

IPSOA InPratica



PROCEDURA PENALE

2021

4. LE PROVE

- | | |
|--|---|
| <p>4.1. DISPOSIZIONI GENERALI</p> <p>4.1.1. Premessa: il sistema accusatorio e la centralità della prova</p> <p>4.1.2. L'oggetto della prova ed il principio di pertinenza e rilevanza</p> <p>4.1.3. Le prove non disciplinate dalla legge</p> <p>4.1.4. Il diritto alla prova</p> <p>4.1.5. I requisiti della prova in casi particolari</p> <p>4.1.6. Le prove illegittimamente acquisite e libertà morale della persona nell'assunzione della prova</p> <p>4.1.7. La valutazione della prova</p> <p>4.2. MEZZI DI PROVA</p> | <p>4.2.1. La testimonianza</p> <p>4.2.2. L'esame delle parti</p> <p>4.2.3. I confronti</p> <p>4.2.4. Le ricognizioni</p> <p>4.2.5. Gli esperimenti giudiziali</p> <p>4.2.6. La perizia</p> <p>4.2.7. I documenti</p> <p>4.3. MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA</p> <p>4.3.1. Le ispezioni</p> <p>4.3.2. Le perquisizioni</p> <p>4.3.3. Il sequestro probatorio</p> <p>4.3.4. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni</p> |
|--|---|

4.1. DISPOSIZIONI GENERALI

4.1.1. Premessa: il sistema accusatorio e la centralità della prova

Il nuovo volto assunto dal rito penale, di stampo tendenzialmente accusatorio (secondo le direttive della legge delega, L. 16/02/1987, n. 81) ed a "motivazione costituzionalmente obbligata" (soprattutto dopo le novelle dell'art. 111 Cost. e degli artt. 606, comma 1, lett. e, e 533, comma 1, c.p.p.) (➔1.; ➔10.3.5.; ➔8.8.3.), esalta il ruolo epistemico e cognitivo della prova quale strumento di conferma, ovvero di falsificazione, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'enunciato formulato dalla Pubblica Accusa e, dunque, la sua crucialità nel processo di accertamento del fatto.

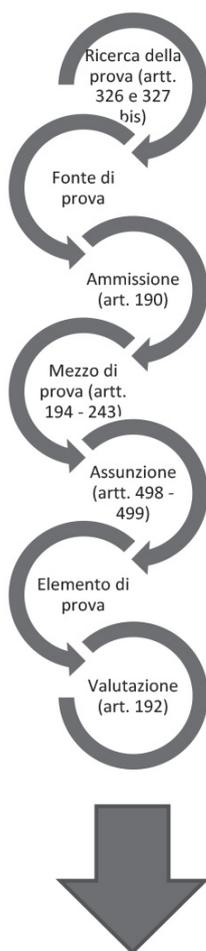
Lo spettro semantico del termine "prova"	
Fonte di prova	Individua le persone o le cose che forniscono un elemento di prova.
Mezzo di prova	Fotografa lo strumento attraverso il quale si acquisisce al processo l'elemento dimostrativo necessario a pervenire a decisione.
Elemento di prova	Identifica il dato fattuale ricavato dalla fonte di prova, al netto della valutazione giudiziale.
Risultato di prova	Individua l'esito della valutazione giudiziale operata sull'elemento di prova, attraverso i canoni di credibilità della fonte e di attendibilità dell'elemento ottenuto dalla stessa.

Nell'ambito del sistema accusatorio, il principio della **parità fra le parti** trova la sua cruciale applicazione non tanto e non solo nel momento finale, là dove si tratti di rassegnare le rispettive conclusioni dinanzi ad un Giudice terzo ed imparziale (ed invero, una ricostruzione più completa e più obiettiva dei fatti può emergere meglio dal confronto tra le argomentazioni di soggetti portatori di interessi contrapposti, che si espongono alle reciproche confutazioni) ma, soprattutto nel corso della **istruttoria**, là dove le parti contribuiscono alla formazione della prova.

