

## QUESITI

---

**AMALIA MARIANA BUZURA**

### **Nuove forme di atipicità probatoria in materia di videoregistrazioni investigative**

Lo scritto si sofferma sul complesso fenomeno delle videoriprese investigative. Nel perdurante silenzio legislativo, il “diritto giurisprudenziale” sembra essere l’esclusiva fonte di regolamentazione delle videoregistrazioni. Gli orientamenti della Cassazione, tuttavia, ricorrono a un patologico richiamo all’articolo 189 c.p.p. per dare copertura a prove irrituali, in aperto conflitto con la disciplina costituzionale del processo penale.

*New forms of evidential atypicality with regard to investigative video recordings*

*This paper addressed the complex phenomenon of investigative video footage. Because of the perpetual silence of the legislator, the case law has become the exclusive source of regulation of video recording. An in-depth study of the case law highlights the pathological use of Article 189 of the Italian Criminal Code because, by referring to atypical evidence, one acquires irregular evidence that clashes with the constitutional pillars of the criminal trial.*

**SOMMARIO:** 1. Le videoriprese fra irritualità e atipicità probatoria. - 2. Videoriprese domiciliari di contegni comunicativi. - 3. Videoregistrazioni, prove atipiche e prove irrituali. - 4. Il contraddittorio anticipato per l’assunzione delle prove atipiche. - 5. L’ipertrofia dell’atipicità probatoria.

1. *Le videoriprese fra irritualità e atipicità probatoria.* Il legislatore non si è mai occupato di definire i contorni e di tracciare il regime normativo delle videoriprese, probabilmente confidando sulla supplenza giurisprudenziale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l’uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, commento a C. Cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *Giur. cost.*, 2008, 1832, esordisce denunciando «l’insensibil[ità] alla crescente rilevanza del fenomeno nella prassi applicativa, [da parte del] legislatore processuale, [il quale] continua ostinatamente a tacere sulle attività di investigazione penale imperniate sull’uso clandestino di strumenti di ripresa visiva». In tal senso, anche IASEVOLI, *La nomofilachia creatrice in tema di videoriprese*, in *L’intercettazione di comunicazioni*, a cura di BENE, Bari, 2018, 285, esprime la sua perplessità nei confronti del legislatore che «continua a non voler prendere posizione su alcuni temi molto delicati, scaricando la responsabilità sull’organo della giurisdizione. Il versante delle videoriprese ne costituisce una chiara, pregnante esemplificazione». Cfr. anche LAMARQUE, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all’interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, commento a sent. Corte cost. n. 149 del 2008; oltre a RIZZO, *Lo strumento investigativo delle riprese visive*, Torino, 2012, 5, che sostiene come «appa[ia] probabile che l’omissione di qualunque indicazione normativa sull’uso delle videocamere non sia stata una scelta consapevole, ma piuttosto il frutto di una grave svista legislativa, considerato che tale uso rappresenta una forma di intercettazione dalle potenzialità lesive più elevate rispetto a quelle aventi ad oggetto le sole comunicazioni». Questa posizione, tuttavia, secondo SAPONARO, *L’impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, Milano, 2020, 29-30 non convince dal momento che, se si fosse

Paradossalmente, all'inerzia legislativa si accompagna un sempre più diffuso impiego processuale delle videoriprese favorito dal progresso tecnologico<sup>2</sup>. In questa situazione, il rispetto dei diritti fondamentali è rimesso «al flusso poco rassicurante di *trend* giurisprudenziali spesso ambigui e contrastanti»<sup>3</sup>.

Fra l'ampia casistica di problematiche non contemplate dal legislatore, spicca il caso delle videoregistrazioni investigative, eseguite clandestinamente dalla polizia giudiziaria e impiegate come prova dei fatti processuali.

Ciò che rende altamente appetibile l'impiego delle videoregistrazioni in ambito probatorio è il contributo epistemologico che esse sono in grado di fornire alla vicenda processuale, consentendo quello che in passato sembrava inimmaginabile<sup>4</sup>, ossia un accertamento diretto del fatto *stricto sensu*: le condotte del passato vengono difatti cristallizzate nella videoripresa e il giudice può assistervi, sia pure in differita. Non a caso, la dottrina ha rilevato come «le nuove tecnologie, impiegate sul terreno probatorio, rendono attualmente possibile non solo la più esatta ricostruzione di un fatto passato, ma anche la sua ripetizione sotto forma di fedele rappresentazione, senza intermediazioni umane»<sup>5</sup>.

