... implica che una norma processuale non possa essere utilizzata e quindi anche interpretata, per raggiungere finalità diverse da quelle per cui è stata stabilita" (131).

Si tratteggia così anche sotto questo profilo il complesso percorso dell'inutilizzabilità, la cui codificazione non sembra avere sensibilmente inciso sul risalente concetto di verità come materiale e obiettiva corrispondenza ai fatti (132). Anche se alcune asserzioni giurisprudenziali parrebbero porsi in senso contrario quando si oppongono alla forzatura delle regole processuali "in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale" (133), sembra quest'ultima a imporsi (134), quasi che il riconoscere i limiti processuali costituisse una ammissione di debolezza del sistema.

(131) Sez. Un., 1 giugno 2011, n. 22242, Scibé, in C.E.D. Cass. n. 249651, relativa alla deducibilità della nullità derivante dall'omesso avviso di fissazione dell'udienza camerale ad uno dei difensori dell'imputato.

Sul tema, G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in Dir. pen. proc., 2008, p. 632.

Sulla "necessità di correggere lo strabismo interpretativo che conduce alla perfetta identificazione dell'area operativa del concetto di abuso processuale con i comportamenti scorretti posti in essere dalla difesa", E. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 4.

(132) M. NEMMI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nel mondo della giustizia*, Bologna, 2009, p. 171; "il tema del conoscere giudiziale è prepotente, deve esserlo. Uno strato di regole distintive lo contrassegna. Toma sempre però qualcuno che s'abbandona al fascino (innegabile) dell'idea opposta: la libertà nell'accettare".

Sul tema della verità in ambito filosofico, per un recente studio, G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009.

(133) Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, cit. secondo cui "va vinta qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita".

(134) Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, n. 3625, Schittino, in C.E.D. Cass. n. 235811 afferma che "la previsione di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona esaminata, in mancanza del preliminare avvertimento sull'assunzione dell'ufficio di testimone per il caso di dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri, non è di impedimento alla valida riassunzione, con l'osservanza della previsione sugli avvertimenti di rito, della stessa prova dichiarativa nel giudizio di appello, sia per il caso in cui venga meno l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, sia per quello in cui detta prova sia comunque ritenuta necessaria alla decisione". Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, C., cit., sulla ammissibilità di domande suggestive da parte del giudice, afferma che il giudice, "essendo tenuto alla ricerca della verità sostanziale, non può sottostare a un divieto che non opera neppure per il controesame".

In relazione al concetto di verità materiale e formale nel giudizio civile, IORDI FERRER BELTRAN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, p. 70.

V., inoltre, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma, 2009.

Nel divario tra realtà e ricostruzione del fatto (135), si pone dunque l'ambivalente procedere dell'accertamento, ancora stretto nell'antagonismo tra forma e sostanza.

NOVELLA GALANTINI
Ordinario di Diritto processuale penale
Università degli Studi di Milano

LIMITI SPAZIALI DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E CRITERI D'IMPUTAZIONE

SOMMARIO: 1. Le multinazionali davanti al giudice: dal 'refrain' criminologico all'inquadramento penalistico. — 2. Profili internazionalistici della responsabilità degli enti: una panoramica. — 3. Territorialità ed enti stranieri: una questione ancora aperta? — 4. La realizzazione del fatto di reato all'estero e l'imputazione all'ente: (ulteriori) profili di autonomia della responsabilità. — 5. (Segue): Il requisito della sede principale in Italia: una interpretazione teleologicamente orientata. — 6. La clausola risolutiva del conflitto di giurisdizione fondata sulla semplice ittipendenza e l'applicabilità del *ne bis in idem* internazionale.

1. *Le multinazionali davanti al giudice: dal 'refrain' criminologico all'inquadramento penalistico.* — Si deve a due giovani ricercatori di diritto penale il merito di avere, per primi, sottolineato con chiarezza — in un articolo apparso, sul finire degli anni settanta, in contemporanea in versione tedesca e francese — il ruolo delle imprese multinazionali nelle dinamiche criminali. Dalla ricerca condotta da Mireille Delmas-Marty e Klaus Tiedemann emergeva infatti come le multinazionali, valicando addirittura per certi versi le capacità delle entità statuali, svolgessero un ruolo-chiave nella commissione di fatti di reato di rilevantissimo impatto economico e sociale (1). La tematica non era totalmente ignota al dibattito scientifico sviluppatosi sino a quel momento: un intero filone della criminologia si era dedicato, sin dagli anni sessanta del secolo scorso, alla elaborazione della categoria della c.d. 'macrocriminalità', sottolineando il ruolo delle entità collettive (Stati, gruppi organizzati, imprese) nelle dinamiche criminali, specie in quelle con un numero elevatissimo di vittime. D'altronde, nella stessa fase storica, una serie di vicende corruttive aveva visto il coinvolgimento, insieme ai vertici di imprese multinazionali, di altri responsabili politici in numerosi paesi ad economia avanzata: per tutti il caso Lockheed, con le conseguenze giudiziarie che ne erano discese, aveva evidenziato come gli studi in materia non fossero mere speculazioni scientifiche, alimentando così nuove e più approfondite ricerche sul tema. Furono tuttavia Delmas-Marty e Tiedemann, entrambi poco più che tren-

(135) D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007, p. 8, V., inoltre, M. MARSONET, *Verità, scienza e diritto*, in *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti e M. Marsonet, Milano, 2007, p. 171.

(1) M. DELMAS-MARTY, K. TIEDEMANN, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in *J.C.P.*, 1979, I, p. 2935 ss.