Ogni decisione giudiziale si concreta in una valutazione di tipo probabilistico, diversamente caratterizzata a seconda delle diverse fasi del procedimento (➔5.4.2.; ➔8.8.) ed elaborata entro precise coordinate che segnano il ragionamento probatorio, secondo un percorso (*i.e.*: **il procedimento probatorio**) che, a partire dalla ricerca della fonte di prova, giunge al risultato probatorio attraverso criteri di inferenza, quali le massime di esperienza, le leggi statistiche, le leggi scientifiche di più o meno alto grado di attendibilità empirica.

Tale valutazione deve giocoforza tenere e dare conto anche dell'ipotesi antagonista formulata alla stregua della prova contraria e prende corpo nella motivazione della sentenza (➔8.8.5.).

Il procedimento probatorio



Risultato Probatorio

Questo paradigma nel rapporto fra prova e decisione si riflette, a livello codicistico, nella scelta di dedicare alla disciplina delle prove un intero libro (*i.e.*: il Libro Terzo), oltretutto, topograficamente collocato nella c.d. parte *statica* del codice, ossia, quella riservata alla regolamentazione degli aspetti generali, comuni all'intero procedimento penale *tout court* considerato (diversamente da quella c.d. *dinamica*, volta, al contrario, a disciplinare le singole fasi attraverso le quali si snoda il procedimento medesimo ➔6.; ➔8.).

Detta collocazione ha aperto nella prassi qualche dubbio in ordine alla applicabilità della disciplina che ci occupa a tutte le fasi del procedimento penale, ivi comprese quelle fisiologicamente non destinate alla formazione della prova strettamente intesa: ed invero, se alcuna riserva è stata sollevata quanto alla fase dibattimentale, taluni dubbi sono stati manifestati, invece, con riferimento alle indagini ed all'udienza preliminare.

Sulla scorta del rilievo, poco sopra illustrato, secondo cui la disciplina relativa alle prove sarebbe stata inserita nella c.d. parte generale del codice di rito, alla luce di una interpretazione di tipo siste-

matico, si è ritenuto di poter affermare come tali norme siano **applicabili ad ogni fase del procedimento penale**, salvo che le stesse non siano incompatibili con il singolo atto da assumersi nella fase in considerazione.

Il dubbio applicativo è sorto per lo più con riferimento alla possibilità di estendere la disciplina dettata dal libro terzo del codice di rito, sulle prove, alla **base probatoria del giudizio in ambito cautelare** (➔5.4.2.).

Orbene, è proprio sulla scorta dell'argomento richiamato nel testo che si è pervenuti ad affermare la possibilità di applicazione delle norme sulle prove anche in tale ambito, previa verifica di compatibilità delle stesse con le peculiarità ontologiche della cautela.

Tale approdo ermeneutico, peraltro, si è dovuto confrontare con l'intervento del legislatore il quale, con L. n. 63/2001 ha introdotto, nel corpo dell'art. 273 c.p.p., il comma 1-bis (➔5.4.2.), che ha reso espressamente applicabile alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza le norme di cui agli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7 e 203 e 271 comma 1.

In presenza di tale previsione, un **primo indirizzo interpretativo** ha ritenuto che proprio il fatto che il legislatore abbia inteso operare un esplicito rinvio alle sole norme richiamate implichi, al contempo, la volontà di escludere l'applicabilità di quelle cui non ha fatto, invece, rinvio.

Laddove, un **secondo (e dominante) indirizzo** ha ritenuto che detto richiamo non debba essere interpretato nel senso di implicare *a contrario* l'esclusione di applicabilità di tutte le altre disposizioni del libro terzo, bensì alla stregua di un giudizio di compatibilità *ex lege* e necessaria applicazione, quantomeno, delle norme cui viene fatto espresso rinvio.

Anche la **giurisprudenza della Suprema Corte**, ricalca il dibattito sopra indicato (➔4.1.7.).

