

UNIDADE I

Leitura Facultativa

LARONGA, Le prove atipiche..., p. 1 a 32.

ANTONIO LARONGA

LE PROVE ATIPICHE NEL PROCESSO PENALE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2002

CAPITOLO PRIMO

FONDAMENTO DI AMMISSIBILITÀ E NOZIONE DELLE PROVE ATIPICHE

SOMMARIO: 1. Origine del problema: processo penale e ricerca della verità. – 2. Le prove atipiche nel codice di rito vigente. – 3. La nozione di prova atipica secondo la dottrina. – 3.1. Il divieto di fungibilità delle forme dei mezzi di prova. – 3.2. L'orientamento della giurisprudenza. – 3.3. Prova atipica e prova irrituale. – 4. Prova e lessico processuale. Cenni sulla sequenza probatoria e sul procedimento probatorio. – 5. La prova atipica intesa come categoria residuale. – 6. L'atipicità riferita alla prova scientifica. – 6.1. La perizia come mezzo di prova facoltativo. Pluralità di istituti volti ad acquisire la prova scientifica. – 6.2. L'utilità dell'art. 189 c.p.p. – 6.3. La nuova prova scientifica. – 7. I mezzi atipici di ricerca della prova. La posizione della dottrina. – 7.1. L'orientamento della giurisprudenza. – 8. Osservazioni conclusive sull'atipicità della prova.

1. Origine del problema: processo penale e ricerca della verità.

Legislazione Cost. 2; 112 – l. delega 16.2.1987, n. 81 art. 2

Bibliografia Lombardo 1993 – Ricci 2000

L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale ha riproposto al dibattito scientifico un tema tradizionale della processualistica: la **ricerca della verità** nel processo.

Il problema della ricerca della verità processuale è stato studiato come rapporto tra verità giudiziale e funzione del processo.

“Su questo tema molto è stato detto e scritto, e non è assolutamente possibile riprendere, neppure per sommi capi, le varie posizioni della dottrina sull'argomento. Appare comunque evidente, oggi più che mai, la bontà dell'osservazione secondo cui l'impossibilità di raggiungere la verità assoluta, intesa

cioè come 'corrispondenza assoluta di una descrizione allo stato di cose del mondo reale', non contraddice all'atto l'idea del processo inteso come strumento volto all'accertamento della verità.

Giova infatti riflettere ancora una volta sulla validità del rilievo che la verità conseguibile con un determinato procedimento tecnico, è pur sempre una verità della quale si può parlare in termini relativi e ciò quand'anche ci si riferisca a procedimenti diversi da quelli giuridici, cioè ai procedimenti desunti dal campo delle scienze esatte. In sostanza, con riguardo a qualsiasi campo dello scibile umano, appare indiscutibile l'affermazione secondo cui l'idea di una verità assoluta può essere valida solo 'come limite al quale le conoscenze concrete tendono ad approssimarsi', anche se poi non giungono mai ad identificarsi con essa.

Questa constatazione, effettuata da uno dei più profondi conoscitori del diritto delle prove, sarebbe sufficiente a troncare ogni discorso alla radice e a renderci certi che il tentativo di ricostruire lo scopo del processo in termini di accertamento della verità, non è affatto inconciliabile con la constatazione che il frutto della ricerca del giudice si fermi a gradi, più o meno elevati di approssimazione alla verità. L'importante è infatti l'essere convinti che il processo deve tendere alla ricostruzione più esatta possibile dei fatti di causa. E lo sforzo del legislatore deve essere diretto a predisporre ed a consentire tecniche e procedimenti di accertamento, che possano consentire di approssimarsi il più possibile al vero.

Se ci facciamo distogliere da tale prospettiva sulla base della constatazione che le umane forze non consentono di accertare la reale esistenza delle cose, noi finiamo per scartare dagli scopi del processo quello dell'accertamento della verità, per ripiegare sull'idea che esso tenda ad altri fini, come quello della composizione delle liti o della pacificazione sociale. In tale modo però, noi individuiamo solo gli effetti indiretti del processo, ma non riusciamo a coglierne l'intima essenza. In altre parole, nessuno nega che attraverso il processo civile si compongono le liti, o che attraverso il processo penale si possa giungere alla pacificazione sociale. Ma è altrettanto vero che il perseguimento di tali scopi non può non essere connesso con quello dell'accertamento della verità, giacché altrimenti il processo si presenterebbe solo come manifestazione di autorità, non di giustizia (cioè, nell'emblema della giustizia, la 'spada', finirebbe per pesare più della 'bilancia')

→ (Riccà 2000, 1143).

Questa impostazione è stata segnata in particolare dalla giurisprudenza costituzionale dei primi anni Novanta che, nell'incidere sulle norme del codice di procedura penale relative alla disciplina delle acquisizioni probatorie dibattimentali, ha ribadito a chiare lettere come il principio dell'accertamento della verità sia uno dei principali cardini regolatori del processo penale.

"Di tali sentenze, sicuramente la più importante è la sentenza n. 255 del 1992, nella quale la Corte Costituzionale ha avuto modo di affrontare ampiamente il tema della ricerca della verità nel processo e i termini di compatibilità, con tale ricerca, dell'impianto accusatorio del nuovo rito penale. La Corte,

muovendo dalla fondamentale considerazione della funzione del processo penale, ha inteso riaffermare – in contrasto con la diffusa opinione secondo la quale il rito accusatorio si debba acquietare su un accertamento ‘formale’ dei fatti, risultante dal libero giuoco delle parti e del tutto distaccato dalla realtà fenomenica – che ‘fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità’. Se l’art. 2 Cost. fa obbligo alla Repubblica di garantire ‘i diritti inviolabili dell’uomo’, ha ricordato la Corte, presupposto di tale garanzia in sede giurisdizionale è un accertamento dei fatti il più possibile aderente alla realtà storica, come – peraltro – non ha disconosciuto neppure il legislatore delegante, il quale (direttiva n. 73) – pur nell’impianto accusatorio del nuovo processo – ha inteso conservare al giudice i poteri ‘utili alla scoperta della verità’. Ne deriva, secondo il giudice costituzionale, che i principi della ‘oralità’ e della ‘immediatezza dibattimentale’ nell’assunzione delle prove non possono avere, come non hanno, valore ‘assoluto’ nel nuovo sistema processuale, ma costituiscono meri ‘criteri guida’, ai quali può conformarsi la disciplina positiva del processo soltanto nella misura in cui la loro osservanza non sia di ostacolo all’avvicinamento verso la verità. A tal fine i principi della oralità e della immediatezza devono essere contemperati con altro fondamentale principio, già fatto proprio peraltro dalla stessa legge-delega (direttiva n. 76, in relazione agli atti assunti dal pubblico ministero di cui sia sopravvenuta la ‘assoluta impossibilità’ di ripetizione): il principio di ‘non dispersione dei mezzi di prova’” (Lombardo 1993, 757, con richiami di dottrina a cui si rinvia).

Sul medesimo indirizzo si è conformata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che più volte ha ribadito come ad un ordinamento improntato al principio di legalità, nonché al connesso principio di obbligatorietà dell’azione penale, non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico, necessario per pervenire ad una giusta decisione (v. Cass. 21.4.1994, Tigani ed altri, ANPP, 1994, 522).

2. La prove atipiche nel codice di rito vigente.

Legislazione c.p.p. 1930 299 – c.p.p. 189 – l. delega 3.4.1974, n. 108 art. 179
Bibliografia Grevi 1991 – Fortuna e Dragone 1995

Con riguardo al tema specifico dell’ammissibilità delle prove atipiche o innominate, molto si è discusso in dottrina sull’alternativa tra principio della tassatività e principio della libertà dei mezzi di prova e, più in generale, sull’opportunità o meno dell’esistenza di un complesso di limiti nell’attività di accertamento dei fatti.

In questa prospettiva, possono indurre ad un’interpretazione favorevole al principio di tassatività considerazioni relative all’intenso di-

battito scaturito a seguito dei deprecabili fenomeni degenerativi registrati nella prassi sotto l'impero del codice previgente.

L'art. 299 del codice Rocco attribuiva al giudice i più ampi poteri istruttori per l'accertamento della verità: sotto il crisma di tale norma venivano introdotte nel processo prove acquisite illegittimamente, qualificate come atipiche ed utilizzate a fini decisionali in virtù del libero convincimento. Ad esempio, la giurisprudenza formatasi sul codice del 1930 giunse ad affermare che "tastare un oggetto sotto la giacca di una persona" sia qualcosa di diverso dal mezzo di prova qualificato come perquisizione (Cass. 27.5.1975, Fera, RFI, 1975, *Perquisizione*, 6).

Non è ovviamente questa la sede per riaprire i termini di un vecchio dibattito, ma è certo che ~~il problema delle limitazioni probatorie si intreccia con quello dell'accertamento della verità~~, il che impone la necessità di fare alcune considerazioni per meglio comprendere la scelta operata dal codice di rito vigente in tema di prove atipiche.

Se l'obiettivo del processo penale è la ricerca della verità, appare coerente ritenere come tutti gli elementi di conoscenza dei fatti rilevanti per la decisione, se introdotti sulla scena del processo, possano essere utilizzati dal giudice per la formazione del proprio convincimento, anche quando non rientrano nei modelli probatori espressamente regolati ed ammessi nell'ordinamento processuale.

A siffatta generale constatazione si accompagna la altrettanto costante preoccupazione che il dilagare incontrollato di tale tendenza finisca per incidere negativamente sui diritti e sulle garanzie dell'imputato, in particolare comprimendo o elidendo del tutto le regole relative alla disciplina della prova (poste come presidio essenziale per un corretto accertamento dei fatti), sì da configurare una pericolosa deviazione del processo verso un modello di tipo autoritario, sottratto ad ogni effettivo controllo in ordine alla formazione del convincimento del giudice sul fatto.

In sostanza, da un lato, si ritiene che l'obiettivo della ricerca della verità possa essere meglio perseguito in un sistema processuale in cui sia consentita al giudice l'utilizzazione anche delle prove non disciplinate dalla legge, dall'altro, ~~si teme il pericolo - inevitabilmente connesso all'accertazione del canone di atipicità della prova - che le regole predeterminate dal legislatore attinenti ai limiti di ammissibilità ed alle regole di assunzione probatoria possano essere disattese, purché si abbia l'accortezza di definire "atipico" l'incombente svolto in termini antitetici rispetto ad esse.~~

Quest'ultima preoccupazione fu recepita dal vecchio progetto di ri-

forma del codice di procedura penale – attuato sulla base della legge delega 30/1974 n. 108 – che prevedeva, all'art. 179, il principio di tassatività dei mezzi di prova, visto come fondamentale garanzia per l'imputato contro l'impiego di fonti di convincimento la cui attendibilità e sicurezza non fossero state preventivamente soppesate dal legislatore.

