

DIBATTITI

GIUSEPPE TABASCO

Le prove innominate

nel pensiero di Franco Cordero

L'Autore ricostruisce le osservazioni di Franco Cordero in tema di prove innominate, rilevando come le sue idee, elaborate nel vigore del codice di rito penale del 1930, abbiano trovato ingresso nell'architettura del codice vigente, a conferma della lungimiranza dell'insigne studioso piemontese.

The unnamed trials in the thought of Franco Cordero

The author reconstructs Franco Cordero's observations on unnamed evidence, noting how his ideas, developed during the 1930 Code of Criminal Procedure, have found their way into the architecture of the current code, confirming the foresight of the distinguished Piedmontese scholar.

SOMMARIO: 1. L'ammissibilità delle prove innominate. - 2. I criteri di ammissibilità delle prove innominate: a) l'idoneità all'accertamento dei fatti; b) la tutela della libertà morale della persona; c) la necessità di sentire le parti in merito alle modalità di acquisizione della prova atipica. - 3. Acquisizione delle prove atipiche e diritti fondamentali.

1. *L'ammissibilità delle prove innominate.* Le prove atipiche hanno costituito uno dei temi di maggiore interesse degli studiosi del processo. I profili essenziali della loro analisi sono stati individuati nella ammissibilità e, laddove ritenuta consentita, nella loro efficacia. Nell'ambito del processo civile l'intenso dibattito sulla loro legittimazione razionale¹ non si è contraddistinto per univocità di vedute. Infatti, ad una tesi restrittiva che, richiamandosi ad un implicito principio di tassatività, avrebbe voluto escludere l'ammissibilità delle prove atipiche, se ne è contrapposta un'altra che, viceversa, propende per

¹ Sulle prove atipiche, nel processo civile, senza pretesa di esaustività, cfr. ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990; CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss.; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2011, 693 ss.; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1922, I, 15, V, 327 ss.; MAERO, *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001; MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.; PATTI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 3-4; RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 1-522; Id., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 412 ss.; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 639 ss.;

l'ammissibilità delle prove innominate, sebbene con la condizione che ne venga limitata l'efficacia probatoria entro lo schema tipico delle presunzioni² o in quello degli argomenti di prova, di guisa che da sole non possano assumere l'autosufficienza decisoria della prova piena³. Fondamento dell'inammissibilità delle prove atipiche è stato ritenuto il carattere tassativo e non meramente

VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 35 ss.; ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 605-608.

² Sul tema, senza presunzione di esaustività, ANDRIOLI, *Presunzioni (dr. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 766 ss.; CARDOPATRI, *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 274 ss.; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2011, 505 ss.; DANOV, *Le presunzioni nel sistema delle fonti di prova e nei rapporti con la prova contraria*, in *Foro pad.*, 2006, I, 56 ss.; DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzionali*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 227 ss.; FABBRINI, *Presunzioni*, in *Dig. disc. civ.*, XIV, Torino, 1996, 279 ss.; PATTI, *Probatio e prae*sumptio*: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 476 ss.; ID., *Artt. 2721-2729*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2001, 77 ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1988, 43-44; RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1043 ss.; ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995; RUFFINI, "Argomenti di prova" e "fondamento della decisione" del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1329 ss.; SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.; SILIPO, *Le presunzioni come mezzo di prova*, Milano, 1973; TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83 ss.; ID., *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; ID., *La semplice verità*, Bari, 2009; ID., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 551 ss.; ID., *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1165 ss.; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXV ed., a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2021, 264-266; VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

³ Secondo MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 2012, 272, sebbene vengano utilizzate nel processo civile, le prove atipiche non sono delle vere e proprie prove e possono trovare soltanto un impiego marginale. Invece, VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 607-608, osserva che l'impiego di prove atipiche deve conformarsi a determinati criteri-guida: «a) ove l'indizio (mezzo di prova atipica) sia l'unica fonte probatoria, devono esserne attentamente valutate la precisione e la gravità e, in tal caso, esso non può prevalere non solo su di una prova vera e propria, ma anche su altri indizi in conflitto; b) l'utilizzazione dell'indizio non può essere la via per introdurre nel processo una prova altrimenti inammissibile [...]; c) tale utilizzazione non è consentita [...] quando sia la via per eludere i principi dell'immediatza e del contraddittorio; d) non è consentito di creare categorie di prove dotate di un'efficacia particolarmente intensa [...]; e) non è possibile fornire all'indizio valore probatorio maggiore di quello che il mezzo di prova avrebbe qualora fosse direttamente assunto nel processo». In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Foro it.*, 2010, I, 2684, ha ritenuto che la prova atipica possa fondare un indizio o una presunzione fino a costituire fondamento di una decisione; Cass., Sez. lav., 9 ottobre 2014, n. 21299, in *Mass. Uff.*, n. 632927, attribuendo efficacia alle prove atipiche, ha ritenuto che il giudice è libero di trarre dalle prove raccolte in altro processo (penale o civile) solo semplici indizi o prove piene; Cass., Sez. III, 1 febbraio 2023, n. 2947, in www.ilcaso.it, 28 aprile 2023, ha affermato che «in mancanza di una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento le prove "atipiche" (tra cui anche le risultanze di atti delle indagini preliminari svolte in sede penale) se idonee ad offrire sufficienti elementi di giudizio e non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze istruttorie, senza che sia configurabile la violazione del principio ex art. 101 c.p.c., dal momento che il contraddittorio sui mezzi istruttori si instaura con la loro formale produzione nel giudizio civile e la conseguente possibilità per le parti di farne oggetto di valutazione critica e di stimolare la valutazione giudiziale».

esemplificativo del catalogo legislativo dei mezzi di prova⁴. Inoltre, è stato palesato il contrasto dei mezzi di prova atipici con la riserva di legge contenuta nella Carta costituzionale a garanzia del giusto processo, la quale, quindi, includerebbe anche il procedimento di formazione e valutazione della prova⁵. Ulteriore critica alla teoria delle prove atipiche è stata l'assenza di contraddittorio nella loro formazione⁶, che avviene fuori dal giudizio senza la partecipazione di entrambe le parti, con la conseguenza che la decisione possa formarsi non già sul compendio probatorio formato nel contraddittorio delle parti ma su una scelta discrezionale del giudice che seleziona il materiale probatorio⁷.

Viceversa, l'ammissibilità della prova atipica è stata desunta, in special modo, dalla mancanza di una norma di chiusura nella categoria delle prove, o comunque di un principio inteso ad escludere il potere del giudice di servirsi di prove atipiche nell'accertamento dei fatti⁸; nonché dalla presenza nel sistema normativo dell'indizio, che ha di per sé struttura intrinsecamente atipica⁹.

⁴Così GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1305, per il quale tutti i mezzi naturali di controllo sono considerati nel sistema: dalle prove storiche documentali e testimoniali alle prove critiche.

⁵In tal senso CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 53.

⁶Rilievo che non va assolutamente sottovalutato a parere di SICILIANO, *Le prove atipiche nell'attualità del processo civile*, in *Judicium*, 26 febbraio 2025, 3.

⁷Secondo CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 52, «se si ammettesse l'utilizzabilità di prove atipiche si lascerebbe al giudice di stabilire discrezionalmente se nel caso sottoposto al suo esame debba prevalere l'obiettivo della formazione del convincimento giudiziale o altri valori altrettanto rilevanti».

⁸Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 270-272, il quale osserva che «in un ordinamento [...] nel quale sia configurato un sistema probatorio "chiuso" - *numerus clausus* di (tipici) mezzi di prova - la norma che assume valore fondamentale e determinante è quella che pone, appunto, quella chiusura, escludendo *a priori* ogni effetto probatorio di quegli atti, fatti, cose o argomenti, che, pur non essendo specificamente configurati come prove dalla legge, potrebbero tuttavia, nel caso concreto, essere in grado di esplicare un più o meno penetrante influsso sul convincimento del giudice laddove vigesse effettivamente il principio del libero convincimento giudiziale». Pertanto, a parere dell'Autore, l'impiego delle prove fuori catalogo è ammesso proprio perché nel nostro ordinamento manca tale norma di chiusura, così come si desume oltre che da specifiche disposizioni, quale l'art. 2729 c.c., anche dalla stessa affermazione di principio contenuta nell'art. 116 del medesimo codice. In merito alla mancanza della norma di chiusura in parola, LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit. 311, osserva che anche nel codice di rito civile del 1865 la enunciazione dei mezzi di prova non era accompagnata da una norma che ne dichiarasse la tassatività. Più di recente, anche, CHIAROLINI, *Riflessioni sui limiti del giudicato di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 835, ricava l'ammissibilità delle prove atipiche dall'assenza nei nostri codici di una «regola di tassatività» dei mezzi di prova previsti.