Se la capacità di fornire un elevato contributo conoscitivo alla vicenda processuale costituisce la principale *ratio* giustificativa dell'irrinunciabile impiego delle riprese, cambiando prospettiva ci si accorge che questa efficacia probatoria spesso entra in contrasto con diritti costituzionalmente tutelati. Le videoregistrazioni di condotte sono potenzialmente caratterizzate da un'incontrollabile forza, «quasi (...) brutalità»<sup>6</sup>, che lede irrimediabilmente la riservatezza (art. 2

---

trattato di una mera svista, il legislatore avrebbe colto una delle innumerevoli occasioni che gli si sono presentate per colmare la lacuna normativa.

Definisce questo fenomeno FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1270 con l'espressione «*Cedant leges togae*: in queste parole si potrebbe riassumere il capovolgimento di rapporti tra legislazione e giurisdizione».

<sup>2</sup> FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, nota a Cass., Sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 92; DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, commento a Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Cass. pen.*, 3950.

<sup>3</sup> DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, in *Le indagini atipiche*, a cura di SCALFATI, Torino, 2019, 23.

<sup>4</sup> CAMON, voce *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, Milano, 2013, 133.

<sup>5</sup> MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, in ID., *Tradimenti di un codice*, Torino, 2020, 8. V. anche CAMON, voce *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*; SAPONARO, *L'impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, cit., 22-24.

<sup>6</sup> CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, nota a Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, Greco, in *Cass. pen.*, 1999, 1192.

Cost., art. 8 CEDU; art. 17 P.i.d.c.p.)<sup>7</sup>, l’inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), la libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.)<sup>8</sup>.

Il coinvolgimento di diritti costituzionalmente e convenzionalmente tutelati impone, in assenza di una presa di posizione da parte del legislatore, di interrogarsi sull’ammissibilità delle videoriprese investigative, nonché sulla loro natura giuridica e sui limiti che devono rispettare perché non venga infranto il garantismo costituzionale. Per dare risposta a tali quesiti risulta imprescindibile la ricostruzione del “diritto giurisprudenziale” che mira a surrogare il vuoto legislativo.

L’eterogeneità della casistica in cui le videoriprese intervengono ha determinato il “formante” giurisprudenziale ad articolare una regolamentazione differenziata<sup>9</sup> che cerca di tenere conto dei diversi interessi coinvolti al fine di operare un adeguato bilanciamento<sup>10</sup>.

Il *leading case* in materia è senza dubbio rappresentato dalla celeberrima sentenza Prisco del 2006<sup>11</sup>, che, ripercorrendo e affinando distinzioni e categorie delle ricostruzioni giurisprudenziali precedenti, ha posto alcuni punti fermi

---

<sup>7</sup> Sul tema nevralgico della riservatezza in sede di indagini v. AA. VV., *Le intercettazioni e i controlli preventivi. Riflessi sul procedimento probatorio*, Milano, 2018, 279-307; TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020, *passim*.

<sup>8</sup> LAZZARI, *Videoriprese: il confine tra esigenze investigative e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 2017, II, 146-147; RIZZO, *Lo strumento investigativo delle riprese visive*, cit., 1; SAPONARO, *L’impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, cit., 22-24; TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l’uso dei droni*, in *Le indagini atipiche*, a cura di SCALFATI, cit., 168.

<sup>9</sup> Si soffermano sul tumultuoso iter giurisprudenziale, tra gli altri, CUSANO e PIRO, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, 2020, 829 ss.; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 172 ss.; PISANI, *La crisi delle garanzie difensive nell’attività atipica della polizia giudiziaria. Profili sistematici e prassi giurisprudenziali*, Milano, 2016, 102-130; SAPONARO, *L’impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, cit., *passim*; SCALFATI e BRUNO, *Orientamenti in tema di videoriprese*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 92; TABASCO, *Corte costituzionale e videoriprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 234.

Sugli orientamenti precedenti all’intervento delle SS.UU. e della Corte costituzionale, si sofferma analiticamente BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, nota a sent. Cass., Sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic e altri, in *Cass. pen.*, 2439.

<sup>10</sup> DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell’investigatore*, cit., 4; SAPONARO, *L’impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, cit., 22-24; TORRE, *Privacy e indagini penali*, cit., 57-59.