Secondo un **primo orientamento** «la nozione di gravi indizi di colpevolezza in sede cautelare non è omologa a quella che serve a qualificare il quadro indiziario idoneo a fondare il giudizio di colpevolezza finale, giacché al fine dell'adozione della misura cautelare, è **sufficiente** l'emersione di **qualunque elemento probatorio idoneo a fondare "un giudizio di qualificata probabilità"** sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitati. In altri termini, in sede cautelare gli indizi non devono essere valutati secondo gli stessi criteri richiesti, per il giudizio di merito, dall'articolo 192, comma 2, del c.p.p. e ciò lo si desume con chiarezza dal fatto che l'articolo 273, comma 1-bis, del c.p.p. richiama i commi 3 e 4 dell'articolo 192 del c.p.p., ma non il comma 2 del medesimo articolo, il quale oltre alla gravità, richiede la precisione e concordanza degli indizi» (così, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 10/10/2019, n. 43689; conf. Cass. pen., sez. IV, 23/05/2019, n. 27498; Cass. pen., sez. IV, 14/02/2013, n. 18589).

All'opposto, **altro orientamento, più garantista**, afferma che, «per valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'adozione di una misura cautelare (art. 273 del c.p.p.), è **necessario utilizzare, in caso di presenza di prove indirette, il canone di valutazione di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p.**: occorre, cioè, anche ai fini cautelari, che gli indizi siano "plurimi", "precisi" e "concordanti". Né, in senso contrario, potrebbe valere il fatto che non sia formalmente richiamato il comma 2 dell'art. 192 in seno all'art. 273, perché il codice di rito, nel pretendere, perché possa essere adottata una misura cautelare, la presenza di "gravi indizi di colpevolezza", non può che richiamare, implicitamente, anche il citato comma 2 dell'art. 192 (come, espressamente, i commi 3 e 4 dello stesso art.) **che costituisce un canone di prudenza nella valutazione della "probabilità" di colpevolezza necessaria per esercitare il potere cautelare**. Del resto, l'art. 192, comma 2, ha un **ruolo differente rispetto all'art. 273**: indica, infatti, i criteri in base ai quali può ritenersi acquisito un fatto a valenza probatoria, mentre l'altra disposizione, propria della sede cautelare, prevede che in tale materia valgono criteri di valutazione probatoria basati sul canone della "probabilità" (di colpevolezza), in deroga al principio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" operativo in sede di giudizio» (Cass. pen., sez. IV, 21/06/2012, n. 40061, nonché, Cass. pen., sez. V, 26/11/2018, n. 55410, la quale, in conseguenza di tale principio, specifica che «**in assenza della pluralità e concordanza degli indizi, la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi in quanto difetta della certezza del fatto da cui trarre il convincimento**»; conf., altresì, Cass. pen., sez. IV, 05/04/2016, n. 25239; Cass. pen., sez. IV, 18/07/2013, n. 31448).

4.1.2. L'oggetto della prova ed il principio di pertinenza e rilevanza

La disciplina generale relativa alle prove si apre con una norma, ossia l'art. 187, che ne perimetra l'**ambito oggettivo**, affermando, al contempo, il principio di **pertinenza e rilevanza**.

Nella misura in cui focalizza il *thema* da provare, l'articolo in commento delimita lo spettro dell'accertamento penale e pone la base per il corretto esercizio del contraddittorio, *sub specie* della esplicazione del diritto di difesa ed alla prova.

La regola posta appare diretta, anzitutto, al Giudice, quale **argine ai poteri di cognizione** di costui e **criterio** cui attenersi nel giudizio di **verifica delle prove richieste** dalle parti; ma è rivolta anche a queste ultime, offrendo loro uno **strumento di selezione del materiale** da offrire alla conoscenza del giudicante al fine della affermazione della propria tesi, contenendo al contempo eventuali abusi nell'esercizio del diritto alla prova loro riconosciuto dall'ordinamento (➔4.1.4.).