Diversa la previsione contenuta nel codice di procedura penale del 1988: l'art. 189 legittima espressamente l'impiego delle prove non disciplinate dalla legge. Nondimeno, la scelta operata non ha trascurato le garanzie difensive per l'imputato.

“L'articolo 189 regola l'assunzione delle prove non previste espressamente dalla legge, così lasciando intendere che il sistema non recepisce il principio di tassatività senza peraltro ignorarne la portata garantistica. Il Progetto del 1978 aveva invece escluso l'utilizzabilità di prove atipiche od innominate nell'intento di rafforzare le garanzie difensive dell'imputato in relazione a mezzi di accertamento dei fatti di reato la cui acquisizione potrebbe condurre ad errori od abusi (ad es., tavole d'ascolto idonee ad intercettare conversazioni tra presenti).

Riesaminatosi il problema in tutti i suoi profili di politica e tecnica processuale, si è scelta una strada intermedia che consente al giudice di assumere prove non disciplinate dalla legge ma lo obbliga a vagliare, *a priori*, che queste siano, al tempo stesso, affidabili sul piano della genuinità dell'accertamento e non lesive della libertà morale della persona. Verificata l'ammissibilità del mezzo di prova atipico, il giudice dovrà poi regolarne in concreto le modalità di assunzione così da rendere conoscibile in anticipo alle parti l'*iter* probatorio.

È sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive”

(Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1988, 60).

Il codice vigente ha quindi operato una scelta intermedia tra libertà e tassatività dei mezzi di prova, giacché, da un lato, ha riconosciuto la possibilità di introdurre nel processo prove non disciplinate dalla legge – per non chiudere la porta di fronte ai continui ritrovati tecnologici che aprono sempre nuove prospettive alle iniziative investigative (Fortuna e Dragone 1995, 341) – dall'altro, ha fissato per legge le condizioni cui è subordinata la loro ammissibilità nel processo.

“Più precisamente, quando si abbia a che fare con una prova non riconducibile ad alcuna delle figure probatorie legislativamente disciplinate, spetterà al giudice il potere di decidere, di volta in volta, se la medesima possa trovare ingresso in sede processuale, sulla base di una verifica subordinata a due distinte e concorrenti valutazioni: da un lato, che essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti; dall'altro che non pregiudica la libertà morale

della persona'. Dopo di che, qualora venga riconosciuta l'ammissibilità della prova nonostante la sua fisionomia atipica, sarà ancora compito del giudice definire in concreto le modalità della sua assunzione, dopo aver sentito le parti allo scopo di concordare, se possibile, le relative cadenze procedurali" (Grevi 1991, 174).

3. La nozione di prova atipica secondo la dottrina.

Legislazione c.p.p. 189; 192; 526

Bibliografia Nobili 1990 – Amodio 1991 – Ricci 1999

Come si è detto, l'art. 189 c.p.p. legittima espressamente l'uso nel processo penale delle prove non disciplinate dalla legge (o atipiche). Innanzitutto va chiarita la nozione di prova atipica.

"In senso meramente letterale, prova atipica significa prova 'diversa' dai tipi dei modelli legali previsti dal codice. Tale definizione è però ovviamente generica e vale solo per un primo approccio al problema. Se infatti si approfondisce l'indagine cominciano ad emergere i primi dubbi, poiché appare subito chiaro come il significato del termine 'prova atipica' si possa prestare a definire due realtà abbastanza diverse.

Esso ha infatti un significato che non sarebbe errato chiamare ibrido. Per un verso la parola è infatti sinonimo di prova innominata, cioè di una prova non prevista dalla legge. Per altro verso però, essa può prestarsi ad indicare anche deviazioni da uno schema probatorio già esistente, quando non è riferita al mezzo di prova, ma al meccanismo di assunzione (e nessuno potrebbe negare che l'uso del termine 'atipico' riferito alla prova, possa prestarsi ad indicare anche eventuali deviazioni dal procedimento acquisitivo di prove previste dalla legge).

(Ricci 1999, 41).

Con la definizione in esame si allude sostanzialmente ad entità concettuali ben distinte: nel primo caso, al mezzo di conoscenza diverso da quelli disciplinati dalla legge (ove per legge s'intende il complesso delle disposizioni dettate dal codice e dalla normativa processuale penale contenuta nelle leggi speciali); nel secondo caso, ci si riferisce all'attività volta a sottoporre la prova all'attenzione del giudice: è atipica l'attività non disciplinata dalla legge o che si discosta, per uno o più elementi, da quella disciplinata.

La dottrina processualpenalistica che si è occupata delle prove atipiche ha interpretato l'art. 189 c.p.p. restrittivamente, precisando come

l'atipicità alla quale la norma si riferisce va intesa esclusivamente con riferimento ai nuovi mezzi d'indagine imposti dal progresso tecnico e quindi riguarda esclusivamente il mezzo di prova o tutt'al più il mezzo di ricerca della prova con esclusione in ogni caso dell'impiego del termine per delineare procedimenti di acquisizione non previsti dal diritto, che debbono ritenersi sempre inammissibili. Si riproduce anche qui quella dicotomia che abbiamo visto allorché si è esaminato il concetto di prova atipica in generale: la distinzione cioè, fra l'atipicità riferita al mezzo di prova (che riguarda soprattutto l'impiego dei nuovi mezzi d'indagine, imposti dal progresso tecnico) e l'atipicità riferita ai metodi di acquisizione. Questa distinzione è stata sempre particolarmente evidente negli studi che si sono avuti nel processo penale ed anzi soprattutto i processualpenalisti sono stati oltremodo attenti a tenere differenziati i due aspetti del problema.

L'interpretazione che è prevalsa presso questi studiosi è stata dunque quella restrittiva, nel senso di ritenere che il catalogo delle prove possa essere superato solo ed esclusivamente per ciò che riguarda eventuali mezzi istruttori non previsti dal diritto e non anche con riferimento alla possibilità d'introdurre nuove forme di acquisizione probatoria o deroghe a quelle già esistenti.

A tale impostazione restrittiva la dottrina è rimasta aderente anche nell'interpretazione dell'ambito di operatività dell'art. 189 c.p.p., tanto che si è incisivamente affermato non possano assolutamente 'registrarsi come atipiche prove illegittimamente acquisite o illegittimamente convertite'. In sostanza la dottrina processualpenalistica ha sempre posto una netta demarcazione fra la prova atipica, cioè il mezzo di prova nuovo e la prova illecita o illegittimamente acquisita, cioè la prova, tipica o atipica che sia, acquisita in deroga alle regole che presiedono alla sua acquisizione”

(Ricci 1999, 529, con richiami di dottrina a cui si rinvia).

In tale prospettiva, si è paventato il pericolo che la frequente invocazione della libertà di prova potesse essere "pretestuosamente usata come grimaldello per forzare i divieti probatori e recuperare, in veste di prove atipiche, quelle acquisite illegittimamente". E ciò in aperto contrasto con l'affermazione del **principio di legalità della prova** – uno dei punti qualificanti di novità del codice di procedura penale del 1988 – in base al quale si è fatta strada l'idea che la prova, tipica o atipica che sia, non possa essere acquisita se non nel rispetto di tutta una serie di limiti sia in tema di ammissibilità, che in tema di assunzione.

“Come si desume chiaramente dall'art. 526, gli strumenti di convincimento del giudice sono solo quelli che si formano *legittimamente* nel giudizio, cioè non solo in una sede particolare che è quella processuale, ma anche secondo le forme dettate dal legislatore.

In altri e più semplici termini: mentre oggi viviamo in un sistema che è dominato dal principio del libero convincimento riconfermato dall'art. 192 del nuovo codice, ma oggi interpretato dalla giurisprudenza, come sappiamo, in una maniera così deviante da far nascere una sorta di anarchia conoscitiva

del giudice, nel processo di domani questa anarchia non ci potrà più essere perché sono tracciati degli itinerari conoscitivi che dettano il modo di acquisizione e i limiti della ammissibilità della prova”
(Amodio 1991, 25; conf. Nobili 1990, 381).

3.1. Il divieto di fungibilità delle forme dei mezzi di prova.

Legislazione c.p.p. 189; 191; 213; 526

Bibliografia Cavini 1997 – Rafaraci 1998 – Ciavola 2000

Altro aspetto del medesimo indirizzo interpretativo, concerne

~~la fungibilità delle forme dei mezzi di prova~~

Più precisamente, ~~la dottrina ha costantemente criticato quella tendenza della prassi a ricondurre nell'ambito di operatività dell'articolo 189 c.p.p., le prove dirette a conseguire un risultato probatorio tipico, assunte con le modalità corrispondenti a quelle di un altro mezzo di prova.~~

Tale indirizzo giurisprudenziale si è manifestato principalmente in ~~materia di riconoscimenti atipiche~~, cioè di quelle forme di riconoscimenti di persone o di cose non assunte secondo le regole previste dagli artt. 213 e ss. c.p.p., bensì mediante la testimonianza dell'autore dell'atto ricognitivo.

“L'individuazione dell'autore del reato è istituto diverso e autonomo rispetto alla ricognizione formale prevista dall'art. 213 e seg. cod. proc. pen., e non è, quindi, soggetto alle forme stabilite per quest'ultima; in particolare esso è inquadrabile tra le prove non disciplinate dalla legge, previste dall'art. 189 cod. proc. pen., e trova il suo paradigma nella prova testimoniale proveniente dalla parte offesa o da altri che abbiano accertato l'identità personale dell'imputato”

(Cass. 16.7.1999, Cuccurullo, C.E.D. Cass., n. 214312; conf. Cass. 2.7.1997, Lombardi, C.E.D. Cass., n. 208010).

Secondo numerose voci dottrinali, “l'art. 189 c.p.p., lungi dal prestarsi a tollerare il fenomeno della prova acquisita irrualmente rispetto al suo modello normativo (cioè, *contra legem*), si regge, al contrario, proprio sulla legalità interna al sistema dei mezzi di prova”, dovendosi evitare “tanto che il mezzo di prova venga svuotato senz'altro del suo nucleo di disciplina caratterizzante, quanto che al medesimo risultato si pervenga, più surrettiziamente [...] facendo leva su di un'apparente fungibilità fra mezzi di prova che presentano note comuni ma che proprio per questo vanno tra loro ancor più attentamente distinti” (Rafa-

raci 1998, 1743). È stato infatti osservato che la prova "atipica" non va confusa con la prova "anomala" e cioè "la prova tipica utilizzata a fini non solo diversi da quelli che le sono propri, ma altresì caratteristici di altra prova tipica" (Cavini 1997, 837).