<sup>11</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 34, 40, con nota di BELTRANI; altresì in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1550, con note di CAMON e MARINELLI; in *Guida dir.*, 2006, n. 33, 60, con nota di CISTERNA; in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1347, con nota di CONTI; in *Cass. pen.*, 2006, con note di RUGGIERI e di DI BITONTO; in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 495, con nota di PULITO.

destinati effettivamente a divenire *jus receptum*<sup>12</sup>. Le Sezioni Unite hanno fornito, in tal modo, una regolamentazione dettagliata, caratterizzata da una crescente rigidità che riflette il *climax* di invasività che le captazioni con videocamera importano, sulla base di «due variabili»<sup>13</sup>. La prima è costituita dalla natura del luogo in cui la registrazione avviene: nel 2006, la tradizionale *summa divisio* tra domicilio e luoghi pubblici diviene triade in ragione del riferimento al *tertium genus* dei luoghi riservati<sup>14</sup>. Nel perimetro di quest'ultima categoria, si riconducono i luoghi che, se da un lato non presentano i caratteri del privato domicilio, d'altra parte, non sono neppure compiutamente sovrapponibili a quelli accessibili al pubblico senza limitazione alcuna. L'area grigia dei luoghi riservati è caratterizzata, secondo l'ermeneutica giurisprudenziale, da uno *jus excludendi alios* "precaro" perché, diversamente dalla sua estrinsecazione nel domicilio, non è qui imperniato su una stabilità tale da imporre la tutela del luogo anche in assenza del soggetto, ma è, piuttosto, «degrada[to] a mera aspettativa»<sup>15</sup> di riservatezza per la durata temporale in cui il soggetto si trattiene in quel luogo<sup>16</sup>.

Con riguardo alle videoriprese realizzate in un luogo pubblico, il profilo positivo è quello di aver affermato la netta distinzione fra le videoriprese extra-procedimentali, realizzate al di fuori e indipendentemente dallo svolgimento di un procedimento penale, e quelle endoprocedimentali, compiute tipicamente dalla polizia giudiziaria, anche *motu proprio*, per finalità schiettamente investigative. Troppe volte queste diverse situazioni erano state considerate equiparabili e ricondotte indistintamente ora entro l'accezione delle prove documentali<sup>17</sup>, ora nell'alveo dell'atipicità<sup>18</sup>.

Ribadendo la puntualizzazione contenuta nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, secondo la quale le «norme sui documenti

<sup>12</sup> DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 3950.

<sup>13</sup> CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, cit., 1833.

<sup>14</sup> CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, nota a sent. Prisco, cit., 1566, osserva che nel realizzare questa tripartizione la Corte ha «debordato dai limiti dell'attività ermeneutica» poiché manca un qualsiasi appiglio legislativo a fondamento di questa distinzione.

<sup>15</sup> DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, cit., 27.

<sup>16</sup> TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l'uso di droni*, cit., 175.

<sup>17</sup> Cass., Sez. V, 25 marzo 1997, n. 1477, Lomuscio, in *Giust. pen.*, 1998, III, 313; Cass., Sez. VI, 10 dicembre 1997, n. 4997, Pani e altro, in *Riv. pen.*, 1998, 825.

<sup>18</sup> Cass., Sez. V, 26 ottobre 2001, n. 43491, Tarantino, in *Cass. pen.*, 2002, 3829.

sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso»<sup>19</sup>, la sentenza Prisco ha escluso che le riprese formate *nel* e *per* il procedimento siano prove documentali. La Cassazione prende posizione contro quella «anfibia»<sup>20</sup> interpretazione che «afferma[va] come astrattamente il risultato delle riprese visive costitu[ss]e prova documentale ex articolo 234 comma 1 c.p.p. e come tale p[otesse] essere usato a fini probatori»<sup>21</sup>, ma per la cui assunzione si riteneva necessario il ricorso all'articolo 189 c.p.p., mancando una specifica disciplina delle modalità di assunzione. Cosicché, il ricorso combinato agli articoli 234 e 189 c.p.p., portava addirittura alla conclusione di ritenere realizzata una «prova documentale atipica»<sup>22</sup>.

Le videoriprese eseguite nel corso del procedimento, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, anche di iniziativa della polizia giudiziaria, sono per la Corte utilizzabili ai fini della decisione in qualità di prova atipica ex articolo 189 c.p.p., precisando che non trova spazio nell'ordinamento la prova atipica documentale, posto che si tratterebbe di un paradosso perché sovrappone «prove non complementari» ma «alternative»<sup>23</sup>.