⁹L'opinione è di TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 389, per il quale il valore degli indizi avrebbe avuto l'effetto di consentire l'introduzione nel processo di ogni elemento avente idoneità

Tuttavia, è stato obiettato che, così opinando, verrebbe escluso ogni valore alla disciplina normativa dei mezzi di prova tipici, perché si potrebbe legittimamente prescinderne¹⁰. Peraltro, è stato rilevato che il problema non consiste nella tassatività del repertorio legale, bensì nella verifica della essenzialità e inderogabilità di taluni requisiti e condizioni previsti dalla legge per l'ammissione e l'assunzione della prova, giacché la funzione che si può riconoscere a un catalogo delle prove è la delineazione in forma sintetica della disciplina dell'istruzione probatoria vigente in un determinato ordinamento, alla quale il giudice dovrà fare riferimento per decidere di volta in volta se fondare il proprio convincimento anche su elementi non contemplati espressamente dalla legge¹¹. Quanto all'idea che dall'indizio possa derivare l'ammissibilità delle prove innominate, è stato osservato che non è esatto attribuire alla prova indiziaria il carattere della atipicità perché non si può parlare di atipicità sia con riferimento all'indizio che con riferimento al ragionamento presuntivo, ossia la inferenza che consente di pervenire al fatto ignoto. Infatti, nel primo senso, l'atipicità è esclusa perché il fatto secondario, al di fuori dei casi del notorio e della non contestazione, non può essere acquisito al processo se non attraverso fonti di prova tipiche. Il ragionamento presuntivo, invece, è da ritenersi tipico e non già

probatoria, nonché di escludere «ogni regola di tassatività che non risult[asse] positivamente e specificamente enunciata».

¹⁰ Per tale rilievo, CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 691-692, per il quale non si potrebbero giustificare le deviazioni dallo schema legale di assunzione delle prove sulla base della nozione di atipicità, poiché ciò equivarrebbe a considerare le norme sull'istruzione non come regole precettive, ma solamente come un «corpus di paterni suggerimenti forniti dal legislatore agli avvocati e ai giudici intorno ai metodi più efficaci e meglio collaudati dalla tradizione per provare ad accertare in giudizio i fatti controversi». Sul punto cfr., anche, GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e atipiche nel processo civile*, cit., 708, il quale ritiene che ammettere l'utilizzabilità di prove atipiche, da parte del giudice, «per maturare il proprio convincimento in punto di fatto, equivale ad ammettere che il modello legale di formazione della prova non ha carattere imperativo, ma può sempre essere unilateralmente sostituito con altri schemi procedurali scelti *ad libitum* e unilateralmente da ognuna delle parti».

¹¹ In tali termini, ancora, CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 691, 692 e 697, il quale osserva come «non si comprenda che senso abbia parlare di chiusura o di apertura di un qualsiasi repertorio legale, quando non si sia preliminarmente verificata l'omogeneità logica degli elementi che lo compongono» e ritiene che alla mancanza di una norma di esclusione delle prove atipiche non consegua il potere del giudice di utilizzare per l'acquisizione del materiale probatorio mezzi diversi da quelli previsti dalla legge, sia perché gli strumenti probatori previsti dal legislatore esauriscono il catalogo di ogni ipotizzabile fonte di prova sia perché non è immaginabile che in assenza di una norma di chiusura il giudice, per pervenire al più compiuto accertamento dei fatti, possa allestire una seduta spiritica oppure sottoporre le parti alle antiche prove dell'acqua e del fuoco.

intrinsecamente atipico, essendo l'unico ad essere specificamente disciplinato, attraverso l'art. 2727 del codice civile.

Ulteriori fondamenti all'ammissibilità delle prove atipiche nel processo civile sono stati individuati, dalla dottrina, nella natura documentale delle stesse¹², nel diritto alla prova¹³, e nel principio del libero convincimento del giudice¹⁴.

In realtà, pur non potendosi evincere un unico criterio elettivo per l'ammissibilità delle prove atipiche¹⁵, non v'è dubbio che esse, nell'ambito del processo civile, possano contribuire ad integrare l'enunciato fattuale su cui si

¹² Secondo CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudicato di fatto nel processo civile*, cit., 834, le prove innominate hanno natura documentale e, pertanto, appare incongruo proporre la questione circa la loro ammissibilità, in quanto come documenti esse potrebbero essere acquisite al processo con il mero deposito, mentre il giudizio di ammissibilità e rilevanza dovrebbe essere circoscritto alle sole prove costituende.

¹³ Appare evidente che la teoria della tassatività dei mezzi di prova contrasti con il diritto alla prova, in quanto è da ritenersi prova ogni dato empirico utile all'accertamento del fatto e non solo quello previsto e disciplinato dal legislatore. La dottrina che sostiene la generale ammissibilità delle prove atipiche si fonda, perciò, sulla cosiddetta funzione epistemica del processo, che fa discendere l'ammissibilità di una prova dalla sua rilevanza, costituendo ogni limitazione delle prove un *vulnus* alle possibilità per il giudice di conoscere il fatto. A tal proposito, osserva TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 145, che «Le norme che riguardano la selezione preliminare delle prove riguardano [...] l'ammissibilità delle prove, ma si tratta in realtà di regole di esclusione di prove che, in mancanza di queste regole, dovrebbero essere ammesse in quanto rilevanti. In effetti, tutte le prove rilevanti dovrebbero essere ammesse, salvo che [...] una prova rilevante debba essere esclusa sulla base di una norma specifica che lo preveda. La regola fondamentale, che va applicata con priorità logica, è quella che fa discendere l'ammissibilità di una prova dalla sua rilevanza; le eccezioni a questa regola sono costituite dalle norme che prevedono la inammissibilità di prove rilevanti». Sul punto cfr., anche, LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2024, 88, il quale rileva che «il legislatore in concreto prevede tutti i mezzi di prova astrattamente idonei. Pertanto il principio di tipicità della prova di fatto non esclude strumenti probatori che potrebbero essere utilmente utilizzati, ma esclude quei mezzi di prova che, secondo la *communis opinio*, non sono attendibili»; e RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 223, il quale ritiene che l'ammissibilità delle prove non previste dalla legge «risulta confermato da un triplice ordine di elementi: a) dalla circostanza che il principio dell'accertamento della verità effettiva si riconferma come un sicuro scopo anche del processo civile; b) dall'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'indizio come prova; c) dal riconoscimento del diritto alla prova garantito dall'art. 24 Cost., che deve consentire alle parti di potere utilizzare ogni mezzo di indagine che in concreto appaia rilevante per l'accertamento dei fatti di causa, purché non sia escluso da specifiche disposizioni di legge».

¹⁴ Il richiamo a tale principio non sembra condurre ad una soluzione soddisfacente del problema, in quanto esso attiene alla valutazione della prova e ha ben poco a che fare con il problema dell'ammissibilità delle prove non previste dalla legge. In tali termini TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 392, il quale, partendo dall'assunto che il richiamo al principio del libero convincimento altro non possa significare se non assenza di predeterminazione normativa circa l'efficacia delle prove atipiche, perviene alla conclusione che l'argomento finisce per essere superfluo dato che le prove atipiche per definizione non rientrano in alcuna previsione espressa. Nello stesso senso RICCI, *Le prove atipiche*, 121-123, il quale osserva che il principio della libera convinzione e quello della ricerca della verità oggettiva operano su piani completamente differenti, riferendosi il primo esclusivamente alla valutazione della prova e non alla sua acquisizione. Di contrario avviso CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1936, 746, che ammetteva le prove atipiche, considerando il fenomeno come una diretta manifestazione del principio del libero convincimento del giudice, ed affermando che tutte le prove, la cui valutazione non viene regolata dalla legge, vengono valutate secondo l'esperienza del giudice.

¹⁵ Così SICILIANO, *Le prove atipiche nell'attualità del processo civile*, cit., 2, per il quale «Non sussiste [...] un'unica ragione privilegiata per legittimare l'ammissione delle prove atipiche che appare supportata, al contrario, da un criterio misto frutto della compresenza di diversi fattori».

fonda la decisione in concorso con altri dati probatori, purché da questi ultimi vengano confermate o non smentite. Tali condizioni consentono che siano rispettati i requisiti di ammissibilità che scaturiscono dai principi costituzionali del «giusto processo». Ne consegue che, laddove la disciplina normativa ordinaria rispetti le garanzie minime del «giusto processo», non è possibile ritenere incompatibili con i principi costituzionali i modelli processuali nei quali la decisione circa l'ammissibilità, l'acquisizione e la valutazione di prove diverse da quelle espressamente disciplinate dalla legge, sia demandata ai poteri discrezionali del giudice¹⁶.