"Se è certo che il giudice può assumere mezzi di prova non disciplinati, è altrettanto certo che al giudice non è consentito compiere deviazioni dai modelli normativi dei diversi procedimenti probatori."

Prova non disciplinata è la prova ontologicamente nuova o, al più, la prova che pur perseguendo un risultato probatorio corrispondente a quello di un modello tipico si formi con modalità diverse da quelle previste dalla legge e non corrispondenti a quelle di un altro mezzo tipico. In altre parole, è la prova che si forma secondo un iter di assunzione che si pone non in violazione ma *al di fuori* dal campo di applicazione delle norme che disciplinano la materia.

Al contrario, non è possibile conseguire un risultato probatorio tipico, con le forme previste per un altro mezzo nominato: cioè, non è possibile servirsi della disciplina di una prova allorché ricorrano gli estremi identificativi di un'altra fattispecie probatoria.

Ad un attento lettore non sfuggirà che l'art. 189 c.p.p., se visto in combinato disposto con gli artt. 191 e 526 c.p.p., afferma il principio di legalità dei mezzi di prova.

Ed infatti, per un verso, la regolamentazione del procedimento di acquisizione delle 'prove non disciplinate' rende chiaro che altro è la prova atipica, altro è la prova irrituale.

Per altro verso, la previsione della sanzione di inutilizzabilità della prova si pone a presidio e a limite dell'ammissibilità e dell'utilizzazione giudiziale dei mezzi di prova difformi da quelli previsti dal codice, o formati in violazione delle disposizioni legali.

Sicché, dall'esame del codice attuale, sembra possano trarsi le seguenti conclusioni: il giudice è libero di ammettere 'prove non disciplinate'. Se però intende acquisire una prova non rispettando le prescrizioni normative presenti nell'ordinamento, le maglie delle possibili sanzioni applicabili caso per caso possono e devono richiudersi. In questa accezione, perciò, è ancora attuale il principio di tassatività delle prove.

Non è paradossale, dunque, sottolineare che proprio in virtù di quanto previsto dall'art. 189 c.p.p., se il modello probatorio sussiste, va escluso che si possano costruire figure 'parallele' (omologhe come taluno dice), per eludere così la fattispecie posta legislativamente per quell'atto. Va rispettato il divieto di fungibilità delle forme dei mezzi di prova.

È obbligatorio, di conseguenza, osservare l'ordine normativo che fa corrispondere ad ogni tipo di esigenza probatoria uno specifico mezzo per soddisfarla. Quando la legge prevede un determinato procedimento di assunzione della prova a garanzia della genuinità e della pienezza della capacità dimostrativa della prova stessa, il rispetto di detto procedimento assuntivo si pone come condizione necessaria affinché lo strumento istruttorio possa valere come piena prova del fatto oggetto di dimostrazione.

In queste ipotesi – si è detto – è lo stesso legislatore che, nel fissare le modalità di assunzione, formula *ex ante* un giudizio di utilità della prova; con il

risultato che un dato mezzo di prova *dovrà* essere assunto *solo se e tutte le volte che*, la fattispecie denoti i segni distintivi della funzione per la quale è stato designato. Se così non fosse, quel giudizio legislativo di utilità verrebbe infranto e l'arbitrio giudiziale prenderebbe il posto delle garanzie dell'accertamento.

Ed allora, a noi sembra che l'art. 189 c.p.p. non rappresenti soltanto una clausola di salvezza per tutti quei casi in cui il progresso scientifico scopra strumenti di conoscenza nuovi ed utili per il processo, ma assume il ruolo di norma di chiusura della disciplina dei mezzi di prova e di principio guida dell'attuale sistema processuale penale"

(Ciavola 2000, 488; conf. Rafaraci 1998, 1739).

3.2. L'orientamento della giurisprudenza.

Legislazione c.p.p. 63; 124; 189; 191; 213; 526

In giurisprudenza è frequente l'invocazione del principio di libertà delle forme dei mezzi di prova, per giustificare la tendenza a non tollerare aprioristiche esclusioni in materia probatoria e a considerare utilizzabile qualsiasi elemento di prova risulti rilevante per il convincimento del giudice.

In primo luogo, la giurisprudenza ha in diverse occasioni rilevato che la deroga rispetto agli schemi legali di acquisizione della prova, non da luogo *sic et simpliciter* ad ipotesi di invalidità probatorie.

Al di fuori dei casi di **inutilizzabilità** e di **nullità**, la prova è caratterizzata da mera **irregolarità**, vietata (ai sensi dell'art. 124 c.p.p.), ma non colpita da sanzione processuale.

"Atteso il testuale tenore dell'art. 191, comma primo, c.p.p. il quale sancisce la inutilizzabilità delle prove 'acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge', deve ritenersi che detta inutilizzabilità possa derivare, in difetto di espressa, specifica previsione, soltanto dalla illegittimità in sé della prova stessa, desumibile dalla norma o dal complesso di norme che la disciplinano, e non invece soltanto dal fatto che la prova, in sé e per sé legittima, sia stata acquisita irrualmente. Né in contrario potrebbe farsi richiamo all'art. 526 c.p.p., secondo il quale 'il giudice non può utilizzare, ai fini della deliberazione, prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento'. Non potendosi, infatti, prescindere, nella interpretazione di detta ultima norma, dall'esigenza del suo inserimento in un sistema coerente e armonico che vede nettamente distinte le categorie della nullità e della inutilizzabilità (distinzione che verrebbe di fatto meno qualora ogni inosservanza formale, anche se non sanzionata da nullità ovvero sanzionata da nullità non più deducibile o comunque sanata venisse poi a rilevare come causa di inutilizzabilità), deve necessariamente ritenersi che per 'prove diverse da quelle legittimamente acquisite' debbono intendersi non tutte le prove le cui formalità di acquisizione non siano state os-

servate, ma solo quelle che non si sarebbero potute acquisire proprio a cagione dell'esistenza di un espresso o implicito divieto"

(Cass. 1.7.1994, Mazzuoccolo, C.E.D. Cass., n. 198371; conf. Cass. 28.3.1995, Pischedda ed altri, C.E.D. Cass., n. 200703; Cass. 19.3.1998, Magro, C.E.D. Cass., n. 210089).

Con riferimento al tema specifico delle prove atipiche, la giurisprudenza si è più volte mostrata refrattaria a distinguere la prova non riconducibile ad alcuna di quelle disciplinate dalla legge, dalla prova assunta nel processo in violazione delle regole codicistiche, finendo con il richiamarsi all'atipicità anche nella seconda ipotesi. In effetti la Corte di Cassazione, con una serie reiterata di pronunce, ha ammesso il ricorso ad un riconoscimento informale nel corso dell'udienza dibattimentale, negando che in tal modo si finisca per aggirare ed eludere la disciplina sulle ricognizioni di persone.

"Deve ritenersi valido e processualmente utilizzabile il riconoscimento operato in udienza dalla persona offesa, nel corso dell'esame testimoniale, nei confronti dell'imputato presente. Anche nella vigenza del nuovo cod. proc. pen., invero conserva validità il principio secondo cui siffatti riconoscimenti vanno tenuti distinti dalle ricognizioni vere e proprie, costituendo essi atti di identificazione diretta, effettuati mediante dichiarazioni orali non richiedenti l'osservanza delle formalità prescritte per le dette ricognizioni. Né in contrario si può invocare un preteso 'principio di tassatività del mezzo probatorio', in forza del quale, nella specie, posta la esistenza di uno specifico mezzo probatorio costituito dalla ricognizione formale, gli effetti propri di quest'ultima non potrebbero essere perseguiti mediante altro mezzo di natura diversa come, appunto, quello costituito dall'esame testimoniale nel cui corso si dia luogo al riconoscimento diretto. Non vi è, infatti, elemento alcuno sulla cui base possa affermarsi che il suddetto 'principio di tassatività' sia stato recepito dal vigente codice di rito, ma anzi la presenza dell'art. 189, che prevede l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, appare dimostrativa del contrario"

(Cass. 10.4.1997, Falco, CP, 1998, 1737; conf. Cass. 26.6.1998, Daccò, C.E.D. Cass., n. 210926; v. da ultimo Cass. 17.8.2001, Gabrielli, GD, 2001, 44, 91, che inquadra espressamente il riconoscimento informale tra le prove atipiche).

Rinviando alle pagine successive la disamina del problema delle ricognizioni atipiche (v. *infra* cap. VIII), appare evidente come questo indirizzo giurisprudenziale abbia inquadrato nell'ambito delle prove atipiche anche quegli elementi conoscitivi che presentano in concreto i segni distintivi di un mezzo di prova tipico (la ricognizione di persone), ma vengono introdotti nel dibattimento in

violazione del procedimento acquisitivo previsto dagli articoli 213 e ss. c.p.p.

Tuttavia, non mancano pronunce di segno contrario, relative ad altri atti atipici utilizzati nell'attività di indagine per acquisire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con strumenti espressamente disciplinati dal codice di rito. Ad esempio, per le dichiarazioni "provocate" da personale della polizia giudiziaria, che abbia celato la sua qualifica e proceduto alla registrazione del colloquio relativo a fatti oggetto di indagine con persona in tali fatti coinvolta quale indiziato di reità, la Suprema Corte ha puntualizzato che

"esatto si mostra il rilievo del ricorrente (...) circa l'inutilizzabilità delle dichiarazioni 'provocate' da un operatore di polizia giudiziaria, il quale, dissimulando tale sua qualifica e funzione, rivolga domande inerenti ai fatti criminosi oggetto di indagine a chi appaia fin dall'inizio in tali fatti coinvolto quale indiziato di reità; ed invero non è consentito alla polizia giudiziaria in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, scostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di conseguire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con gli atti tipici, eludano tuttavia le garanzie difensive dettate dalla legge per questi ultimi.

Siffatta elusione indubbiamente si verifica allorché l'operatore di polizia giudiziaria, non palesandosi come tale, miri ad ottenere dalla persona già colpita da indizi di un reato dichiarazioni che possano servire alla prova di questo e della relativa responsabilità; ne consegue che di tali dichiarazioni non può tenersi conto non solo nei confronti di chi le ha rilasciate, ma anche nei confronti degli indagati per il medesimo fatto ovvero per fatti connessi o collegati, secondo quanto dispone l'art. 63 comma 2 c.p.p., come interpretato da Sez. un. , 9.10.1996, Carpinelli, n. 206846, dalle cui conclusioni non vi è motivo di discostarsi.