Al lume della norma qui in considerazione, sono, dunque, oggetto di prova,

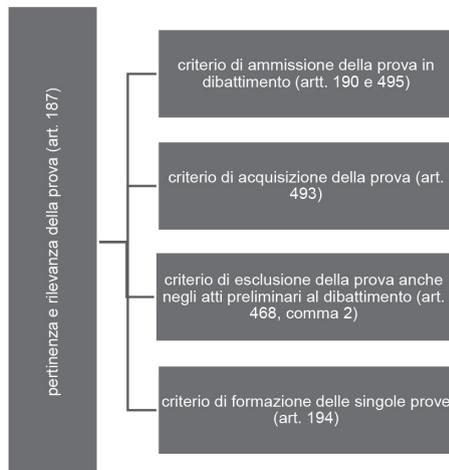
Oggetto della prova (art. 187)
- i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (comma 1);
- i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (comma 2);
- i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato, se vi è costituzione di parte civile (comma 3).

La pertinenza e la rilevanza della prova - La delimitazione dell'oggetto della prova nei termini anzidetti reca con sé, quale necessario corollario, che essa debba essere al contempo **pertinente e rilevante**.

Come efficacemente osservato in letteratura,

- la **pertinenza** è la attinenza dell'oggetto del singolo mezzo di prova alla *regiudicanda*,
- laddove la **rilevanza** inerisce alle fonti, ovvero al mezzo di prova, essendo necessario accertare che essi siano dotati di idoneità dimostrativa rispetto alla affermazione ritenuta pertinente.

Già da questi brevi cenni, emerge chiaramente come i due predicati della prova in esame postulino distinti momenti valutativi, avvinti non già da una relazione di corrispondenza biunivoca, bensì da un nesso di **presupposizione logica**. Il che val quanto dire che solo là dove sia stato superato il vaglio di pertinenza potrà procedersi oltre, verso quello di rilevanza: se una prova rilevante sarà certamente anche una prova pertinente, non è vero anche il contrario. Difatti, una prova che riguardi l'oggetto del processo, ben potrà essere sprovvista della necessaria idoneità dimostrativa ed essere, per questo, ritenuta irrilevante. Tale principio, attesa la sua portata generale, è diversamente richiamato nell'ambito del sistema processuale dalle varie norme che disciplinano la ammissione (➔4.1.4.); (➔8.2.6.); (➔8.4.8.), la assunzione (➔8.4.5.) e la formazione delle singole prove (➔4.2.1.; ➔8.5.4.).



Con riferimento alla immanenza alla prova del predicato della pertinenza, la Suprema Corte ha osservato che: «seppure l'art. 468 comma 2 c.p.p. prevede che il presidente del collegio possa escludere le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestamente sovrabbondanti, tuttavia, la norma va letta congiuntamente agli artt. 187 e 190 c.p.p., che indicano come parametro di ammissibilità anche quello della pertinenza al "*thema probandum*". Ne deriva che il diritto della prova, riconosciuto alla parte, con il più ampio potere di richiesta, non può significare che solo in sede dibattimentale, ex art. 495 c.p.p., il giudice possa esercitare legittimamente il potere di esclusione della testimonianza. La **pertinenza**, ossia l'inerenza al tema della prova è **limite coessenziale**

all'ammissibilità della prova stessa, sicché l'esclusione, ove essa difetti, può avvenire anche nella fase degli atti preliminari (➔8.2.) (e non solo in quella degli atti introduttivi (➔8.4.) al dibattimento)» (Cass. pen., sez. V, 26/06/1996, n. 7721).

Ambito di operatività spazio-temporale del principio di pertinenza e rilevanza

- Quanto osservato *supra* (➔4.2.1.) con riferimento alla generale possibilità di applicare le disposizioni dettate in materia di prove a tutte le fasi del procedimento penale *tout court* considerato, trova particolare specificazione nel dibattito relativo all'oggetto della prova.

Secondo una **prima impostazione, restrittiva**, il principio in parola non potrebbe trovare applicazione nella fase delle indagini preliminari (➔6.1.) - attesa la fluidità della attività di indagine, la quale si frapporrebbe come ostacolo alla cristallizzazione di un preciso e determinato oggetto di prova - né in quella della udienza preliminare (➔6.10.) - nella quale non potrebbe parlarsi ancora a rigore di "prove" - né nell'incidente probatorio (➔6.8.) - non essendo stata formulata tecnicamente una imputazione.