Venendo al processo penale, merita di rilevare che, nel vigore del codice di procedura penale abrogato, la alternativa tra principio della tassatività e principio della libertà dei mezzi di prova costituiva uno dei più tormentati problemi che affaticava dottrina e giurisprudenza, determinando aspre contrapposizioni. La questione, in altre parole, consisteva nella soluzione del quesito circa la sussistenza o l'assenza di regole processuali che proibissero oppure consentissero l'impiego nel processo di qualsiasi mezzo di prova, nonostante esso fosse stato assunto in modo irruale o violando, addirittura, specifici precetti normativi¹⁷. Un primo argomento richiamato a sostegno del principio della libertà della prova era la ricerca della verità materiale, che si fondava sulla contrapposizione fra processo civile e processo penale. In considerazione che nel processo penale sono in gioco interessi pubblici che non ammettono lesioni, in virtù del comportamento processuale delle parti, veniva

¹⁶ Tale condivisibile opinione è di COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 63-64. In giurisprudenza, di recente, per l'ammissibilità della prova atipica, cfr. Cass., Sez. III, 16 aprile 2025, n. 9957, in www.olympus.uniurb.it, 16 aprile 2025, secondo cui «il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche, come quelle raccolte in un altro giudizio [...], fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova (*ex alii*, Cass. 20/01/2015, n. 840; Cass. 10/10/2018, n. 25067). Sono dunque liberamente apprezzabili dal giudice civile, quali prove atipiche, anche le prove assunte nel precedente processo penale, se rifiuiscono ritualmente, quali prove preconstituite, nel giudizio civile risarcitorio, e tra queste, ovviamente, anche le sentenze pronunciate nell'ambito di quel processo, le quali – a prescindere dai limiti entro i quali è attribuita formale efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno alle sentenze di condanna e di assoluzione emesse in dibattimento (artt. 651 e 652 cod. proc. pen.) – possono essere dedotte dal danneggiato-attore come mezzi di prova documentale atipici liberamente apprezzabili dal giudice, in funzione della dimostrazione (non già del reato, bensì) dell'illecito civile attribuito all'ex imputato, ora convenuto».

¹⁷ Così MELCHIONDA, *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano 1997, 854.

affermato che in esso vigesse il principio della verità materiale, diverso dalla verità formale perseguita, dal legislatore, nel processo civile. Di tal guisa, l'assoluta libertà del giudice ad acquisire al processo qualsiasi elemento idoneo a conseguire la verità materiale sui fatti oggetto dell'accertamento¹⁸. Tuttavia, a tale conclusione veniva contrapposta, da un lato, la considerazione che non fosse umanamente concepibile né istituzionalmente esatto che il meccanismo processuale fosse predisposto per accettare la verità assoluta; dall'altro, che la libertà d'indagine, priva di limiti e di controlli, sarebbe facilmente tralignata nell'arbitrio. La tassatività dei mezzi di prova veniva, perciò, ritenuta l'unico rimedio per ovviare a tale pericolo¹⁹. Principio che poneva al giudice istruttore un limite invalicabile, negandogli la possibilità di introdurre nel processo mezzi di prova diversi da quelli espressamente contenuti nel catalogo legale e che, peraltro, non contrastava con la ricerca della verità materiale, giacché la previsione di un tassativo catalogo legale dei mezzi di prova non era finalizzato a porre un freno alla ricerca della verità ma a salvaguardare la correttezza gnoseologica della formazione della prova.

¹⁸ Così FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, 131 ss., che articolava il principio della libertà delle prove con riferimento all'oggetto della prova e ai mezzi di prova. Quanto al primo, l'Autore affermava che «dentro i limiti segnati, il criterio direttivo che dal punto di vista sostanziale regge l'oggetto di prova è oramai la libertà dello stesso»; quindi, le limitazioni al principio «debbono essere enunciate nella legge, in quanto essa escluda certi fatti dall'orbita della prova, tolga ad essi in modo assoluto o relativo l'attitudine di essere processualmente provati». In merito ai mezzi di prova, invece, osservava che «Il principio della verità materiale, che nel processo rifugge e rappresenta il fondamento del sistema delle prove; il criterio del libero convincimento che di questo sistema è l'anima, lo spirito vivificatore, traggono insieme alla conclusione che i mezzi di prova non possono essere rinserrati in un elenco chiuso ed infrangibile. Qui si afferma il principio della libertà dei mezzi di prova».

¹⁹ Così LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1986, 447-448, per il quale «nessuno si sogna di sostenere che solo perché il giudizio penale mira all'accertamento della verità (d'altronde anche il giudizio civile mira allo stesso fine) non siano necessari né vincolanti forme e termini. Del pari, non è possibile sostenere che per la più spiccata direzione del procedimento penale all'accertamento della verità materiale si debba consentire la prova di fatti e di circostanze di nessuna utilità per tale indagine oppure si debba consentire al giudice di ricorrere a strumenti di acquisizione delle prove che il codice non prevede e di fronte ai quali le parti non si trovino garantite. [...] Bisogna rigidamente ancorarsi invece al principio di tassatività dei mezzi di prova anche per evitare di indulgere a nuovi strumenti di accertamento della verità che ripugnano al nostro senso morale ovvero sono in aperta violazione della dignità della persona umana, ma che non troverebbero sempre nella Costituzione, nel codice o in altre leggi una sicura esclusione». Anche CONSO, *La natura giuridica delle norme sulle prove nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 7, affermava la tassatività dei mezzi di prova, muovendo dall'assunto che, in virtù dell'art. 24 cpv. Cost., le norme sulle prove penali sono norme di garanzia, che non consentono prove non previste dalla legge né «applicazioni analogiche». Peraltro, sosteneva che l'accertamento della verità materiale dovesse significare solamente che il giudice ha il potere di disporre d'ufficio le prove previste dalla legge, non che egli potesse ricercare liberamente le prove fino ad escogitare forme non espressamente previste dal legislatore.

Un ulteriore argomento a sostegno del principio di libertà della prova veniva individuato nel libero convincimento del giudice²⁰, che, svincolato da regole restrittive, consentiva al giudice di servirsi di qualsiasi mezzo di prova e così di superare ogni irregolarità verificatasi nel corso dell'acquisizione della prova, se non espressamente sanzionata.

Tuttavia, anche nell'ambito della dottrina processualpenalistica, il ragionamento non andava esente da critiche. Anzitutto, come nella dottrina processualcivilistica, veniva rilevato che il principio del libero convincimento attiene al momento valutativo della prova e non va confuso con il principio di libertà dei mezzi di prova²¹. Inoltre, veniva osservato che esso è libero nell'ambito del processo, laddove è contenuto soltanto ciò che può esservi legittimamente introdotto. In altre parole, quanto più ampio è il potere discrezionale del giudice nella valutazione della prova, tanto più rigorosi debbono essere i limiti che gli sono imposti nella scelta del materiale probatorio oggetto della sua valutazione, affinché la libertà di indagine del giudice non degeneri in arbitrio e dispotismo, e possa trasformarsi in uno strumento di vessazione dell'imputato²², ed il libero convincimento non venga utilizzato quale

²⁰ Osserva MARCOLINI, *Prove atipiche*, in *Euc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, 696, che «Fortemente radicato nella tradizione giuridica continentale, il principio del libero convincimento trae invece le proprie origini dalla reazione illuministica al complesso sistema di prove legali, che vigeva negli ordinamenti di *ancien régime*, ed ha come diretto destinatario il giudice, il quale una volta che abbia a disposizione le prove nel proprio orizzonte valutativo, resta libero di attribuir loro maggiore o minore persuasività, assoluta e reciproca, con l'obbligo di rendere conto nella motivazione delle operazioni svolte». Sul principio, per tutti, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, opera risalente, ma sempre attuale.

²¹ Sul, punto cfr. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 447, il quale riteneva che il principio fosse insussistente, trattandosi di un errore di prospettiva, consistente «nel confondere il principio del libero convincimento del giudice col preso principio della libertà delle prove; il primo, di generale accettazione, pur non essendo esplicitamente consacrato nel codice, riguarda il potere del giudice di sottoporre alla più libera (ma non incontrollata) critica le prove portate al suo giudizio; il secondo riguarda le cose da provare e gli strumenti con cui la prova viene acquisita». Nello stesso senso ZAPPALA, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 115, per il quale il principio del libero convincimento attiene al potere del giudice di valutare liberamente le prove sottoposte al suo giudizio; mentre il principio della libertà dei mezzi di prova attiene alle modalità e agli strumenti del procedimento probatorio e quindi alla struttura stessa del processo penale.

²² A tal proposito, merita di riportare quanto ritenuto, ancora, da LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 448, il quale affermava che il principio di tassatività dei mezzi di prova «vale a garantire le parti nei loro diritti di difesa, mettendole di fronte a ben congegnati strumenti processuali nei quali i mezzi di prova trovano consistenza».

grimaldello per introdurre nel processo qualsia mezzo di prova, anche irruzialmente acquisito²³.