Anche le videoriprese realizzate nei c.d. luoghi riservati integrano una prova atipica. Tuttavia, in ragione di quella peculiare ingerenza, seppure “precaria”, nella riservatezza, che le colloca in una posizione «intermedia tra i luoghi pubblici e il privato domicilio»<sup>24</sup>, si richiede la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria per procedere alla captazione delle condotte *ivi* realizzate.

Infine, vi è l'ipotesi delle videoriprese realizzate in sede domiciliare. È proprio con riguardo a queste ultime che l'esegesi giurisprudenziale introduce la seconda variabile, che valorizza una distinzione parametrata sulla natura comunicativa ovvero meramente comportamentale delle condotte carpite.

<sup>19</sup> *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *GU Serie Generale n. 250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93*, 69.

<sup>20</sup> CRICRÌ, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte non comunicative*, nota a sentenza Cass., Sez. IV, 09 dicembre 2004, n. 6710, in *Cass. pen.*, 2006, 575.

<sup>21</sup> RIZZO, *Lo strumento investigativo delle riprese visive*, cit., 7.

<sup>22</sup> Cass., Sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, Viskovic e altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 87 con nota di FILIPPI, in *Cass. pen.*, 2001, 2434, con commento di BORELLI. La motivazione della sentenza è stata analiticamente approfondita anche da PARODI, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, Torino, 2002, 256-260. Cass., Sez. IV, 18 giugno 2003, n. 44484, Kazazi, in *Cass. pen.*, 2004, 3280.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, cit., 11.

<sup>24</sup> TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l'uso dei droni*, cit., 176.

Tale distinzione ricalca e ripropone lo schema di una risalente, ma sempre attuale pronuncia degli stessi giudici di legittimità, la c.d. sentenza Greco<sup>25</sup>, la quale ha specificato che le condotte «intenzionalmente»<sup>26</sup> orientate allo «scambio riservato e consapevole di messaggi, non importa in quale forma realizzato»<sup>27</sup>, cioè attraverso qualsivoglia codice di comunicazione, *ergo* anche meramente gestuale, integrano comunicazione le cui caratteristiche di libertà e segretezza sono oggetto di tutela costituzionale *ex* articolo 15 Cost. È il secondo comma della disposizione costituzionale a specificare che una «limitazione può avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». La riserva di legge assoluta che ne deriva, con riguardo alla compressione della riservatezza delle comunicazioni nel corso delle indagini preliminari, trova attuazione negli art. 266 ss. c.p.p. dai quali si evince una disciplina più stringente (art 266 comma 2 c.p.p.) laddove si tratti di intercettazioni domiciliari<sup>28</sup>. Dunque, le captazioni di immagini comunicative costituiscono a pieno titolo intercettazione ambientale e la validità di tale mezzo di ricerca della prova discende dalla sua attuazione nel rispetto della disciplina codicistica<sup>29</sup>.

Quale ultima conseguenza di questa impostazione, le videoriprese all'interno del domicilio di comportamenti che non risultino «strettamente funzionali alle intercettazioni di comunicazioni, anche non verbali, tra presenti, [*si ritengono*] preclus[e] in radice»<sup>30</sup> perché fuoriescono dalle intercettazioni e si risolvono in

<sup>25</sup> Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco, in *Cass. pen.*, 1999, 1188 con nota di CAMON; nonché in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1265, con commento di MARINELLI.

<sup>26</sup> Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco, cit., 1191.

<sup>27</sup> Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco, cit., 1190.

<sup>28</sup> La letteratura giuridica è sconfinata sul tema delle intercettazioni. Tra gli altri, v., CONTI, *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, in *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di LORUSSO, Torino, 2020, *passim*; AA. VV., *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Roma, 2011, a cura di GAITO, *passim*; AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di GIOSTRA e ORLANDI, Torino, 2018, *passim*; AA. VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di MAZZA, Torino, 2018; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, *passim*; NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi. Riflessi sul procedimento probatorio*, cit., *passim*; PARODI e QUAGLIANO, *La nuova riforma delle intercettazioni*, Milano, 2020; PARODI, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, cit., *passim*; VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Milano, 2011.

<sup>29</sup> *Contra* CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 850, secondo il quale le intercettazioni si riferiscono esclusivamente al «dato acustico». Ritene preferibile questa accezione anche MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 25.