Da quanto testé precisato si deduce che non può viceversa invocarsi la sanzione di inutilizzabilità con riferimento agli elementi che l'operatore di polizia giudiziaria 'infiltrato' abbia potuto osservare e conoscere senza 'provocare' le dichiarazioni di alcuno, senza cioè svolgere, sotto mentite spoglie e senza garanzie difensive, un'attività analoga a quella che, se palese, tali garanzie avrebbe richiesto"

(Cass. 4.6.1998, Parreca, CP, 2000, 965).

In linea con la dottrina, questo indirizzo giurisprudenziale sottolinea come forma e garanzie di difesa dell'interrogatorio ne costituiscono schema legale indefettibile, nel senso che le dichiarazioni dell'indagato possono assumere valore probatorio solo se in esso incastonate; la deviazione dal paradigma comporta inutilizzabilità in funzione probatoria.

3.3. Prova atipica e prova irrituale.

Legislazione c.p.p. 213

Bibliografia Nobili 1990 – Cavallone 1991 – Ubertis 1995

Il nostro avviso, è certamente condivisibile l'interpretazione restrittiva prevalsa nella letteratura (v. *supra* § 3), che distingue nettamente la prova atipica dalla prova tipica assunta irruotamente. altro è la prova atipica ed altro la prova acquisita mediante un mezzo di prova "tipico" disforme dal modello legale. Quest'ultima, in un sistema processuale ispirato al principio di legalità della prova, è destinata inevitabilmente a confluire nell'area delle prove illecite o illegittimamente acquisite.

“A ben vedere, il travaglio dottrinario e giurisprudenziale su questa problematica si è non di rado basato su fraintendimenti ed equivoci d'impostazione: primo fra tutti, proprio quello di confondere l'eventualità di mezzi gnoseologici ulteriori rispetto agli elencati, con una pretesa e asserita libertà del giudice di qualificare come "diversa" la prova in realtà disciplinata dal legislatore ma assunta *contra legem*. Si confondevano, in altri termini, la prova innominata e la prova irrituale.”

Giova insistere, proprio perché la discussione sul c.d. principio di tassatività va impostata in termini ben chiari, pena altrimenti lo sgretolarsi dell'intero sistema: da un lato si tratta di stabilire se, oltre all'elenco dei mezzi individuati dal codice, sia consentito far ricorso ad eventuali forme di conoscenza non prevedibili (e perciò non ricomprese nella disciplina legislativa), le quali vengano a risultar praticabili per il progresso e per possibili scoperte scientifiche; dall'altro, occorre precisare se l'autorità giudiziaria possa modificare il modello dettato, ad esempio, per la perizia, per l'interrogatorio, per la ricognizione, escludendo talune regole e forme prestabilite, qualificando l'atto come 'atipico', 'indiziario', 'innominato' e così, in definitiva, ponendo in essere una perizia o un interrogatorio con inosservanza del metodo normativamente prescritto. Si è di fronte, in questi casi, a meri espedienti lessicali per giustificare, in realtà, la prova *contra legem*”

(Nobili 1990, 398).

In caso di disformità della procedura posta in essere rispetto alla disciplina legislativa, "ciò che in realtà interessa sapere non è se il repertorio delle prove sia chiuso o aperto, bensì se taluni requisiti e condizioni, previsti dalla legge per l'ammissione o l'assunzione di una prova, abbiano o meno carattere essenziale e inderogabile" (Cavallone 1991, 350; conf. Ubertis 1995, 327). Tanto, al fine di verificare, volta per volta, se e quali sanzioni processuali siano previste per simili violazioni.

Il pericolo cui espone un'atipicità estesa al mezzo di prova difforme

dal modello legale, si coglie nella convincente ed elegante prosa di uno dei più autorevoli studiosi della prova civile:

“nulla proibisce di definire atipico il procedimento che diverga marginalmente dal suo modello normativo ... [è] altrettanto certo, però, che il richiamo alla nozione di atipicità non potrebbe mai servire a legittimare deviazioni dai modelli normativi dei diversi procedimenti probatori, che non trovassero la propria giustificazione nell'ambito stesso della disciplina dell'istruzione; ché, altrimenti, questa cesserebbe addirittura di essere tale, per ridursi ad un corpus di paterni suggerimenti forniti dal legislatore agli avvocati ed ai giudici intorno ai metodi più efficaci e meglio collaudati dalla tradizione per provare ed accertare in giudizio i fatti controversi”
(Cavallone) 1991, 350-351).

La conclusione paventata dal Cavallone, ha trovato concreta attuazione, nel processo penale, in tema di ricognizioni.

Come detto nel paragrafo che precede, la giurisprudenza, anche se in aperto contrasto con la dottrina, registra come prova atipica la ricognizione informale effettuata dal testimone in dibattimento, nella quale le deroghe concernono il procedimento acquisitivo descritto dagli artt. 213 e ss. c.p.p.

4. Prova e lessico processuale. Cenni sulla sequenza probatoria e sul procedimento probatorio.

Legislazione c.p.p. 55; 65; 86; 192; 327-bis; 332; 346; 347; 348; 353; 357; 360; 364; 371; 375; 391-octies; 417; 421; 429; 434; 435; 505; 506; 507; 510; 512-bis
Bibliografia Ubertis 1995

Prima di procedere oltre nel vivo del problema, appare opportuno precisare la nozione di prova in generale. Essa “va intesa, *in senso lato* (...), come ‘quel meccanismo, quell’insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l’accertamento della verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*” (Ubertis 1995, 300). In quanto tale, ~~prova qualsiasi strumento funzionalmente destinato alla verifica di enunciati fattuali.~~]

Va segnalato, tuttavia, che difficoltà nell’impegno ricostruttivo derivano dal fatto che la nozione di prova non disciplinata dalla legge non si sottrae al rilevante tasso di ambiguità terminologica che nel nostro sistema caratterizza la nozione di **prova** (intesa in senso lato), utilizzata in ambito giuridico con riguardo ad oggetti tra loro differenti.

Da ciò deriva la duplice esigenza di individuare i differenti significati usualmente attribuiti al vocabolo prova, nonché di operarne una loro discriminazione ed attribuire a ciascuno di essi una denominazione il più possibile univoca e precisa.

Secondo la dottrina più attenta, tale operazione permette di individuare ciascuno dei momenti in cui appare strutturalmente scindibile la sequenza probatoria, concepita come l'insieme delle componenti, che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio.

“[I]l primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo della sequenza probatoria è l'elemento di prova, rappresentato da ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via). Il soggetto o l'oggetto da cui può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la fonte di prova, che a sua volta può essere tanto *personale* (come nel caso del teste) – ed in tale eventualità si parla anche di *organo di prova* – quanto *reale* (come nell'ipotesi del documento).

L'attività attraverso cui viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova è il mezzo di prova (testimonianza, confronto, perquisizione, intercettazione telefonica, e così via).

Sulla base dell'elemento di prova in tal modo ottenuto (o di più elementi di prova; nell'ipotesi, ad esempio, in cui vengano reperite impronte digitali sull'arma del delitto, sarà necessario disporre pure delle impronte digitali dell'imputato per potersi procedere all'analisi dattiloscopica di comparazione), si svolgerà il procedimento intellettuale del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio risultato di prova [da non confondere con la conclusione probatoria raggiunta al termine della valutazione probatoria]”

(Ubertis 1995, 307).

Volgendo un rapido sguardo al lessico normativo, si constata che lo stesso codice di procedura penale sembra seguire, almeno in via generale, l'impostazione delineata dal predetto Autore per le accezioni di “elemento” (cfr. artt. 65, 1° co., 86, 2° co., 192, 3° co., 327-bis, 1° co., 375, 3° co., 391-octies, 421, 2° co., 512-bis c.p.p.), “fonte” (cfr. artt. 55, 1° co., 65, 1° co., 332, 346, 347, 1° co., 348, 3° co., 353, 2° co., 357, 1° co., 364, 5° co., 371, 2° co. lett. c, 375, 3° co., 417, lett. c, 429, 1° co. lett. d, 434, 435, 1° e 2° co., c.p.p.), “mezzo” (cfr. artt. 505, 507 e 510 in rubrica c.p.p.) e “risultato” (cfr. artt. 192, 1° co., 360, 5° co., 506 c.p.p.) “di prova”.

In ossequio alla dicotomia tra “statica” e “dinamica” del fenomeno

probatorio, la citata voce dottrinale passa ad esaminare il concetto di procedimento probatorio.

“Per definire le attività volte a sottoporre all’attenzione dell’organo procedente gli elementi di prova reputati utili ai fini della pronuncia, si può quindi correttamente parlare di *procedimento probatorio*. Esso è comunque distinguibile in due stadi logicamente consecutivi.

Nel primo, il magistrato, ex officio o su domanda di parte, provvede alla decisione relativa all’*ammissione* della fonte e/o del mezzo di prova.

Nel secondo, in caso di deliberazione positiva, si procede all’operazione della concreta immissione dell’elemento di prova tra i dati utilizzabili per la pronuncia, attraverso l’*assunzione* della fonte e/o del mezzo di prova. E giova evidenziare che con il vocabolo ‘assunzione’ si designano fenomeni diversi, a seconda che la prova cui ci si riferisce sia precostituita oppure costituenda; l’assunzione, infatti, nella prima eventualità concerne le attività di ricerca ed apprensione ad opera dell’organo procedente di una fonte di prova, mentre nella seconda coincide con la ‘costruzione’ dell’elemento di prova.

—L’insieme delle fasi ammissiva ed assuntiva, dogmaticamente considerabili a loro volta alla stregua di sub-procedimenti, determina l’ambito specifico del procedimento probatorio, relativo pertanto al regime dell’*acquisizione* dell’elemento e/o della fonte di prova”

(Ubertis 1995, 317).

Conclude l’Autore rilevando l’intima connessione che sussiste tra la sequenza probatoria ed il procedimento probatorio:

“[i]n questa prospettiva, mentre può sostenersi che la sequenza (con particolare riguardo ai suoi momenti costituiti dalla fonte, dal mezzo e dall’elemento di prova, dato che il procedimento intellettuale fondato su quest’ultimo ed il momento decisivo esulano dall’acquisizione probatoria) rappresenta la ‘materia’ disciplinata dalla ‘forma’ del procedimento, occorre riconoscere che sono proprio le regole procedurali (e la loro concretizzazione ad opera dei soggetti che partecipano all’attività probatoria) a determinare il proprio ‘oggetto’. Esse, consentendo o negando l’inserimento (di ciò che l’interessato desidera far rientrare nelle categorie) della fonte e/o mezzo di prova – e quindi dell’elemento di prova – tra quanto può essere impiegato per la pronuncia, condizionano lo stesso espletamento di una ‘prova’, la quale, se giuridicamente intesa, ‘fuori del processo è un mito, è un assurdo, è una entità inconoscibile”

(Ubertis 1995, 318).