Franco Cordero osservava che nei sistemi inquisitorii vige un certo «amorfismo» delle prove, giacché, in ossequio al principio di autorità, la verità va accertata ad ogni costo²⁴ e, pertanto, non vi sono vincoli all'ammissibilità della prova, talché la mancanza di limiti cognitivi e, pertanto l'assenza di regole prestabilite, comporta che il principio del libero convincimento del giudice acquisti un peso smisurato al punto da costituire una «vorace potenza superlogica che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo»²⁵. Viceversa, nei sistemi accusatori la materia delle prove è specificamente regolata, in quanto non conta la verità comunque scovata ma soprattutto il metodo probatorio attraverso il quale si perviene alla verità²⁶.

²³ Tale pericolo veniva paventato da MELCHIONDA, *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, cit., 854. Del pari, DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1268, osservava come il principio del libero convincimento avesse rappresentato per due secoli il grande artifizio attraverso il quale una giurisprudenza basata su un avventuroso criterio teleologico nell'interpretazione delle norme processuali avesse recuperato e utilizzato - nel processo - prove acquisite *contra legem* determinando, così, l'abolizione di fatto di quasi tutte le regole di esclusione delle prove. Più di recente, PROCACCINO, *Prove atipiche*, in *La prova penale*, Trattato diretto da Gaito, I, Torino, 2008, 266, osserva che, evidentemente, il Progetto di riforma del codice di procedura penale del 1978, steso in forza della prima legge delega per l'adozione di un nuovo codice di rito (l. 3 aprile 1974, n. 108), sposava il principio di tassatività delle prove «con l'intento di presidiare le garanzie dell'imputato attraverso una calibrazione preventiva dei mezzi di prova e delle relative modalità acquisitive. Ciò anche sulla scorta delle preoccupazioni destate dallo sviluppo di una prassi incline a introdurre nel processo prove illegittimamente acquisite sotto l'etichetta della atipicità sviluppatisi sotto la vigenza del codice Rocco soprattutto grazie alla copertura dell'art. 299 c.p.p., che rappresentava, come noto, il grimaldello dei poteri istruttori del giudice in forza del principio generale che votava il processo penale alla ricerca ed all'accertamento della verità, anche grazie all'elasticità del canone del libero convincimento giudiziale».

²⁴ CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano 2012, 603 e 607, «[...] la prova è fenomeno legalmente amoro. Tende a esserlo anche nei sistemi sviluppati dalla rivoluzione inquisitoria duecentesca: al tecnocrate delle terapie sociali ripugnavano i limiti cognitivi; dove gliene impongano, li erode, congenitamente illegalista; conta la verità, comunque scovata». Anche nell'antica Roma l'amorfismo del fenomeno probatorio era presente, a causa del diffondersi della retorica greca, di guisa che «le questioni sulla prova evadevano dal giuridicamente definibile». Tuttavia, a partire dal secondo secolo la prova comincia a diventare «operazione giuridica, da esercizio retorico qual era. La metamorfosi è misurabile su quanto racconta Aulo Gellio: *iudex privatus* in una causa de *petenda pecunia*, non s'era arrischiato ad accogliere la domanda, sebbene fosse moralmente certo, perché mancava una *"solemnis probatio"*». Peraltra, l'Autore, richiamando TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 140 ss.; e PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 1960, 395, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 64, nota 159, evidenzia la differenza con il processo formulare romano, laddove vige «il disinteresse per il giudizio di fatto, [il quale] ispira la regola dell'assoluta libertà nella scelta dei mezzi di persuasione [...]».

²⁵ CORDERO, *Diatrype sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 201.

²⁶ Così CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 45, nota 105, il quale osserva che «se la perfezione è la misura massima che sia consentita allo sforzo di perfezionarsi, il verdetto ingiusto riesce meno intollerabile, quando si è dato fondo a tutte le possibilità probatorie: anche nel processo, conta più la caccia della preda». Secondo DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 8, la massima

Ne consegue l'imposizione di forme, la regolamentazione dell'ammissibilità della prova, che evoca la valutazione preventiva sotto cui cade ogni prova, e dell'acquisizione, la previsione di divieti probatori e delle forme di invalidità. In tali sistemi, quindi, il principio del libero convincimento incontra dei limiti che ineriscono sia alla valutazione di ammissibilità della prova che all'acquisizione²⁷. Infatti, «una valida ammissione della prova è requisito di validità dell'acquisizione; ciò che si è invalidamente acquisito, non riveste rilevanza processuale»²⁸.

In tale prospettiva, secondo l'illustre studioso, la prova è ammisible ognqualvolta nessuna norma la escluda e, già nel vigore del codice di rito penale abrogato, i procedimenti probatori previsti dalla legge non componevano un numero chiuso, perché le norme in materia probatoria non escludevano una applicazione analogica e, pertanto, non era precluso che in qualche singolo caso fossero ammesse tecniche probatorie non specificamente ammesse.

Il concetto veniva chiarito con un esempio. L'art. 360 del codice di rito penale abrogato prevedeva la sola ipotesi della cognizione di persone. Tuttavia, ciò

sta «a sottolineare come il metodo di formazione costituisce l'anima del problema». MARCHESE, *Sulla verità come caccia. Note su verità e conoscenza nell'opera di Franco Cordero*, in questa Rivista (web), 2025, 2, 31, osserva che l'insigne Autore «Da una parte, ha lavorato alla definizione di una concezione della conoscenza processuale adeguata da affiancare alla nozione di verità semantica, dall'altra non ha rinunciato a suggerire una ricomposizione tra verità e verosimiglianza e a proporre una metafora suggestiva e provocatoria: quella della verità come caccia. Tali ultime tesi sono velate da ambiguità epistemiche e ontologiche ma colgono qualcosa di interessante: la complessità della conoscenza processuale e il suo successo incerto. Si caccia qualcosa che non siamo certi di afferrare». Come noto, l'illustre Autore, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale. Convegno di studi Enrico De Nicola IV*, Lecce 1-2-3 maggio 1964, Milano, 1965, 62, prediligeva il sistema accusatorio e criticava, invece, il sistema misto, sostenendo che «gli opposti non si lascino conciliare». Infatti, il sistema misto, ritenuto «punto ideale di equilibrio» tra inquirento e accusatorio, prevedendo una istruttoria segreta e scritta, implica il rischio che si risolva in una «finzione di procedimento accusatorio», laddove sia data, al giudice, la possibilità di decidere sulle prove che si sono formate segretamente prima del dibattimento che così diviene un mero «simulacro». Per tale rilievo vedi BACCARI, *Il diritto delle prove penali secondo Cordero: uno sguardo di sintesi*, in *Corderiana*, a cura di Catalano-Ferrua, Torino, 2023, 152.

²⁷ A tal proposito, CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 64, osserva che «con assai ampia approssimazione» si possono individuare, con riferimento al principio del libero convincimento del giudice, alcuni stadi nell'evolversi degli ordinamenti processuali. Dall'epoca romana, in cui «la prova è una figura non tanto logica quanto retorica»; e «il convincimento è libero, perché sovrannamente libera è la scelta dei mezzi per formare il giudizio storico [...]. Poi si sviluppano regole legali d'esclusione (di qui il concetto di ammissibilità) ed altre, che prestabiliscono e graduano il valore dei dati probatori. Infine, mutato l'ambiente culturale, decadono questi ultimi vincoli tranne poche figure superstite; ma ormai il canone del libero convincimento è contenuto in una sfera sensibilmente più angusta di quella primitiva: per un verso, opera il limite delle valutazioni d'ammissibilità; per l'altro, la formazione della prova è giuridicamente regolata; l'imperfezione dell'atto preclude l'uso del risultato probatorio».

²⁸ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 64.

non escludeva che la medesima operazione potesse essere eseguita al fine d'identificare una voce. Come noto, il codice di rito penale vigente prevede espressamente di utilizzare la ricognizione anche al fine di identificare una voce o un altro suono, recependo l'idea corderiana dell'apertura analogica²⁹. E l'art. 189 costituisce una decisiva apertura alla possibile ammissione di prove «non disciplinate dalla legge»³⁰. Sembra, infatti, che il legislatore abbia operato una scelta intermedia tra libertà e tassatività dei mezzi di prova: da un lato, ha riconosciuto «la possibilità di inoculare nel compendio probatorio valutabile dal giudice anche la prova atipica»³¹, per consentire l'acquisizione di nuovi ritrovati scientifici e tecnologici in grado di allargare sempre più lo spettro dell'investigazione; dall'altro, ha fissato per legge le condizioni cui è subordinata la loro ammissibilità nel processo³².

²⁹ A parere dell'illustre studioso piemontese, anche l'art. 189 nasce dal vecchio riferimento analogico. Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 619.