Secondo altra **impostazione, estensiva**, invece, il principio che ci occupa troverebbe applicazione con riferimento ad ogni fase. Ed invero:

- a. il ricorso a termini quali "prova" e "imputazione" non potrebbe avere valore vincolante, avuto riguardo alla stretta correlazione esistente fra la attività di indagine svolta dal Pubblico Ministero, la formazione della prova e la formulazione dell'imputazione;
- b. il richiamo ai fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali, presupporrebbe il richiamo anche a fatti che ben possono essersi verificati nella fase delle indagini preliminari;
- c. nessun effettivo ostacolo potrebbe ravvisarsi anche con riguardo all'incidente probatorio: nel caso in cui l'imputazione non sia stata ancora formulata, dovrà farsi riferimento a quella che taluni autori definiscono come "imputazione preliminare" ovvero "ipotesi di imputazione", ossia la sommaria enunciazione del fatto accompagnata dalla indicazione delle norme che si assumono violate, prescritta da diverse norme che individuano il contenuto di taluni atti adottati nella fase delle indagini preliminari;
- d. certamente se ne deve riconoscere l'operatività anche nelle fasi preliminari in tutti i casi in cui sia previsto l'intervento dell'Organo giurisdizionale;
- e. quanto alle indagini svolte dal Pubblico Ministero, si è osservato come sia necessario attenersi ai limiti del *thema probandum* per come delineati dall'art. 187, pur dovendosi far ricorso ad una nozione lata dei termini "imputazione" e "prova"; diversamente opinando, si finirebbe con il riconoscere al Pubblico Ministero poteri investigativi sganciati da qualsivoglia limite oggettivo;
- f. la norma in discorso opera anche con riferimento alle investigazioni difensive (➔6.7.), con la precisazione che per quelle preventive (➔6.7.1.) l'oggetto di indagine del difensore coincide con quello per cui è stato conferito il mandato ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p.

I fatti che costituiscono oggetto di prova - Posto quanto precede, passando alla disamina specifica dei singoli fatti che costituiscono oggetto di prova, vengono, anzitutto, in rilievo i **fatti che si riferiscono all'imputazione** (➔6.10.11.), ossia l'insieme dei dati storici integranti la contestazione enucleata nel capo di imputazione, nonché, come osservato in letteratura, i fatti che sono estremi della fattispecie legale di reato contestata e che rilevano per l'applicazione della norma penale, con l'ovvia conseguenza che la **modifica dell'imputazione** (➔7.1.5.; ➔8.6.) medesima importa anche la modifica dell'originario oggetto di prova ed impone giocoforza la concessione di un termine per la difesa al fine di veder riconosciuto il proprio diritto alla prova anche in relazione a tale mutato oggetto (➔8.6.4.).

Posto che oggetto di prova è un "fatto", sono comunque sottratti alla necessità di essere dimostrati:

- i **fatti inverosimili**, ossia non suscettibili di verificarsi;
- i **fatti notori**, ossia quelli che, in quanto noti alla generalità dei cittadini, devono ritenersi conosciuti anche dal Giudice senza necessità di uno specifico accertamento (Cass. pen., sez. I, 23/09/1987, n. 9998; Cass. pen., sez. II, 09/02/2005, n. 10450; Cass. pen., sez. I, 11/10/2006, n. 1072).

Rientrano, così nell'oggetto della prova, non soltanto i cosiddetti **fatti principali** - vale a dire quei dati fattuali corrispondenti, all'interno della enunciazione del capo di imputazione, agli elementi costitutivi del reato contestato - ma anche i cosiddetti **fatti secondari** - ossia quei fatti che non sono direttamente compresi in quelli indicati nel capo di imputazione, ma dai quali si può in ogni caso risalire a questi ultimi, ovvero che ne costituiscono la negazione (o affermazione) logica, ovvero ancora quei fatti che consentono di formulare un giudizio di attendibilità del risultato di un altro mezzo di prova -.

Risponde a tale nomenclatura la distinzione tra **prova diretta** e **prova indiretta**.