Queste brevi considerazioni torneranno utili allorché si esaminerà il problema della prova scientifica e della sua acquisizione nel processo.

5. La prova atipica intesa come categoria residuale.

Legislazione c.p.p. 189; 194

Bibliografia Nobili 1990 – Baglione, Bartolini e Dubolino 1992 – Rafaraci 1998 – Camon 1999 – Dell'Anno 2001

Nei pochi studi dedicati dalla dottrina processualpenalistica all'argomento, ~~non è mai stata formulata in termini negativi una prova non riconducibile neppure per analogia ad alcuna di quelle disciplinate dagli artt. 194 e ss. c.p.p.~~

Secondo questa tesi, l'art. 189 c.p.p. regola una categoria giuridica residuale (la prova dev'essere "non disciplinata dalla legge") e presuppone l'impossibilità di riportare l'esperienza conoscitiva richiesta in una delle categorie disciplinate dal codice di rito.

"Perciò, dal punto di vista pratico, occorrerà innanzi tutto stabilire con sicurezza che l'esperienza conoscitiva richiesta non ricada in alcuna delle previsioni dettate per i vari mezzi probatori, anche in via analogica. In tali casi sarà osservata la normativa anche sanzionatoria che il codice detta via via. Ed esclusivamente nelle residue ipotesi troverà applicazione la categoria che la disposizione in esame intende circoscrivere e fissare nei termini rammentati" (Nobili 1990, 399; conf. Camon 1999, 1195).

Per fare qualche esempio, la dottrina ha ricondotto all'art. 189 c.p.p., la richiesta, da parte del giudice del dibattimento, di informazioni all'ambasciata in Italia dello Stato offeso dal reato (Dell'Anno 2001, 1883).

Ponendo la prova non disciplinata dalla legge in relazione con il catalogo legale, questa impostazione finisce per circoscrivere la portata pratica dell'art. 189 c.p.p. a casi del tutto eccezionali.

"L'acquisizione di elementi utilizzabili ai fini del giudizio, infatti, difficilmente appare pensabile al di fuori degli schemi costituiti dalle prove tipiche, quali risultano elencate e disciplinate nel titolo II del libro terzo (testimonianze, esame delle parti, confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziari, perizie, documenti); schemi che rimangono sempre gli stessi, quale che sia il contenuto che, di volta in volta, viene in essi inserito (...).

Tutto ciò induce, a nostro avviso, a ritenere che la norma in esame [l'art. 189 c.p.p.] abbia, in effetti, una portata pratica assai più modesta di quanto possa, a prima vista, apparire" (Baglione, Bartolini e Dubolino 1992, 548).

"È vero che non è facile, almeno a priori, immaginare un mezzo di prova in nessun modo riconducibile ai modelli codificati, e che, quindi, la norma in

questione prevede più una cautela volta a smentire eventuali posizioni teoriche rigidamente attestate sulla chiusura del catalogo delle prove, che la disciplina di un fenomeno ricorrente. Ma il fatto, che, definendosi quale 'prova non disciplinata dalla legge' soltanto la prova effettivamente innominata, l'art. 189 c.p.p. risulti disposizione dal limitatissimo spazio operativo non è certo un argomento del quale l'interprete possa avvalersi per andare alla ricerca di ulteriori più ampi significati, una volta accertato che il significato ristretto è l'unico non soltanto storicamente voluto dal legislatore ma anche sistematicamente conforme ai principi del codice in materia" (Rafaraci 1998, 1741).

Così, nell'esempio sopra indicato, il medesimo elemento di prova potrebbe essere acquisito al procedimento mediante un mezzo di prova tipico, costituito dalla testimonianza del funzionario che sia a conoscenza dei fatti oggetto della richiesta di informazioni.

6. L'atipicità riferita alla prova scientifica

Legislazione c.p.p. 189

Bibliografia Denti 1972 – Comoglio 1998 – Ricci 1999

Studi più recenti hanno evidenziato come il tema della prova atipica sia connesso con altro ben più complesso argomento, quello della "scientificità" della prova, riconoscendo all'art. 189 c.p.p. il ruolo di "norma-cardine" per la regolamentazione della prova scientifica.

Nella letteratura italiana in materia di prove, il tema della prova scientifica ha finora ricevuto un'attenzione sporadica, soprattutto ad opera della dottrina processualcivilista. Tuttavia, essa è contraddistinta da un dato comunemente accettato: richiede per il suo impiego il ricorso a conoscenze che vanno oltre la normale cultura dell'uomo medio.

Quando per il giudice e/o le parti è necessario far impiego di conoscenze che vanno oltre il patrimonio culturale dell'uomo medio, si dice che la prova è "comune" o "divisa" scientifica. Il carattere scientifico della prova emerge, quindi, dal fatto che il giudice fa ricorso, nell'accertamento dei *facta probanda*, a nozioni portate da un esperto che trascendono il patrimonio di conoscenze dell'uomo medio, che applica cioè regole di natura tecnico-scientifica.

"In tutti gli ordinamenti, infatti, esiste un limite alla utilizzazione della scienza privata del giudice, ed è quello che determina, in via generale, l'ammissibilità del ricorso alla prova peritale, consentita laddove sia necessario l'impiego di nozioni che vanno oltre il patrimonio culturale dell'uomo medio. Questa

‘necessità’, naturalmente mobile e storicamente relativa, in funzione del continuo accrescersi del livello culturale comune, segna il limite oltre il quale la prova diviene ‘scientifica’, ossia richiede (...) il ricorso a conoscenze che vanno oltre la cultura del giudice come uomo medio” (Denti 1972, 415).

Seguendo l’influenza della dottrina processualcivilista, possiamo distinguere in generale due diverse modalità di impiego del contributo scientifico nel processo. Infatti, sembra necessario distinguere le ipotesi in cui l’esperto serve al giudice ed alle parti quale deducente, per valutare fatti già accertati con le prove aliunde acquisite, dalle ipotesi in cui, invece, l’esperto serve quale percipiente, con l’incarico di accertare i fatti ancora incerti e non provati (Comoglio 1998, 494, con richiami di dottrina e giurisprudenza a cui si rinvia).

Nel primo caso, nessun nuovo dato fattuale viene portato alla conoscenza del giudice, ma soltanto regole di esperienza tecnico-scientifiche che servono a valutare i fatti già *aliunde* provati, sia che l’esperto si limiti ad indicare tali regole al giudice, sia che le applichi egli stesso, formulando così la conclusione. Nella seconda ipotesi, si attribuisce all’esperto il compito di svolgere indagini per accertare la verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*, non altrimenti provati. In questi casi, il giudice non si limita a trarre dal contributo tecnico-scientifico fornito dall’esperto criteri e parametri per valutare gli elementi di prova già ottenuti *aliunde*, ma se ne avvale per introdurre la nuova conoscenza di un fatto non altrimenti comprovabile o non altrimenti facilmente comprovabile.

Tale distinzione opera evidentemente anche nel processo penale. Tuttavia, è opinione comune che la *ratio* dell’art. 189 c.p.p., sia da individuare nell’esigenza di adeguare il sistema probatorio all’evoluzione della gnoseologia moderna e del progresso scientifico e tecnologico (v., negli stessi termini, la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1988, 60).

L’esperienza del processo penale ha portato alla luce numerosi esempi d’impiego di mezzi di accertamento del fatto basati su criteri scientifici, offerti dall’incessante evolversi delle ricerche: vi sono fatti costituenti oggetto di prova suscettibili, per la loro intrinseca natura, di rilevazione obiettiva unicamente per tramite di indagini strumentali che richiedono l’indispensabile ausilio di competenze scientifiche del tutto particolari (si pensi, ad esempio, all’impronta genetica dell’individuo nel *DNA-test*; ai residui di sparo presenti sulla persona, ma non visibili ad occhio nudo, ecc.). In questi casi, l’impiego di metodi-

che scientifiche si rivela l'unico strumento conoscitivo possibile di fatti rilevanti che in nessun altro modo la parte sarebbe in grado di provare. Ed è altrettanto evidente che l'attività, lo strumento o la procedura mediante le quali si ottiene la conoscenza del fatto, non sono disciplinate da norme processuali penali, bensì desunte da altre scienze ovvero praticabili grazie al progresso della tecnica.

In questo specifico settore, il problema della tipicità o atipicità della prova, è stato impostato distinguendo il momento di atipicità relativo alla metodica scientifica di accertamento del fatto, dall'altro aspetto del fenomeno probatorio, che riguarda il modo d'ingresso nel processo delle risultanze ottenute, che potrebbe essere quello della perizia e quindi di un mezzo di prova essenzialmente tipico.

“[V]a considerato che il modo di accertamento dei fatti attraverso gli specifici meccanismi previsti dal legislatore è solo uno dei possibili modi attraverso i quali tale accertamento può aver luogo: giacché è possibile che esso possa avvenire anche attraverso metodiche desunte da scienze diverse dal diritto, come le tecniche scientifiche, la psicologia, la scienza delle comunicazioni, ecc. Che poi l'intervento di tali metodiche, abbisogni di uno specifico strumento giuridico per consentire l'acquisizione al processo dei risultati così ottenuti, è tutt'altro problema, giacché tale strumento è solo il canale esteriore che consente l'ingresso della prova in giudizio; ma ciò non toglie che il risultato della stessa si sia formato attraverso procedimenti non fissati dalla legge, ma desunti da altre scienze.

(...) se si considerano i sistemi di indagine dattiloscopica basati sulle più moderne tecnologie, come ad esempio il laser, sarà sicuramente necessaria l'opera del perito per condurre le operazioni e per garantire l'attendibilità del risultato finale, ma è indiscutibile che tale risultato non potrebbe mai realizzarsi attraverso la sola opera del perito, se non fosse per l'intervento di un preciso metodo scientifico che consente di accertare il fatto. In sostanza, tale situazione è ben diversa da quella in cui il perito ricostruisce i fatti avvalendosi esclusivamente della sua scienza, come ad es. allorché determina i postumi clinici di un incidente stradale. Qui il risultato della prova è l'esito del solo sapere del perito, mentre nell'altro caso tale risultato è frutto di una precisa metodica scientifica, che il tecnico è solo chiamato a gestire. In tali ipotesi dunque, l'accertamento del fatto non avviene attraverso modi e forme previste dal diritto, ma per mezzo di altre discipline che permettono di ricostruire quello stesso fatto per vie diverse da quelle, peraltro estremamente limitate, che il diritto offre”

(Ricci 1999, 645).

Così inteso, l'art. 189 c.p.p. diventa il referente normativo di quelle prove – non previste dalla legge processuale penale – caratterizzate dall'impiego di metodiche scientifiche di accertamento del fatto.