³⁰ Nel senso dell'abbandono del principio di tassatività della prova nel vigente codice di rito penale, cfr. PIERRO, *Le Prove*, in *Il giusto processo*, 1991, 9/10, 68, per il quale la difficoltà della risoluzione della *quaestio facti* è la spiegazione più pregnante dell'abbandono del principio di tassatività delle prove; e TONINI, *La prova penale*, Milano, 2000, 92, per il quale il codice non impone la tassatività dei mezzi di prova; al contrario, consente che possano essere assunte prove atipiche, cioè non regolamentate dalla legge.

³¹ MARCOLINI, *Prove atipiche*, cit., 696.

³² Così la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in G.U. 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 258, 60, «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 regolare 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». In dottrina, AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 3, sostiene che il nuovo codice di rito penale abbia imboccato una strada intermedia fra tassatività e libertà dei mezzi di prova, realizzando un sistema probatorio a struttura flessibile, capace cioè di dare ingresso a nuovi strumenti di convincimento proposti dall'evoluzione tecnologica, ammissibili, ad istanza di parte, solo quando ne sia accertata in concreto la oggettiva attendibilità sul piano dei risultati e la mancanza di qualsiasi attitudine lesiva con riguardo alla libertà morale della persona. Come già esposto, il Progetto di nuovo codice di procedura penale del 1978 sposava espressamente, all'art. 179, il principio di tassatività dei mezzi di prova. Per CORDERO, *Procedura penale*, cit., 615, «L'elenco tassativo, con il corollario che siano vietate le "non previste dalla legge", era un punto malriuscito nel Progetto [...]».

Le riflessioni che seguiranno non prenderanno in considerazione le molte idee dell'insigne Autore che hanno trovato ingresso nel paradigma accusatorio da egli tanto auspicato, bensì soltanto quelle elaborate in tema di prove innominate³³.

2. I criteri di ammissibilità delle prove innominate. In virtù del principio di legalità della prova, che costituisce una delle scelte fondamentali del vigente codice di rito penale, la prova, sia tipica che atipica, può essere utilizzata nel processo solo se formatasi nel rispetto delle prescrizioni legislative. Pertanto, al fine di garantire l'effettività di tale principio, il legislatore ha rigidamente disciplinato il procedimento di formazione sia delle prove tipiche che di quelle atipiche, prescrivendo una serie di limiti alla loro ammissione ed acquisizione³⁴, il cui rispetto è condizione indefettibile perché esse possano essere utilizzate nel processo. A tal proposito, Franco Cordero osserva che «Il fenomeno probatorio si scinde in due aspetti: uno soggettivo, legato a cose od a persone, delle quali si dispone nel processo secondo le prescrizioni della legge; l'altro confinato nel mondo interiore dell'*homo judicans*. [...]; nel primo stadio si acquisisce e nel

³³ Sulle prove non disciplinate dalla legge nel processo penale, senza pretesa di esaustività, cfr. ADORNO, *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 885-927; CAMON, *La fase che "non conta e non prova": indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 425 ss.; CONTI, *Art. 189*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, VI ed., Milano, 2023, 2601-2622; DI PAOLO, *Prova informatica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 736-762; DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, 2008, 976-998; GRIFANTINI, *Art. 189*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati-Giuliani, III ed., Milano, 2020, 739-745; LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002; LORUSSO, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, Trattato diretto da Gaito, cit., 295-343; MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 768 ss.; ID., *Prove atipiche*, cit., 695-706; NOBILI, *Art. 189*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 398 ss.; ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992; PANSINI, *Art. 189*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, I, Milano, 2008, 1423 ss.; PROCACCINO, *Prove atipiche*, cit., 265-293; RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 523-651; RIVELLO, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 2014; SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 27-28; SCALFATI, a cura di, *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019; TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove «atipiche» tra teoria e prassi*, Napoli, 2011; UBERTIS, *Prova: II) Teoria generale del processo penale*, in *Enc giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, 2 ss., ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982.

³⁴ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 611, osserva che i due termini «Ante riforma erano meno discernibili: dove l'impulso istruttorio scatti *ex officio*, l'ammissione è spesso involuta nell'acquisizione; appare distinta solo quando sia controversa l'ammissibilità, specie rispetto alle prove offerte da una parte (ad esempio, art. 466^c cod. 1930: "il presidente...può ordinare la lettura, nel momento che ritiene opportuno...d'ogni documento presentato dal pubblico ministero [o] dalle parti private e previamente ammesso")».

secondo si valuta la prova³⁵. Tuttavia, prima di procedere all'acquisizione della prova, è necessario che essa sia ammessa. Infatti, l'istruzione probatoria si scomponete in due elementi: «una pronuncia a carattere decisorio-processuale, in cui consiste il provvedimento d'ammissione, e un'operazione, più o meno complessa, con cui la prova è formata o introdotta nel processo. [...] Ammissione e acquisizione sono i termini consecutivi e giuridicamente concatenati d'una figura complessa, alla quale si addice la denominazione "procedimento": ammessa la prova, sorge a carico del giudice il dovere d'acquisirla»³⁶. L'ammissione implica che l'organo giurisdizionale valuti preventivamente la sussistenza di una serie di requisiti che la legge pone come condizioni di ammissibilità della prova. Essa, però, pur essendo condizione indefettibile per l'acquisizione di ogni prova, non si sviluppa secondo un *iter* unitario, perché il codice prevede presupposti e modalità diversi a seconda che debba essere ammessa una prova tipica oppure una prova innominata. Come noto, i requisiti di ammissibilità della prova tipica sono costituiti dalla legalità, dalla pertinenza e dalla rilevanza. Viceversa, per le prove atipiche, l'art. 189 c.p.p. pone tre limiti per l'ammissione, due di natura sostanziale: l'idoneità all'accertamento dei fatti e il rispetto della libertà morale della persona; e uno di natura processuale: la necessità di sentire le parti in merito alle modalità di acquisizione.

a) *L'idoneità all'accertamento dei fatti.* Per le prove tipiche l'idoneità all'accertamento dei fatti è una valutazione che è stata già effettuata dal legislatore nel momento in cui le ha inserite nel catalogo legale e, pertanto, per esse l'idoneità è una caratteristica presunta dalla legge. Viceversa, per le prove atipiche l'idoneità deve essere valutata di volta in volta dal giudice al momento dell'ammissione. Il sindacato va compiuto in senso astratto, con riferimento al mezzo di prova in sé e per sé considerato e non con riferimento ad una specifica fattispecie. In altri termini, il giudice deve accettare che il mezzo di prova innominato possa offrire realmente un contributo conoscitivo utile, alla

³⁵CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 52.

luce del sapere ufficiale validato dalla comunità scientifica, non raggiungibile attraverso uno dei mezzi di prova tipica, ovvero più affidabile di quello conseguibile con una prova tipica³⁷. Di tal guisa, non è da ritenersi gnoseologicamente idonea «la prova medianica in un caso di omicidio espletabile dal sensitivo che dichiari di potersi mettere in contatto con il defunto per chiedergli chi lo abbia ucciso. Prova rilevante ai sensi dell'art. 187 c.p.p. perché, se davvero si potesse interrogare il defunto, questi sarebbe fonte di informazioni preziose; ma inammissibile perché lo spiritismo non presenta (quanto meno allo stato attuale del sapere ufficiale) alcun grado di affidabilità»³⁸.

Franco Cordero indica quali altri possibili esempi il *bird watching* praticato a Roma dagli àuguri, gli oracoli, le sedute spiritiche, le equazioni astrologiche, gli *iudicia feretri*³⁹.

b) la tutela della libertà morale della persona. Secondo Cordero riconoscere l'ammissibilità delle prove innominate non sta a significare che «ogni immaginabile strumento (non previsto dalla legge) sia ammissibile, solo che i risultati appaiano utili al processo»⁴⁰. La prova innominata sarà ammissibile soltanto se compatibile con il sistema. Nel vigore del codice di rito penale abrogato, il tema che veniva in rilievo ineriva agli strumenti psico-compulsivi come il *lie-detector* e la narcoanalisi. L'illustre studioso, pur rilevando che il codice abrogato non contenesse una norma simile al § 139 *StPO*, sosteneva che essi non fossero compatibili con il sistema, il quale rifiuta ogni strumento idoneo a violare la psiche. Il divieto di ispezioni psichiche veniva desunto dalle norme sull'interrogatorio dell'imputato, osservando che il legislatore non tanto

³⁶ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 53.