Prova diretta	È tale la prova il cui oggetto corrisponde agli elementi della fattispecie posta <i>sub iudice</i> .
Prova indiretta	È tale la prova il cui oggetto è costituito da circostanze indizianti da cui poter inferire, attraverso il ricorso a massime di esperienza o leggi scientifiche, il fatto oggetto di contestazione.

Proseguendo, costituiscono oggetto di prova anche i **fatti che si riferiscono alla punibilità dell'imputato**, intesa, quest'ultima, chiaramente in senso lato.

Sicché, secondo taluni, verrebbero qui in rilievo i fatti relativi alla eventuale sussistenza di cause di giustificazione (ancorché a rigore, essendo l'antigiuridicità del fatto uno degli elementi costitutivi del reato, tale verifica inerebbe già all'oggetto della imputazione *tout court* considerata) e di esclusione della capacità di intendere e di volere (sebbene la ricostruzione della colpevolezza secondo il paradigma della concezione normativa, porta a ritenere l'imputabilità come elemento costitutivo proprio della colpevolezza stessa; di conseguenza, anche sotto questo versante, sarebbe concettualmente più corretto far rientrare tale verifica in quella relativa all'oggetto dell'imputazione), oltre alle cause di esclusione della punibilità in senso stretto.

In tema di **imputabilità**, anche la giurisprudenza della Corte di Legittimità riproduce la duplicità degli orientamenti illustrati nel testo. Ed invero, secondo un **primo e più risalente indirizzo** «ai sensi dell'art. 187 comma 1 c.p.p., formano oggetto di prova non solo i fatti relativi all'imputazione, ma anche quelli concernenti la punibilità, da intendersi, a questo fine, come comprensiva dell'imputabilità» (Cass. pen., sez. I, 26/01/1994). Laddove il **più recente orientamento** afferma che, «in tema di imputabilità del minore ultraquattordicenne, non è stabilita dalla legge alcuna presunzione, né di capacità né di incapacità, spettando all'accusa l'onere della prova della capacità, sia cognitiva che volitiva, dello stesso alla stregua di quanto previsto per tutti gli altri elementi del reato» (Cass. pen., sez. I, 05/05/2011, n. 33750).

Ed ancora, possono costituire oggetto di prova i **fatti relativi alla determinazione della pena**, venendo qui chiaramente in rilievo, in primo luogo, tutti quegli elementi dai quali poter inferire la gravità del reato, ovvero la capacità a delinquere dell'imputato, secondo i parametri posti dall'art. 133 c.p., nonché quegli elementi di natura circostanziale che impattano sulla dosimetria della pena. Non solo. Poiché il giudice, d'ufficio o su sollecitazione di parte è chiamato a **far applicazione** anche **delle norme processuali**, rientrano nell'oggetto della prova anche i fatti dai quali dipenda detta applicazione. Vengono, a tal fine, in rilievo alcune disposizioni che individuano espressamente taluni specifici temi di prova in relazione all'applicazione di altrettanti istituti processuali. Così è, in particolare, con riferimento a:

- art. 38, comma 3, che richiede la prova degli elementi a sostegno della dichiarazione di ricusazione (➔2.5.3.);
- artt. 70, comma 1 e 71 comma 1, relativi all'accertamento della capacità processuale dell'imputato di partecipare coscientemente al processo (➔2.8.4.);
- l'art. 196, cpv., secondo cui può costituire eventuale oggetto di accertamento l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza (➔4.2.1.).

Là dove sia la parte a sollecitare detto accertamento, l'onere di provare il fatto processuale rilevante incombe in capo a quella che ha sollevato la relativa eccezione.