6.1. La perizia come mezzo di prova facoltativo. Pluralità di istituti volti ad acquisire la prova scientifica.

Legislazione c.p.p. 190; 224; 233; 327-bis; 348; 359; 360; 391-decies; 501; 511; 606 – c.p.p. disp. att. 223

Bibliografia Zappalà 1982 – Gasparini 1999 – Ricci 1999

Questa tesi, peraltro, si presta ad una fondamentale obiezione. Se “provare” significa anche compiere le attività giuridiche con cui l’elemento di prova viene immesso nel processo e percepito dal giudice, non può obliterarsi che per la prova scientifica, lo strumento principale di acquisizione nel processo è la perizia, cioè un mezzo di prova “tipico”: pur se le indagini scientifiche compiute dal perito non sono regolate dalla legge, ciò che in realtà il giudice utilizza come fondamento della sua successiva attività inferenziale, è il giudizio peritale formato attraverso l’esame orale del perito nel contraddittorio delle parti, cioè un elemento di prova “tipico”. Ed allora, che senso avrebbe ricondurre alla categoria delle prove atipiche i nuovi mezzi di accertamento del fatto creati dal progresso tecnico-scientifico?

La risposta all’interrogativo che precede, non può prescindere innanzitutto da alcune considerazioni, evidenziate dalla dottrina, sulle profonde innovazioni introdotte dal codice di rito vigente in tema di acquisizione al procedimento del contributo tecnico-scientifico.

“[T]utti i nuovi mezzi di indagine creati dal progresso tecnico che servono all’accertamento dei fatti nel processo, non permettono di raggiungere il risultato dell’accertamento in modo autonomo, ma richiedono (tranne che in casi particolari) il supporto della perizia, per l’acquisizione al processo dei relativi risultati. Da qui potrebbe derivare una conclusione a prima vista ineccepibile: e cioè quella dell’inutilità di una teoria volta ad elaborare un’autonoma disciplina per i mezzi di accertamento a carattere tecnico-scientifico e di un tentativo di un loro inserimento fra le prove atipiche, dal momento che essi non possono essere acquisiti al processo, se non attraverso lo strumento tecnico della perizia e quindi attraverso un mezzo tipico. Si dovrebbe anzi dire di più: e cioè che tali indagini tecniche si risolvono essenzialmente nella perizia, nell’ambito della quale confluisce sia l’uso del mezzo tecnico, sia l’indagine che ne consegue, senza che si possa distinguere tra i vari momenti in cui l’intero procedimento si esplica. Ciò fra l’altro avrebbe anche il vantaggio di offrire la garanzia dello svolgimento dell’intera indagine nel pieno rispetto del contraddittorio e delle garanzie difensive tipiche della perizia e del rifiuto del ricorso a mezzi anomali di accertamento, quali quelli offerti dal vasto panorama degli atti di polizia giudiziaria inseriti nell’ambito delle indagini preliminari.

Un ragionamento di questo tipo, ineccepibile da un punto di vista teorico, era estremamente importante in un sistema come quello offerto dal codice di

procedura penale del 1930, nel quale qualsiasi conoscenza acquisita in fase istruttoria, poteva essere utilizzata al dibattimento (salvo ovviamente l'eventuale nullità dei singoli procedimenti probatori). In quell'ambito, il necessario assorbimento nella perizia di qualsiasi indagine tecnica, garantiva il pieno rispetto della difesa ed impediva che pervenissero al processo conoscenze ottenute in modo unilaterale dall'inquirente, senza alcuna possibilità di verifica della correttezza dell'uso del mezzo tecnico.

Nel sistema introdotto dal codice di procedura penale del 1988, un ragionamento come quello sopra descritto non può recepirsi in pieno, sia per l'introduzione di sistemi di accertamento tecnico diversi da quelli della perizia (si vedano ad es. i già citati artt. 348, lett. a), 359, 360 c.p.p.), sia per l'impiego diversificato che si fa al dibattimento delle conoscenze assunte nelle varie fasi del procedimento, sia infine per la scoperta di sistemi d'indagine altamente efficienti per l'accertamento del fatto, che sfuggono però al meccanismo peritale in quanto non sono compatibili con la complessità strutturale di quest'ultima (ad es. si pensi al rilievo del tasso alcolemico, che va accertato seduta stante e per il quale sarebbe improponibile anche il ricorso al semplice strumento dell'art. 360 c.p.p.)”
(Ricci 1999, 567).

In sostanza, il legame tra la prova scientifica e la perizia, evidenziata dalla dottrina sotto l'impero del codice di rito previgente (Zappalà 1982, 234), è messo in discussione, in primo luogo, dalla pluralità degli strumenti tipici a disposizione delle parti per l'acquisizione del contributo tecnico-scientifico.

Accanto alla perizia, sono previste molteplici ed inedite figure di ausiliari tecnico-scientifici, la cui disciplina è sparsa nel codice senza una sistemazione organica e con marcate differenziazioni quanto a struttura, funzioni e valenza probatoria (v. Gasparini 1999, 163, con richiami di dottrina e giurisprudenza a cui si rinvia). Tra esse è dato distinguere: *a)* la “persona idonea” nelle indagini tecniche compiute dalla polizia giudiziaria (art. 348, 4° co., c.p.p.); *b)* il consulente tecnico del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari (artt. 359 e 360 c.p.p.); *c)* il consulente tecnico difensivo nella fase delle indagini preliminari (artt. 327-bis, 3° co., 391-decies, 3° co., c.p.p.); *d)* il consulente tecnico extraperitale accessibile alle parti appunto “quando non è stata disposta perizia” (art. 233 c.p.p.); *e)* il tecnico di laboratorio esecutore delle analisi di campioni nel corso di attività ispettive o di vigilanza di natura amministrativa (art. 223 disp. att. c.p.p.).

Il mutamento del quadro normativo, è stato prontamente recepito dalla prassi giurisprudenziale, che ha plasmato l'istituto della perizia come prova meramente **facoltativa**. Diversamente da tutte le altre prove – che in attuazione del principio dispositivo sono ammesse dal giu-

dice su richiesta di parte e sulla base di una semplice delibazione di legittimità e di non superfluità (art. 190 c.p.p.) –, l'introduzione della perizia nel processo avviene secondo la metodologia inquisitoria o dell'espletamento di ufficio delle prove necessarie: sulla base di una valutazione di natura eminentemente discrezionale, non limitata alla rilevanza astratta ma che si addentra nella valutazione della concreta utilità della prova tecnica, il giudice può disporre di iniziativa tale prova (art. 224, 1° co., c.p.p.), ovvero può disattendere una richiesta di perizia avanzata dalla parte sulla scorta di una valutazione di **non necessità** della prova, pur se astrattamente non irrilevante. Il dato saliente è costituito dalla insindacabilità in Cassazione, se adeguatamente motivato, del provvedimento di rigetto della richiesta di perizia, il quale è valutabile dal giudice di legittimità soltanto ai sensi dell'art. 606, 1° co., lett. e), c.p.p., sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione di rigetto della richiesta.

“La perizia è un mezzo di prova essenzialmente discrezionale, essendo rimessa al giudice di merito, anche in presenza di pareri tecnici e documenti medici prodotti dalla difesa, la valutazione della necessità di disporre indagini specifiche; non è, pertanto, sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione, il convincimento espresso da quel giudice circa l'esistenza di elementi tali da escludere la situazione che l'accertamento peritale richiesto dovrebbe dimostrare”
(Cass. 6.2.1998, Illiano, *CP*, 1999, 941).

“In tema di istruttoria dibattimentale, l'art. 501 comma primo cod. proc. pen. riconosce ai consulenti tecnici – di cui le parti abbiano chiesto l'ammissione ed il giudice l'abbia accolta – sostanziale qualità di testimone. Ne consegue che non può essere poi negata a tale giudice la possibilità di desumere elementi di prova e di giudizio dalle loro dichiarazioni e dai loro chiarimenti, senza l'obbligo di disporre apposita perizia se, con adeguata e logica motivazione, il medesimo giudice ne dimostri la non necessità per essere gli elementi forniti dai consulenti privi di incertezze, scientificamente corretti, basati su argomentazioni logiche e convincenti”
(Cass. 10.4.1997, Santilli, *CP*, 1998, 1389; conf. Cass. 13.6.1994, Pelliccia ed altro, *C.E.D. Cass.*, n. 198108; Cass. 16.3.1995, Albero, *C.E.D. Cass.*, n. 200996).

Il risvolto processuale, discendente direttamente dal carattere facoltativo della prova peritale, è che il diniego allo svolgimento della perizia non è riconducibile al vizio di legittimità della “mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte” previsto dall'art. 606, 1° co., lett. d), c.p.p., di portata più insidiosa perché dotato della potenzialità di provocare la caducazione della decisione sulla base del puro dato formale del mancato introito di una prova richiesta.

In tal senso, secondo il pacifico indirizzo giurisprudenziale:

“la perizia è mezzo di prova neutro ed è sottratta al potere dispositivo delle parti, che possono attuare il diritto alla prova anche attraverso proprie consulenze. La sua assunzione è pertanto rimessa al potere discrezionale del giudice e non è riconducibile al concetto di prova decisiva, con la conseguenza che il relativo diniego non è sanzionabile ai sensi dell’art. 606 lett. d) c.p.p. e, in quanto giudizio di fatto, se assistito da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità, anche ai sensi dell’art. 606 lett. e) c.p.p.”
(Cass. 21.10.1999, Mandalà, CP, 2000, 3387; conf. Cass. 14.12.1998, Patrizi, CP 1999, 2557).

6.2. L'utilità dell'art. 189 c.p.p.

Legislazione c.p.p. 189 - d.lg. 30.4.1992, n. 285 art. 186 - d.p.r. 16.12.1992, n. 495 art. 379

Bibliografia Ricci 1999

Posto dunque il distacco fra lo strumento scientifico di accertamento del fatto “ed il modo di acquisizione dei risultati al giudizio e sottolineata la tipicità esclusivamente di questo secondo aspetto del problema, occorre rilevare che il modo di acquisizione, pur restando nell’ambito di schemi fissati dalla legge, può variare nei singoli casi specifici” (Ricci 1999, 570).

Tuttavia, quale che sia il canale di acquisizione al processo, nella prova scientifica di cui ci stiamo occupando, l’opera dell’esperto (perito, consulente tecnico, ecc.), pur sempre necessaria giacché si tratta anche qui di compiere un’operazione tecnica che il giudice e le parti non potrebbero effettuare autonomamente, si riduce alla presentazione di dati di fatto che rimandano ad una metodica scientifica (e non giuridica) di accertamento, rispetto alla quale appare impensabile – tranne che in casi particolari – un’opera di codificazione.