³⁷ È di tale opinione RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 587. Contra CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, V ed., Torino, 2012, 402, per il quale il giudice dovrebbe compiere un «giudizio di idoneità in concreto e *a priori*»; e MARCOLINI, *Prove atipiche*, cit., 700. Sul punto, volendo, TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove «atipiche» tra teoria e prassi*, cit., 56, in cui viene osservato che nella fase di ammissione della prova il giudizio circa l'idoneità probatoria non deve essere espresso in termini categorici, bensì deve configurarsi come un giudizio di non manifesta inidoneità probatoria.

³⁸ L'esempio è ripreso da MARCOLINI, *Prove atipiche*, cit., 699. Ipotesi suggestiva, già rappresentata, dal regista AKIRA KUROSAWA, nel film *Rashomon*, in cui vengono proposte cinque versioni diverse per ricostruire un omicidio, una delle quali è proprio quella riferita dallo stesso samurai defunto, il cui spirito è evocato da una strega.

³⁹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 615.

non prevedesse, quanto ripudiasse esplicitamente ogni mezzo inteso a provocare quella forma di coazione che gli scrittori tedeschi denominano *Geständniszwang*⁴¹; dalle norne sulla testimonianza che ammettevano la coazione in una misura tassativamente dosata (artt. 359 e 458 c.p.p.); nonché dal divieto di perizia criminologica contenuto nell'art. 314, comma 2, del codice di rito penale del 1930, secondo cui «non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato [...]»⁴². Pertanto, la confessione e la deposizione estorte, perché non si adeguano al rispettivo modello, «sono atti la cui affinità all'interrogatorio o alla testimonianza non va oltre un'ingannevole apparenza. [...] La previsione legislativa delle singole forme d'invalidità [presuppone] che si sia avverato almeno quel nucleo della fattispecie in assenza del quale mancano le premesse d'una valutazione normativa. [E così] la manifestazione narrativa ottenuta con l'uso di procedimenti narcoanalitici, [mancando] una dichiarazione cosciente del soggetto, [costituisce] soltanto la larva d'una confessione o d'una testimonianza»⁴³. Ne deriva la loro irrilevanza processuale, non potendo essere prese in considerazione, dal giudice, ai fini della decisione, perché incompatibili con i principi ai quali s'ispira il sistema delle prove.

Inoltre, «altro è stabilire se una prova sia ammissibile; altro chiedersi se sia veritiera la conoscenza ottenuta. La prima questione precede logicamente e condiziona la seconda [...]» e «il canone del libero convincimento, se consente, al giudice, d'apprezzare secondo la sua esperienza il valore delle prove, non lo autorizza a pronunciare in base ad una prova illegittimamente ammessa o invalidamente costituita. [...] D'altronde, i risultati conseguiti con l'impiego del

⁴⁰ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 64.

⁴¹ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 66, il quale rileva, altresì, che l'unico strumento del quale sia consentito valersi, è l'interrogazione, condotta secondo regole che garantiscano che le dichiarazioni rese siano il frutto di una scelta libera e genuina. Assunto che trova un indizio, da non trascurare nell'art. 349, comma 1, c.p.p. abrogato, che prescriveva che il giudice nell'esaminare i testimoni, evitasse «ogni domanda suggestiva o che possa altrimenti nuocere alla spontaneità e alla sincerità delle risposte».

⁴² Secondo CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 272, l'imputato poteva essere «interrogato anche dal perito con l'ausilio di mezzi che agevollassero o assicurassero la ricerca». Per CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 66, invece, si trattava di un assunto apodittico, «finché non [si fosse dimostrato] che la legge ammette un'ispezione, i cui mezzi si risolvano nell'annientare gl'impulsi volitivi e la capacità d'inibizione del soggetto osservato».

lie-detector sono più attendibili di quelli «che Ippolito Marsili narra d'aver ottenuto con il lugubre rito del *judicium feretri*». Tuttavia, «sarebbe arbitrario dedurre l'ammissibilità del mezzo d'indagine dalla verosimiglianza dei risultati», perché, così opinando, verrebbero invertiti i termini del discorso⁴⁴. Quindi, a sostegno della esclusione degli espedienti compulsivi, quali il *lei-detector* e la narcoanalisi, non va invocata la veridicità del risultato probatorio. Difatti, anche una testimonianza potrebbe portare a risultati inattendibili ma ciò non esclude il suo impiego nel processo⁴⁵. La ragione dell'esclusione va ricercata nella natura di tali strumenti, paventandosi il rischio di un loro impiego per «far rivivere il rito dell'ordalia in una versione incruenta, paludata di rispettabilità scientifica»⁴⁶. Essi, comportano una inaccettabile intrusione nella psiche dell'indagato, perché annientano gl'impulsi volitivi del soggetto osservato, rendendolo incapace di controllare le sue dichiarazioni, e, quindi, privo di qualsiasi possibilità di difesa. Di qui, il divieto di procedimenti narcoanalitici, finalizzati a forzare il diaframma del mondo psichico, il quale, previsto espressamente in altri ordinamenti⁴⁷, nel nostro si arguisce dal sistema. Un divieto per il quale non rileva l'offesa all'integrità della persona. Infatti, una volta presupposta l'inammissibilità di strumenti psico-compulsivi, anche se gli esperimenti fossero innocui i risultati sarebbero sempre processualmente irrilevanti⁴⁸.

Infine, merita di rilevare che, in dottrina, v'era chi riteneva ammissibile l'intrusione nella sfera psichica, qualora l'imputato avesse prestato il suo consenso oppure ne avesse fatto esplicita richiesta, confidando di far emergere da certi esperimenti sul proprio corpo le prove dell'innocenza⁴⁹.

⁴³ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 169-170.

⁴⁴ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 64-65.

⁴⁵ CORDERO, *Processo e cultura*, in *Dialectica*, 1971, 3, 109. Sul punto cfr. BACCARI, *Il diritto delle prove penali secondo Cordero: uno sguardo di sintesi*, cit., 155.

⁴⁶ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 69.

⁴⁷ Il riferimento è al § 136 a StPO.

⁴⁸ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 67-69.

⁴⁹ Era l'opinione di CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, cit., 271, il quale distingueva due ipotesi: a) se l'imputato non avesse prestato il suo consenso gli esperimenti sul suo corpo non avrebbero potuto aver luogo; b) in caso di richiesta dell'imputato gli esperimenti si sarebbero potuti effettuare, a condizione che ne fosse garantita l'innocuità.

Franco Cordero escludeva tale ipotesi, osservando, da un lato, come fosse improbabile che l'imputato sottoposto a narcoanalisi rivelasse fatti diversi da quelli che avrebbe potuto esporre durante un interrogatorio liberamente condotto; dall'altro, che «quand'anche, [attraverso l'assoggettamento ad un esperimento, previo consenso dell'imputato], fosse dato di sperare in risultati attendibili, è chiaro che già l'ammettere simili investigazioni, subordinatamente al consenso dell'imputato, equivarrebbe ad un'indiretta coazione; se la parte rifiuta d'assoggettarsi alla "prova", come sottrarsi al sospetto d'una dissimulazione della verità?»⁵⁰.

Le osservazioni dell'insigne giurista, «in un'epoca in cui non era affatto scontato ritenere [il *lie-detector* e la narcoanalisi] lesivi della libertà di autodeterminazione»⁵¹, sono state recepite nel vigente codice di rito penale, evidenziando ancora una volta la lungimiranza del Maestro. L'art. 189 c.p.p., infatti, dispone che il giudice può assumere la prova innominata «se [...] non pregiudica la libertà morale della persona». Come noto, si tratta di una applicazione del principio generale stabilito dall'art. 188 dello stesso codice, secondo cui «non possono essere utilizzati [...] metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». L'espressione metodi e tecniche costituisce una endiadi che fa riferimento a qualunque intervento manipolante attuabile con metodiche scientifiche quali narcoanalisi, *lie-detector* e simili, ovvero con altri mezzi più o meno grossolani, «ad esempio le veglie coatte, che Ippolito Marsili vantava come arma pulita (perché non lasciano segni visibili) e infallibile; sete, luce abbagliante, buio, caldo e freddo, esami estenuanti, messinscene traumatiche (equivalenti alla "territio": l'inquisito veniva condotto nella stanza dei tormenti: e se lo spettacolo degli arnesi non fosse bastato a smuoverlo, lo spogliavano); e minacce, naturalmente («questa difesa ti costa l'ergastolo») ovvero esche, quali l'immunità o favori offerti sotto banco [...]»⁵². Il limite prescritto dall'art. 188

⁵⁰ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 70.

⁵¹ BACCARI, *Il diritto delle prove penali secondo Cordero: uno sguardo di sintesi*, cit., 154.