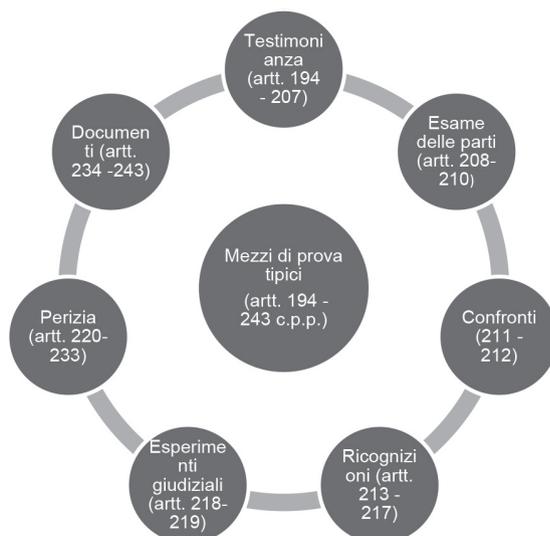
Casistica	
Nella prassi, costituiscono esempi di fatti processuali oggetto di prova:	<ul style="list-style-type: none"> - il domicilio, la residenza, il rapporto di convivenza ai fini della notificazione (➔3.2.); - l'avvenuta notificazione di un atto (➔3.2.); - il giorno di conoscenza del fatto da parte del querelante (➔6.3.2.); - l'esistenza dei poteri di rappresentanza in capo al querelante (➔6.3.2.); - la flagranza ai fini della convalida (➔6.6.2.); - la esistenza di un precedente giudicato ai fini della applicazione del principio del <i>ne bis in idem</i> (➔11.1.2.);

Casistica	
	<ul style="list-style-type: none"> - i fatti che servono a stabilire la credibilità del dichiarante (➔4.2.1.); - i fatti indicativi della eventuale violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità al teste affinché non deponga o deponga il falso ai fini dell'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese al fascicolo per il dibattimento (➔8.5.5.); - i fatti o le circostanze imprevedibili e sopravvenuti che hanno reso impossibile la ripetizione dell'atto ai fini delle letture (➔8.5.15.).

Ancorché l'art. 187 c.p.p. fissi in maniera inequivoca l'oggetto della prova, la **mancanza di una sanzione processuale** per l'ipotesi di inosservanza della stessa ha portato la giurisprudenza della Corte di legittimità ad affermare la **piena validità ed utilizzabilità** di prove raccolte anche con riferimento ad un **oggetto diverso** da quello cristallizzato con il capo di imputazione: «in tema di prova testimoniale, non è configurabile alcuna nullità o inutilizzabilità ai sensi del combinato disposto degli artt. 187 e 194 c.p.p. nel caso in cui la deposizione del teste verta anche su fatti che non si riferiscono espressamente alla imputazione oggetto di contestazione. Ne consegue che, in virtù del principio di tassatività, la prova testimoniale raccolta in ordine ad un reato diverso da quello contestato risulta pienamente valida ed utilizzabile. (Fattispecie nella quale le dichiarazioni testimoniali, vertenti anche su fatti diversi da quelli originariamente contestati, avevano determinato una contestazione suppletiva per un diverso reato per il quale era intervenuta condanna)» (Cass. pen., sez. III, 26/02/2008, n. 12930).

4.1.3. Le prove non disciplinate dalla legge

Si è già avuto modo di osservare (➔4.1.1.) come la locuzione "mezzo di prova" - spesso contrapposta a quella "mezzo di ricerca della prova", su cui si dirà meglio *infra* (➔4.3.) - indichi lo strumento attraverso il quale si acquisisce al processo l'elemento dimostrativo necessario a pervenire a decisione. Il codice di rito, informato al principio secondo cui la prova costituisce uno strumento di conoscenza disciplinato dalla legge (**principio di legalità della prova**), contiene un catalogo ben preciso dei singoli mezzi di prova (artt. 194-243 c.p.p.) (➔4.2.), dei quali regola la modalità di assunzione. Regolamentazione, questa, operata sul presupposto secondo cui la idoneità dimostrativa degli stessi rispetto all'oggetto di prova è già stata valutata, a monte ed in astratto, dallo stesso legislatore codicistico.



Fermo il principio di legalità della prova, il sistema riconosce, nondimeno, una clausola di portata generale, volta ad ammettere la configurabilità delle **prove c.d. atipiche**. Tale clausola, contemplata

dall'art. 189 c.p.p., e che ammette, seppur nel rispetto di determinate condizioni ivi specificamente enucleate, la possibilità di far ricorso a prove non disciplinate dalla legge, segna un momento di rottura rispetto al principio di tassatività dapprima accolto nell'ambito del Progetto Preliminare del 1979, mirante ad assicurare il continuo adattamento della materia alle evoluzioni della tecnica e della scienza, nel perdurante rispetto del principio di legalità.