Questo inevitabile vuoto normativo, potrebbe configurare un problema di atipicità della prova con riferimento, ad esempio, al tipo di accertamento espletabile, al livello di garanzie che occorre rispettare nel loro espletamento, allo strumento scientifico da impiegare concretamente per l’accertamento del fatto (non mancano, peraltro, nella disciplina legislativa, casi in cui la conoscenza del fatto è ottenuta mediante procedimenti tecnico-scientifici regolati dal diritto; è così per la prova del reato di guida in stato di ebbrezza, previsto dall’art. 186 del d.lg. 30.4.1992, n. 285: l’elemento di prova può essere ottenuto

con l'uso dell'etilometro, strumento previsto dall'art. 379 del d.p.r. 16.12.1992, n. 495, che costituisce mezzo scientifico d'indagine, del quale la legge determina le caratteristiche ed il modo d'impiego).

Quali conseguenze possiamo trarre dall'omessa regolamentazione giuridica di questi aspetti della prova scientifica? Siamo in una specie di terra di nessuno, nella quale, in assenza di proibizioni legislative esplicite, gli investiganti sono liberi di muoversi senza ostacoli e, quindi, di ricorrere a qualsivoglia strumento di prova tecnico-scientifico?

La presenza di momenti di atipicità della prova, potrebbe giustificare l'inclusione dell'esperienza conoscitiva richiesta nella categoria delle prove ex art. 189 c.p.p., con la conseguenza di subordinarne (quantomeno) l'ammissibilità ai limiti previsti per le prove non disciplinate dalla legge (v. *infra* cap. II).

6.3. La nuova prova scientifica.

Legislazione c.p.p. 64; 188; 189; 228 - c.p.p. disp. att. 116
Bibliografia Dominioni 2001

Tale conclusione sembra recepita da altra illustre voce dottrinale, che fornisce una suggestiva interpretazione dell'art. 189 c.p.p.

Secondo l'indirizzo che andiamo ad illustrare, nella predetta norma sono contenute le disposizioni che disciplinano l'ingresso nel processo della "nuova prova scientifica".

Il tema della "nuova prova scientifica", ancora ampiamente inedito nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, ha formato oggetto di approfondite elaborazioni soprattutto nell'ordinamento statunitense.

"Il tema richiede una preliminare precisazione di ciò in cui esso consiste. Quando infatti si parla di 'nuova prova scientifica' non si allude alle componenti dei 'mezzi di prova' che sono oggetto delle previsioni del catalogo legale, che le disciplina come componenti tipiche, in quanto rientranti per l'appunto nella 'competenza' della normazione legislativa (concettualizzando con un obiettivo di univocità semantica vi si possono individuare, per ciascun 'mezzo di prova', la 'fonte formale di prova', la 'fonte materiale di prova', la 'specie di capacità conoscitiva', la 'specie di elemento di prova', il 'nesso funzionale' tra quest'ultimo e le altre componenti). Si allude invece a una particolare componente che interviene nell'operazione probatoria e tuttavia sfugge, è estranea al catalogo legale, non tanto perché il legislatore la consegna al fenomeno del-

l'atipicità probatoria, ma perché appartiene per sua natura al patrimonio della scienza e della tecnica e all'incessante, mutevole, mai concluso evolversi delle ricerche. Tale componente si può designare, per distinguerla nettamente dalle altre, come 'strumento di prova' e consiste nei principi della scienza teorica, nei metodi della scienza applicata, nelle tecnologie, nelle apparecchiature con cui questi corpi di conoscenza vengono impiegati per la ricostruzione processuale del fatto. Di essi è dato rintracciare alcune allusioni nella legge; si pensi ai 'metodi' e alle 'tecniche' di cui fanno menzione gli artt. 64 comma 2 e 188 comma 1 c.p.p., alle 'operazioni necessarie per rispondere ai quesiti peritali' dell'art. 228 comma 1 c.p.p.: locuzioni con le quali la legge non rinvia al campo della prova atipica, ma alle risorse conoscitive che l'attività processuale-probatoria può attingere al bagaglio culturale scientifico-tecnico" (Dominioni 2001, 1061).

Secondo il citato Autore, la problematica posta dalla "nuova prova scientifica" non involge qualsiasi strumento di prova scientifico-tecnico. Strumenti consueti alla pratica giudiziaria, quali ad esempio l'autopsia, "sono fruibili in modo affidabile nel processo sulla scorta di criteri di controllo ampiamente sperimentati", tanto è vero che lo stesso legislatore ne ha previsto – all'art. 116 disp. att. c.p.p. – l'impiego quando sia necessario accertare la causa della morte di una persona (ovviamente, va precisato "che il sempre possibile sopravvenire di principi o di tecniche nuovi possono mettere in crisi quelli adottati anche da tempi risalenti e rimettere in gioco tutta la problematicità dell'impiego probatorio degli uni e degli altri").

"Gli strumenti scientifico-tecnici che invece danno materia al tema della 'nuova prova scientifica' sono quelli connotati da spiccate peculiarità: il fatto di essere nuovi o controversi e il loro contenuto di elevata specializzazione. (...) Per fare qualche esempio di più marcata problematicità, si pensi alla ricostruzione del fatto mediante computer, al metodo spettrografico (*voiceprint*) di individuazione della voce, alla stilometria quale tecnica di misurazione quantitativa dello stile impiegato dalle persone al fine dell'attribuzione di una dichiarazione scritta o orale a una determinata persona.

Il congiunto ricorrere della natura nuova o controversa e dell'elevato contenuto scientifico-tecnico pongono, per simili strumenti probatori, il problema se e come se ne possa consentire l'impiego nel processo per una corretta ricostruzione del fatto. Cioè a dire come parti e giudice (in un processo a struttura dialettica anche le parti, quali soggetti protagonisti della formazione della prova, sono coinvolte in questa tematica) ne possano dominare l'impiego nella fase di assunzione della prova e nella acquisizione dell'elemento di prova, nell'inferenza, da questo, del risultato di prova, nella determinazione della sua efficacia, nella decisione"

(Dominioni 2001, 1062).

Procedendo nelle proprie cadenze argomentative, la citata voce dottrinale individua nell'art. 189 c.p.p. la base normativa per regolamentare quel complesso di problemi che si pongono allorché sia richiesta l'acquisizione nel processo della "nuova prova scientifica".

"La norma [l'art. 189 c.p.p., appunto] ha dovuto registrare un'origine e un destino singolari, alimentati da un equivoco 'storico'. Essa si occupa della prova atipica, aprendo il catalogo legale a quella che perspicuamente è stata definita come 'atipicità temperata', e proprio su questo si schiude a tutta la sua ambiguità: per un verso, è opinione comune che la principale ragione d'essere della norma è di regolare l'ingresso nel processo della 'nuova prova scientifica'; per un altro verso, la norma è stata concepita nella relazione con il catalogo legale ('prova non disciplinata dalla legge'), quando, invece, si è visto, la 'nuova prova scientifica', vale a dire gli strumenti probatori scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, nulla ha a che vedere con la gittata normativa del catalogo legale. Le disposizioni dell'art. 189 c.p.p. vanno dunque ricomposte attraverso un'interpretazione analogica: come componenti tipiche dei 'mezzi di prova' disciplinati nel catalogo possono essere sostituite da componenti atipiche, cioè 'nuove' rispetto alla legge, a condizione che soddisfino i requisiti dettati per la prova atipica in tali disposizioni e, ancor prima, i principi del sistema; così 'nuove prove scientifiche', nell'accezione qui assunta, possono entrare nel processo in quanto su di esse, in fase di ammissione, si eserciti il vaglio del giudice delineato dall'art. 189 c.p.p.

Ad accomunare la dicotomica materia nella medesima disciplina sta, oltre che la primigenia *ratio legis* centrata sulle nuove risorse scientifico-tecniche, questo parallelismo: come sono 'nuove' le componenti atipiche rispetto alla legge, così sono 'nuovi' quegli strumenti probatori scientifico-tecnici rispetto all'esperienza giudiziaria.

Ne discende, dunque, che l'art. 189 c.p.p. si propone come norma-cardine per la 'nuova prova scientifica', in una consonanza assai significativa con la disciplina statunitense. L'idoneità probatoria del nuovo strumento scientifico-tecnico deve essere vagliato, anzitutto, nella fase di ammissione, in chiave di idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti (oltre che a non pregiudicare la libertà morale della persona: disposizione qui opportunamente ripetuta dall'art. 188 c.p.p.); inoltre il giudice, con il provvedimento positivo di ammissione, deve stabilire, nel contraddittorio delle parti, le modalità di assunzione: modalità eventualmente atipiche, che risultino necessarie per il suo corretto e affidabile uso processuale"

(Dominioni 2001, 1063).

In definitiva, la disciplina del procedimento probatorio relativo a mezzi gnoseologici qualificabili come "nuova prova scientifica", potrebbe ricavarsi dall'interpretazione analogica dell'art. 189 c.p.p.

7. I mezzi atipici di ricerca della prova. La posizione della dottrina.

Legislazione c.p.p. 189; 364

Bibliografia Nobili 1990 – Grevi 1991 – Nappi 1992 – Siracusano 1994 – Fortuna e Dragone 1995 – Bonsignore 1998 – Borrelli 2001

In una materia da sempre contrassegnata da “usi linguistici fluttuanti” nell’ambito dei quali – come visto nei paragrafi precedenti – non è certamente facile pervenire a risultati soddisfacenti sul piano della nomenclatura, il codice di procedura penale ha introdotto l’ulteriore distinzione fra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, della quale pure occorre tener conto.

Com’è noto, i mezzi di prova sono quelli previsti nel titolo II del libro III, cioè la testimonianza, l’esame delle parti, i confronti, le riconoscizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia e i documenti.

Sono mezzi di ricerca della prova, quelli previsti nel titolo III del libro III: le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

La distinzione tra le due categorie ha un duplice fondamento, logico e tecnico-operativo.

“Sotto il primo profilo, non si può infatti contestare che tutti i mezzi di prova si caratterizzano per l’attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili in sede di decisione. Al contrario, i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali o dichiarazioni dalle quali si può dedurre l’attitudine probatoria. L’ispezione mette capo all’acquisizione di un indizio, così come la perquisizione ed il sequestro possono condurre all’apprensione materiale di una *res* sulla quale si può fondare il convincimento del giudice. In maniera analoga opera l’intercettazione telefonica che consente di venire a conoscenza di dichiarazioni rilevanti per il processo.