⁵² CORDERO, *Procedura penale*, cit., 616.

costituisce un divieto probatorio imposto a pena di inutilizzabilità. Non possono, quindi, ritenersi prove innominate, quelle ottenute con strumenti psico-compulsivi. Ricorre quanto osservato, e già esposto, dall'illustre Autore, nel vigore del codice di rito penale del 1980. La prova innominata è ammmissible purché sia compatibile con il sistema. L'uso del *lie-detector* e della narcoanalisi non sono compatibili con i principi ai quali si ispira il sistema delle prove. La prova, quindi, è inammissibile e i risultati ottenuti sono processualmente irrilevanti. Allo stesso modo, come già esposto, nonostante il favore di certa dottrina per la narcoanalisi, Franco Cordero riteneva del tutto irrilevante l'eventuale consenso prestato dall'imputato a sottoporsi ad esperimenti sul proprio corpo, non risultando idoneo a rendere la prova ammmissible. Il richiamato art. 188 c.p.p. dispone espressamente che l'utilizzo di metodi e tecniche atti ad influire sulla libertà di autodeterminazione ovvero idonei ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti non possono essere utilizzati neppure con il consenso della persona interessata. È chiaro che alla violazione del divieto prescritto dall'art. 189 c.p.p. conseguirà la sanzione dell'inutilizzabilità della prova prevista dall'art. 191 dello stesso codice, alla quale non si potrà sfuggire neanche nel caso di eventuale prestazione del consenso da parte della persona interessata circa l'impiego di una determinata prova atipica lesiva della sua libertà morale, attesa la non disponibilità individuale di tale operazione, connotazione fondamentale dell'accertamento del fatto nel processo penale. Sebbene, l'art. 189 c.p.p. non escluda espressamente l'utilizzabilità di metodi o tecniche, idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti anche in presenza del consenso della persona interessata, è evidente che se venisse accordata "efficacia sanante al consenso della persona interessata per legittimare l'impiego di un mezzo di prova atipico ritenuto dal giudice lesivo della libertà morale, risulterebbe annullata del tutto la portata garantistica di civiltà processuale racchiusa nell'art. 189 del codice di rito penale.

Il richiamo alla inutilizzabilità, intesa quale paradigma deontico di qualificazione normativa afferente ad atti processuali penali di rilevanza probatoria⁵³, consente un'ultima riflessione su quanto osservato dal Maestro su tale vizio dell'atto processuale. Egli ritiene che la prova sia inammissibile quando una norma ponga un divieto al giudice di ammetterla e, quindi, anche di valutarla. La formazione della prova presuppone un potere istruttorio; ove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace⁵⁴. L'art. 191 c.p.p. si rivela, quindi una tautologia, e non ha aggiunto niente al quadro concettuale, già esposto nel vigore del codice di rito penale abrogato. Il nuovo articolo, infatti, colpisce con l'invalidità una prova acquisita in violazione di un divieto. Tuttavia, essa sarebbe stata inammissibile e già di per sé inutilizzabile, perché «se norme processuali vietano che la prova x sia acquisita, il giudice che l'acquisisca lavora male; e vizi simili non ammettono rimedio, sicché x non sarà valutabile, decide su premesse false la sentenza che ne tenga conto»⁵⁵. In altre parole, se l'impiego di metodi e tecniche idonei ad influire sulla libertà di

⁵³ Per tale definizione vedi PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, IV, Milano, 2006, 3242. Sulla nozione generale di paradigma deontico cfr. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it. a cura di Corsale, Milano, 1971, 103 ss. Sul concetto di inutilizzabilità, senza pretesa di completezza, si indicano CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, 1992; EAD., *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 690-709; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 242-255; LA ROCCA, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. 1, Torino, 2008, 613-631; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 274 ss.; ID., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 642 ss.; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992; ID., *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, cit., 3241-3260; SCAGLIONE, *L'utilizzabilità probatoria degli atti del giudice per le indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1997, II, 65 ss.; SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000; ID., *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 479-495.

⁵⁴ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 73. Come noto, per il Maestro, i due modelli di situazione soggettiva sono il potere e il dovere. La prima situazione dinamica viene così definita: «il verificarsi degli estremi previsti dalla norma funziona da presupposto rispetto al porsi di una certa condizione in forza della quale un soggetto "può", qualora realizzzi un comportamento conforme a quello descritto nel modello legale [...], determinare il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite; queste ultime, poi possono risolversi in una situazione di dovere (come avviene nel caso della querela, dell'impugnazione, della costituzione di parte civile) ovvero in un più o meno complesso itinerario di ulteriori studi strumentali, il cui definitivo punto d'approdo si rinviene nella vicenda constitutiva di un dovere» (CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 193). Viceversa perché si realizzi la situazione soggettiva del dovere necessita ed è sufficiente la previsione astratta di un comportamento al quale il soggetto deve adeguarsi per meritare una valutazione positiva e non incorrere in una negativa. Una valutazione che non è connotata da «alcun criterio fuorché quello rappresentato dalla commisurazione della fattispecie reale a quella astratta» (CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 108).

⁵⁵ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 636.

autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare fatti è vietata dalla legge i risultati ottenuti sono inammissibili nel processo penale anche se non fosse prevista la inutilizzabilità dell'atto processuale.

c) la necessità di sentire le parti in merito alle modalità di acquisizione della prova atipica. L'art. 189 c.p.p. stabilisce che la prova non possa essere assunta se prima non siano state interpellate le parti circa la determinazione delle sue modalità di assunzione.

La assai discutibile formulazione lessicale della disposizione crea non poche difficoltà interpretative in quanto non consente di tracciare in modo chiaro i confini tra l'attività del giudice e quella delle parti⁵⁶. Peraltro, dalla lettera della norma sembrerebbe doversi desumere che siano le parti e non il giudice a fissare il modo e le forme attraverso cui acquisire la prova innominata. Ma, attribuire solamente alle parti il potere di determinare le modalità di acquisizione della prova atipica comporterebbe il rischio che le stesse stabiliscano modalità di acquisizione della prova ispirate a criteri opportunistici e privi di ogni garanzia. Inoltre, qualora le parti dovessero stabilire modalità di acquisizione della prova atipica *contra legem* le prove sarebbero inammissibili e, qualora venissero comunque acquisite, risulterebbero inutilizzabili. Viene, altresì, rilevato che «nella sua attuale formulazione, la seconda parte dell'art. 189 c.p.p. [risulta essere] una norma di equivoca interpretazione, tale da vanificare in gran parte l'impiego delle prove fuori catalogo nel processo penale» Allora, «in attesa di un intervento correttivo o quantomeno chiarificatore da parte dei *conditores legum*», viene prospettata l'ipotesi che l'unica strada per risolvere il problema sia quella «per cui il giudice e le parti si rimettano alle determinazioni e scelte che verranno fatte dal tecnico al momento dell'effettuazione della prova»⁵⁷. Tuttavia, anche opinando in tal senso, i rischi non sono elusi. Il giudice, infatti, nell'emettere la decisione, potrebbe essere condizionato in modo assoluto dai risultati conseguiti dal perito.

⁵⁶ PROCACCINO, *Prove atipiche*, cit., 273.

⁵⁷ RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 540.

Per superare l'*impasse*, la soluzione più logica è, ancora, quella fornita dall'insigne Maestro, il quale afferma che sia il giudice a determinare le modalità di acquisizione della prova, sia pure dopo aver sentito le parti. In altri termini, le modalità di acquisizione della prova atipica vanno predeterminate dalle parti, attraverso il contraddittorio, e deliberate dal giudice. Di tal guisa, non solo viene consentito all'imputato di attivare il diritto di difesa, ma vengono anche acquisite, dalla parte che chiede l'acquisizione al processo del mezzo di prova atipico, le informazioni necessarie circa le modalità acquisitive della prova medesima, cosicché il provvedimento di ammissione assume il contenuto più utile. In conclusione, attraverso la predeterminazione delle regole di assunzione della prova atipica, ottenuta mediante l'interpello anticipato delle parti, viene evitato il *vulnus* di beni costituzionalmente garantiti, la cui tutela, per le prove tipiche è assicurata dalla legislazione tassativamente prevista.