Costituisce esempio di prova dapprima introdotta per il tramite della clausola in esame alla luce delle evoluzioni della tecnica e successivamente tipizzata dal legislatore quello dell'esame a distanza, oggi disciplinato dall'art. 147-bis disp. att. c.p.p. (➔8.5.3.).

In letteratura, il concetto di prova atipica è stato variamente scandagliato. Sono state, così, elaborate diverse accezioni dell'unica nozione che ci occupa.

Prova atipica	
Prova innominata	In questa prima accezione, è atipico quel mezzo di prova che non è disciplinato dalla legge (Orlandi), ovvero consente di introdurre un elemento diverso da quelli ottenibili mediante i mezzi di prova tipici (Cavini).
Prova irrituale	In questa seconda accezione, è atipico quel mezzo di prova che, pur non rientrando nel catalogo delle prove disciplinate dalla legge, ha quale scopo quello di produrre elementi probatori tipici (Nobili).
Prova anomala o irrituale per anomalia	In questa terza accezione, è atipico quel mezzo di prova che, pur disciplinato dalla legge, sia però utilizzato per acquisire elementi di prova cui è preordinato altro mezzo di prova, esso pure tipico (Cavini).

Tre casi di prova atipica riconosciuti dalla giurisprudenza della Suprema Corte	
<p>Riconoscimento dell'imputato in dibattimento (➔8.)</p> <p>Cass. pen., sez. III, 30/06/2016, n. 42065</p>	<p>Nella prassi, un caso assai frequente di mezzo di prova atipico si ha con il c.d. riconoscimento dell'imputato in dibattimento, effettuato senza l'osservanza delle modalità prescritte dagli artt. 213 ss. c.p.p.</p> <p>«L'individuazione in dibattimento dell'autore del reato costituisce una prova atipica, la cui affidabilità non deriva dal riconoscimento in sé, ma dalla credibilità della deposizione di chi si dica certo della identificazione.</p> <p>Ciò in quanto l'individuazione di un soggetto - sia personale che fotografica - è una manifestazione riproduttiva di una percezione visiva e rappresenta una specie del più generale concetto di dichiarazione; sicché la sua forza probatoria non discende dalle modalità formali del riconoscimento, bensì dal valore della dichiarazione confermativa, alla stessa stregua della deposizione testimoniale».</p>
<p>Riconoscimento fotografico effettuato nel corso delle indagini preliminari (➔6.)</p> <p>Cass. pen., sez. VI, 18/04/2019, n. 17103; sez. II, 11/06/2008, n. 25762; sez. V, 24/11/2015, n. 9505; sez. IV, 21/03/2013, n. 1867; sez. V, 10/02/2009, n. 22612</p>	<p>Non mancano pronunce, peraltro, che, proprio facendo leva sul principio di atipicità, assegnano valenza probatoria anche al riconoscimento fotografico effettuato nel corso delle indagini preliminari.</p> <p>«Il riconoscimento fotografico effettuato nel corso delle indagini della Polizia giudiziaria non è regolato legislativamente e costituisce una prova atipica utilizzabile in base ai principi di non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice e la sua rilevanza probatoria dipende dall'attendibilità accordata alla dichiarazione di chi si dica certo dell'individuazione (Cass. pen., sez. IV, 21/02/2013, n. 1867, dep. 2014, Rv. 258173; sez. V, 10/02/2009, n. 22612, Rv. 244197; sez. II, 11/06/2008, n. 25762, Rv. 24145901). Può essere determinante, anche senza ulteriori riscontri, per affermare la responsabilità dell'imputato soltanto se presenta caratteri di certezza assoluta e sia ancorato non a mere rappresentazioni o sensazioni del dichiarante ma a elementi oggettivi (Cass. pen., sez. II, 16/10/2012, n. 45787, Rv. 254353).</p>