Dal punto di vista tecnico-processuale, i mezzi di ricerca della prova si caratterizzano altresì in quanto mirando a far penetrare nel processo elementi che resistono all’indagine giudiziaria, si basano sul fattore sorpresa e non consentono perciò, per loro stessa natura, il preventivo avviso al difensore quando sono compiuti nella fase delle indagini (una importante eccezione è però costituita dagli atti di ispezione, per i quali l’art. [364] prescrive l’avviso si è infatti interpretata in tal senso la volontà del legislatore delegante, espressasi in una significativa modifica della direttiva 38, intervenuta nel passaggio del testo dalla Camera al Senato). La prova è in questi casi preconstituita non deve cioè essere formata nel processo, come per le testimonianze, le perizie e gli esperimenti giudiziali, etc. La cura del legislatore cade dunque pres

soché interamente sui modi di ricerca e di acquisizione e non sulle modalità di assunzione, come per gli atti appartenenti alla prima classe”
(Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1988, 59).

Come osservato esattamente da autorevole dottrina ~~che gli atti di ricerca della prova servono alla prova ma non al giudizio~~ (Siracusano 1994, 427). Ciò appare immediatamente comprensibile, se si considera che l'attività di ricerca della prova – solitamente prodromica a quella processuale – è diretta all'acquisizione di fonti di prova (ad es. documenti) o di elementi di prova (ad es. conversazione intercettata) che, se e in quanto concretamente immessi nel processo, produrranno una conoscenza rilevante per il processo stesso.

Orbene, nel silenzio della norma si è posto l'interrogativo circa la riferibilità dell'art. 189 c.p.p. anche ai mezzi di ricerca della prova. In sostanza, si è posto il problema circa l'ammissibilità non solo degli atti di ispezione, perquisizione, sequestro probatorio, intercettazione, ma anche di altre attività parimenti dirette alla ricerca della prova.

Più voci dottrinali estendono il concetto di atipicità anche ai mezzi di ricerca della prova. Tale conclusione si imporrebbe:

“sulla base dell'argomento relativo alla collocazione sistematica della norma: malgrado il riferimento della rubrica ai soli mezzi di prova, la previsione dell'art. 189 c.p.p. è infatti inserita tra le disposizioni generali – Titolo Primo – del Libro dedicato alle prove, il quale nel Titolo Secondo disciplina i mezzi di prova e nel Titolo Terzo tipizza i mezzi di ricerca della prova. Quale disposizione generale essa potrebbe dunque applicarsi tanto ai mezzi di prova, quanto ai mezzi di ricerca” (Bonsignore 1998, 1504; conf., ancorché implicitamente, Grevi 1991, 167).

“Riteniamo che le condizioni cui la norma subordina l'ammissione delle prove 'non disciplinate' forniscano sufficienti indicazioni per una ricerca della prova, attenta ai valori costituzionali ed alla tutela delle libertà fondamentali. Che il rispetto di tali condizioni valga, insomma, a compensare adeguatamente il difetto di tipicità del 'mezzo di ricerca della prova' in concreto richiesto. Sappiamo che queste condizioni: a) puntano sulla idoneità del 'mezzo' ad assicurare l'accertamento dei fatti; b) escludono iniziative in punto di prova, comunque pregiudizievoli alla libertà morale della persona; c) implicano l'intervento delle parti per organizzare le 'modalità di assunzione delle prove'” (Siracusano 1994, 428).

La questione circa l'ammissibilità di mezzi atipici di ricerca della prova, sembra rientrare nella più ampia problematica concernente l'ammissibilità o meno di attività di indagine non disciplinate dalla legge. E la dottrina ha esattamente rilevato l'estensione alle indagini preliminari delle disposizioni generali collocate nel titolo I del libro sulle

prove, e quindi anche dell'art. 189 c.p.p., che costituiscono un vero e proprio catalogo dei principi-guida da osservarsi in materia probatoria, come tali logicamente applicabili "all'intero arco del procedimento, anche in via analogica, fuorché nei casi in cui norme speciali dettate per le diverse fasi, o peculiari previsioni di legge, non le derogano" (Nobili 1990, 387; conf. Nappi 1992, 13; Fortuna e Dragone 1995, 341; Borrelli 2001, 2446).

7.1. L'orientamento della giurisprudenza.

Legislazione c.p.p. 189; 234

Le indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero non si esplicano soltanto con il ricorso agli atti tipici, cioè espressamente previsti e disciplinati dal codice, ma consistono pure di attività investigative prive di specifica disciplina legislativa, quando ciò sia richiesto dalle concrete esigenze del singolo procedimento.

Indicazioni favorevoli in tal senso provengono anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale ~~l'azione di prova atipica va intesa in senso ampio come comprensiva dei mezzi di indagine e di ricerca della prova non disciplinati espressamente dalla legge.~~ Ad esempio, la Suprema Corte annovera tra gli strumenti atipici di indagine le riprese con videocamera eseguite di nascosto dalla polizia giudiziaria.

"Anche se appare corretto affermare che le riprese visive (*rectius*, il risultato di esse) rientrano nelle prove documentali indicate nell'art. 234 comma 1° c.p.p. e che quindi è (astrattamente) consentita la loro acquisizione al fascicolo per il dibattimento, e la conseguente utilizzazione a fini probatori, è necessario rilevare che il codice si limita ad affermare la natura di prova documentale (del risultato) di tali riprese ma non regola né le modalità di acquisizione né disciplina le regole per la sua utilizzazione. Ciò, verosimilmente, perché il legislatore ha avuto di mira esclusivamente il documento cinematografico precostituito e non quello utilizzato come mezzo della prova o l'attività di ripresa costituente mezzo di ricerca della prova. Sotto questo profilo invece la ripresa visiva appare più correttamente inquadrabile tra le prove 'atipiche' (art. 189 c.p.p.) da intendersi in senso ampio come comprensivo dei mezzi di ricerca della prova e di mezzi di indagine non previsti dalla legge".

(Cass. 15.6.2000, Viskovic ed altro, CP, 2001, 2434; conf. ma solo con riferimento alla qualificazione delle riprese visive eseguite in luoghi pubblici: Cass. 21.1.1998, Greco, CP, 1999, 1188).

Ed ancora, con riferimento alle attività di osservazione, controllo e pedinamento:

“[L]e attività di osservazione, controllo e pedinamento svolte dalla polizia giudiziaria non sono intrusive della sfera privata, perché non limitano, diversamente dalle ispezioni, dalle perquisizioni e dai sequestri, diritti costituzionalmente garantiti e, in particolare, la libertà morale del controllato. Tali attività, che possono compiersi senza necessità di decreto autorizzativo dell'autorità giudiziaria, vanno inquadrare nel novero dei mezzi destinati all'acquisizione di prove non disciplinate dalla legge, espressamente consentite in forza del principio di libertà della prova di cui all'art. 189 c.p.p.”
(Cass. 7.7.1998, Pacini Battaglia, CP, 2000, 689).

Alle individuazioni fotografiche:

“L'individuazione fotografica costituisce prova atipica, in quanto non disciplinata dalla legge né collocabile nell'ambito della 'ricognizione', e legittimamente può essere assunta, se ritenuta dal giudice idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti, ai sensi dell'art. 189 cod. proc. pen.”
(Cass. 23.1.1995, Raciti e altri, C.E.D. Cass., n. 200338).

Alle registrazioni da parte di ufficiali di polizia giudiziaria di conversazioni non verbalizzate:

“La registrazione di una conversazione con un ufficiale di polizia giudiziaria, non verbalizzata quale escussione di persona informata sui fatti, costituisce mezzo di prova atipico, non disciplinato dalle vigenti disposizioni, sicché non può ritenersi inutilizzabile sol perché lo stesso ufficiale di polizia giudiziaria, chiamato a testimoniare, è stato interlocutore del teste diretto”
(Cass. 8.3.1996, Ascione ed altri, C.E.D. Cass., n. 204471).

8. Osservazioni conclusive sull'atipicità della prova.

Legislazione c.p.p. 189

Bibliografia Ricci 1999 – Dominioni 2001

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, evidenziano come sia ~~difficile elaborare una nozione di prova non disciplinata dalla legge caratterizzata da una valenza generalizzata.~~

Di grande interesse appare la prospettiva aperta recentemente dal Dominioni, che vede nell'art. 189 c.p.p. la norma-cardine per la regolamentazione del procedimento probatorio relativo alla “nuova prova scientifica”. In proposito, va però osservato come le disposizioni del-

l'art. 189 c.p.p., in questa precipua funzione, siano state sinora del tutto disattese, tanto dalla dottrina quanto dalla prassi giurisprudenziale.

Sembra trovare maggiori consensi la tesi di chi ritiene che il disposto dell'art. 189 c.p.p. possa essere:

“ragionevolmente esteso a qualsiasi mezzo utile all'accertamento dei fatti, ancorché non previsto dalla legge, purché non vietato espressamente nel caso specifico. Non v'è infatti nella norma alcunché che ne possa determinare la restrizione ai soli mezzi di prova di nuova formazione. Invero, ~~alcune prove non disciplinate dalla legge e, quindi, non comprese in ogni mezzo di indagine non escludono che possa apparire utile all'accertamento della verità, non si espressamente vietato nel caso concreto.~~ In tal senso, gli approfonditi studi effettuati dalla dottrina del processo civile sulle prove innominate, che hanno portato ad inserire in siffatta categoria tutte le risultanze che possono contribuire all'accertamento dei fatti indipendentemente dal loro carattere, può essere una chiave di lettura anche della norma dell'art. 189 c.p.p. e contribuire così all'approfondimento del problema nel campo del processo penale, nel quale l'istituto delle prove innominate non ha potuto beneficiare di studi altrettanto intensi”

(Ricci 1999, 608).

In definitiva, secondo l'indirizzo prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, l'atipicità *ex art. 189 c.p.p.* si presta a designare qualsiasi mezzo (di prova o d'indagine) – non disciplinato da norme processuali penali – funzionalmente destinato alla verifica di enunciati fattuali, purché non espressamente vietato nel caso concreto, ~~né il riferimento all'atipicità può essere escluso per le attività investigative, richiamando l'istituzione di "investigazione" e "prove" che caratterizza la fase delle indagini preliminari a confronto con il giudizio,~~ giacché la citata norma è portatrice di un principio generale, come tale logicamente applicabile anche alle attività (atipiche) aventi funzione probatoria compiute nella fase delle indagini preliminari.

Nei capitoli seguenti esamineremo le problematiche riguardanti l'acquisizione della prova atipica, nei suoi due momenti dell'ammissione e dell'assunzione.

Indi, si procederà ad illustrare alcune fattispecie probatorie ricondotte dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza nella categoria delle prove non disciplinate dalla legge.

o concetto di prova atipica non se applica ma fase di investigazione