3. Acquisizione delle prove atipiche e diritti fondamentali. L'art. 189 c.p.p. è una disposizione estremamente generica, perché lascia al giudice totale libertà nella determinazione delle modalità acquisitive della prova innominata, salva la garanzia del rispetto del contraddittorio tra le parti. La laconicità normativa potrebbe addirittura insinuare il dubbio che attraverso le prove innominate possano essere introdotte nel processo modalità probatorie lesive dei diritti fondamentali. Il tema presenta evidenti connessioni con la problematica della cosiddetta prova incostituzionale. Come noto, Franco Cordero sosteneva che l'art. 189 c.p.p. non precludesse l'ingresso nel processo di prove innominate lesive di diritti fondamentali, giacché, le valutazioni di inammissibilità della prova, poiché investono un fenomeno processuale, non possono essere dedotte da fonti estranee alla legge del processo, così come avviene oltre oceano⁵⁸. I

⁵⁸ Il riferimento è alla teoria del frutto dell'albero avvelenato, ossia alla *exclusionary rule* statunitense, come conseguenza della violazione del IV emendamento della Costituzione. In sostanza, in virtù della celeberrima metafora, utilizzata per la prima volta dal giudice *Felix Frankfurter* in *Nardone vs United States* (1939), se una prova è stata ottenuta illegalmente, qualsiasi altra prova, che derivi da essa direttamente, è da considerarsi illegittima e inammissibile nel processo penale. Ad es., il corpo del reato va escluso dal processo se non preceduto da un mandato supportato da *probable cause*. Infatti, in forza della

precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa, tuttavia, si incorrerebbe in un salto logico, qualora si giungesse a ritenere processualmente irrilevanti i dati conoscitivi conseguiti con una condotta difforme dalle direttive costituzionali. A parere dell'insigne studioso, la chiave di lettura sta ancora una volta nel concetto di potere istruttorio, perché, in presenza di divieti che implicano limiti a tale potere, l'inammissibilità colpisce la prova. Un esempio è dato dall'art. 103, comma 2, c.p.p., secondo cui «presso i difensori e gli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, nonché presso i consulenti tecnici non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato». «Fuori da quest'eventualità, l'intrusione è atto illecito, ai fini disciplinari, nonché penali; e i reperti non sono prova»⁵⁹. L'invalidità dell'atto con cui è costituita una prova inammissibile è affermato dalla norma da cui discende il divieto di ammissione. Così ragionando, poiché manca una norma di legge ordinaria che vietи acquisizioni atipiche lesive di diritti fondamentali, la prova atipica incostituzionale non può essere sanzionata processualmente e, di conseguenza, è da ritenersi processualmente utilizzabile l'elemento acquisito⁶⁰.

La logica argomentativa del Maestro, come sempre, è impeccabile.

Tuttavia, merita di rilevare che la norma che disciplina l'acquisizione delle prove innominate non determina i casi e i modi con i quali esse possano comprimere, per fini di giustizia, i diritti fondamentali. Allora, argomentando *a contrario*, una interpretazione conforme a Costituzione impone di ritenere che l'art. 189 c.p.p. precluda l'ingresso, nel processo penale, ai mezzi di prova atipici lesivi dei diritti fondamentali, proprio perché non disciplina casi e modi

teoria in parola, esso costituisce il frutto contaminato di un albero avvelenato (la perquisizione senza mandato).

⁵⁹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 636.

⁶⁰ Sulla scia del Maestro, anche, GALANTINI, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., 699-700, sostiene che «Premesso [...] che né la norma penale né la norma processuale costituzionale possono fungere da contenitore di divieti e che, se mai, i principi fissati dalla Costituzione vanno soltanto a proiettarsi in taluni divieti ad essi ispirati, parrebbe doversi ribadire che l'illiceità può produrre effetti sanzionatori solo quando si converta in illegittimità processuale. La prova dovrebbe quindi risultare inutilizzabile non tanto in

di tale compressione⁶¹. In altre parole, i diritti inviolabili della persona costituiscono un ulteriore limite all'ammissibilità della prova innominata. E così, proprio l'assenza di una previsione codicistica idonea a colmare la riserva di legge, comporta che le prove innominate, che comprimono un diritto inviolabile, siano inammissibili⁶².

Un'ultima riflessione inerisce ai mezzi atipici di ricerca della prova.

Come noto, in dottrina, si è posto l'interrogativo circa la riferibilità della disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p. per l'acquisizione di prove innominate anche ai mezzi di ricerca della prova, ossia la configurabilità di mezzi atipici di ricerca della prova. L'orientamento generale, sulla base della collocazione

conseguenza della commissione di un reato, quanto per la violazione contestuale di un divieto posto da norme processuali».

⁶¹ In tali termini, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 172-173, la quale osserva che la prova atypica «è inidonea a soddisfare il vincolo costituzionale, che impone al legislatore di determinare i casi e i modi. Dunque, poiché nel sistema è implicita una norma generale in base alla quale tutto ciò che non è permesso è vietato, occorre ritenere che le prove non disciplinate dalla legge e assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali e costituzionalmente tutelati sono *vietate*. [...] Il silenzio del legislatore processuale in materia di prova penale lesiva dei diritti inviolabili vale inequivocabilmente come divieto. [...] Da siffatte premesse discende nitidamente la sorte dell'elemento probatorio acquisito attraverso le suddette modalità: il dato deve considerarsi assunto in violazione di un *divieto probatorio implicito* nel sistema e ricavabile da una interpretazione costituzionalmente orientato dell'art. 189». Di recente, anche, DINACCI, *Sequestro di dispositivi informatici: impostazioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria*, in *questa Rivista* (web), 14 febbraio 2025, 23-24, osserva che l'organo nomofilattico estende la portata operativa dell'art. 191 c.p.p. a tutte le ipotesi che, ancorché non disciplinate, realizzano la violazione di un diritto costituzionalmente protetto. Del resto - prosegue l'Autore - tra le regole poste a presidio dell'inutilizzabilità e dei valori costituzionali emerge una comunanza operativa e contenutistica in forza della quale sarebbe sufficiente effettuare, in tema di inutilizzabilità delle prove, un'esegesi costituzionalmente orientata senza necessità di riscontrare nella Carta dei valori la matrice diretta dei valori probatori. [...] In tale prospettiva, la formulazione dell'art. 191 c.p.p. si pone quale elemento di tutela dei principi generali dell'ordinamento, costituendo la trasposizione processuale delle esigenze d'inviolabilità di valori costituzionali nella ricostruzione probatoria. Pertanto, la mancata osservanza del divieto di legge e di valori costituzionali ad esso connessi giustifica la reazione dell'ordinamento in termini di inutilizzabilità». PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, cit., 3252, invece, ravvisa nella inutilizzabilità un giudizio di riprovazione per la illegalità costituzionale della prova.

⁶² Come noto, Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 1, 328 ss., in tema di intercettazioni, pur ritenendo che la disciplina allora in vigore non fosse in contrasto con l'art. 15 della Costituzione, precisava che «le attività compiute in dispregio di diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». Sulla scia di tale pronuncia, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che rientrino nella categoria delle prove inutilizzabili, non solo le prove «oggettivamente vietate», ma anche le prove formate o acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. In particolare ha dato dell'art. 191 c.p.p. una ricostruzione dinamica ritenendolo «applicabile anche alle c.d. "prove incostituzionali", perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente protetti; prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempli divieti esplicativi al loro impiego nel procedimento (Cass., Sez. un., 8 maggio 2000, D'Amurri, in *Guida dir.*, 2000, 27, 58). Nello stesso senso, più risalenti, Cass., Sez. un., 24 settembre 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465; Cass., Sez. un., 16 maggio 1995, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268.

sistematica della norma, ritiene che essendo la previsione collocata fra le disposizioni generali del Libro terzo del codice di rito penale, quale norma di carattere generale, possa applicarsi sia ai mezzi di prova che ai mezzi di ricerca della prova. Peraltro, assunto che le disposizioni contenute nel titolo I del Libro sulle prove costituiscono un catalogo dei principi-guida da osservare in materia probatoria e, perciò applicabili all'intero arco del procedimento, è stata affermata l'applicabilità dell'art. 189 c.p.p. anche alla fase delle indagini preliminari. In conclusione, appare ormai pacifico che il concetto di atipicità sia estensibile anche ai mezzi di ricerca della prova. Anche perché, l'adesione alla tesi contraria si tradurrebbe in una lesione dell'art. 24, comma 2, della Costituzione, nella dimensione del diritto di difendersi provando. Tuttavia, le nuove acquisizioni scientifiche e tecnologiche hanno inventato strumenti di tale inusitata invasività da consentire una inaccettabile intrusione nella sfera psichica della persona. Ad es. l'impiego del captatore informatico non per svolgere intercettazioni ambientali, ma per sorvegliare ogni attività svolta attraverso un *computer* collegato alla rete. V'è da chiedersi se in tale ipotesi il procedimento d'indagine non pregiudichi la libertà morale della persona. In caso affermativo, come opinabile, l'attività captativa dovrebbe ritenersi inammissibile, perché in contrasto con il divieto probatorio imposto dalla norma. Il Maestro, già nel vigore del codice di rito penale abrogato, ammoniva sulla inammissibilità di strumenti che forzassero il diaframma del mondo psichico, perché idonei a ridurre il soggetto in cosa, specificando che la prova è inammissibile, laddove, come nel caso di specie, è precluso al giudice il potere di ammetterla. Come già esposto, il potere istruttorio costituisce il presupposto per la formazione della prova. La carenza di tale potere, perché non accordato dalla norma, non può che determinare l'inefficacia dell'atto⁶³.

⁶³ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 73.