<sup>30</sup> MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 173.

una forma di limitazione del domicilio che non ha ricevuto regolamentazione legislativa, rimanendo, dunque, estranea alla riserva di legge che costituisce *condicio sine qua non* per ammettere compressioni della libertà di domicilio. Sotto questo profilo, la sentenza Prisco non fa propria la tesi formulata dalla pronuncia Greco che riteneva precluse le riprese non comunicative nel domicilio in quanto non riconducibili alle ipotesi ammesse dall'articolo 14 comma 2 Cost., ossia ispezioni, perquisizioni e sequestri. Viene, invece, accolta l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto n. 135 del 2002<sup>31</sup>. Il Giudice delle leggi ha ritenuto che le limitazioni alla inviolabilità del domicilio non siano tassative, puntualizzando come ulteriori limitazioni «potrebbero essere disciplinate soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'articolo 14 Cost».

Nell'esplicitare l'inammissibilità e, ove eseguite, l'inutilizzabilità delle videoriprese aventi ad oggetto condotte meramente comportamentali tenute in sede domiciliare, le Sezioni Unite finiscono per accogliere - seppure solo implicitamente - la teoria della c.d. prova incostituzionale, ritenendo cioè applicabile la sanzione dell'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) anche laddove la prova si formi in violazione di un diritto costituzionalmente tutelato, ma privo di riscontro nella legislazione ordinaria.<sup>32</sup>

A questo complesso quadro di diritto giurisprudenziale si aggiunge un'ulteriore precisazione offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza 149 del 2008<sup>33</sup>. L'art. 14 Cost. tutelerebbe il domicilio sotto due profili: il primo, quello "tradizionale", del diritto di ammettere o escludere le persone in quei luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascuno; il secondo, come «diritto alla riservatezza su quanto si svolge nei medesimi luoghi», non rilevando sotto questo profilo l'intrusione fisica nella dimora. Tuttavia, perché la tutela sotto il secondo profilo si attivi, è necessario che il comportamento filmato non solo venga tenuto in luoghi di privata dimora, ma anche che esso «avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi». Dunque, se questo comportamento è tenuto nelle pertinenze o all'interno del domicilio, ma rimane visibile

<sup>31</sup> C. Cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, 1062, con osservazioni di PACE e MARINI.

<sup>32</sup> MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 175; RIZZO, *Lo strumento investigativo delle riprese visive*, cit., 11.

<sup>33</sup> C. Cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *Giur. cost.*, 2008, 1825 con note di CAPRIOLI e LAMARQUE. Per ulteriori commenti alla decisione si rinvia a FILIPPI, *La Consulta riconosce che l'home watching è una prova incostituzionale*, in *Giust. pen.*, 2008, I, 343; DI CHIARA, *Riprese visive e luoghi riservati: i profili di tutela della libertà del domicilio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 957.

dall'esterno, non può essere invocata la riservatezza legata alle attività domiciliari. Più precisamente, se «il comportamento tenuto all'interno del luogo domiciliare risulti in concreto incompatibile»<sup>34</sup> con l'aspettativa della riservatezza - perché si compie dinanzi alla finestra o sul balcone consentendo, dunque, di visualizzare dall'esterno quanto accade nel domicilio - vengono meno le ragioni della tutela dell'articolo 14 Cost., e le videoriprese sono sottoposte al medesimo regime di quelle effettuate in luogo pubblico o in luoghi aperti al pubblico<sup>35</sup>.

Confermano l'assetto fin qui definito anche la pronuncia 320 del 2009 della Corte costituzionale<sup>36</sup> - che richiama testualmente la sentenza delle Sezioni Unite del 2006<sup>37</sup> - oltre alla successiva giurisprudenza di legittimità<sup>38</sup>.

**2. Videoriprese domiciliari di contegni comunicativi.** Fra gli altri, un recente arresto giurisprudenziale consente di mettere in luce il sacrificio che i diritti

<sup>34</sup> TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l'uso dei droni*, cit., 176.

<sup>35</sup> C. Cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, cit., 1830 «se l'azione - pur svolgendosi in luoghi di privata dimora - può essere liberamente osservata dagli estranei, senza ricorrere a particolari accorgimenti (paradigmatico il caso di chi si ponga su un balcone prospiciente la pubblica via), il titolare del domicilio non può evidentemente accampare una pretesa alla riservatezza; e le videoregistrazioni a fini investigativi non possono, di conseguenza, che soggiacere al medesimo regime valevole per le riprese visive in luoghi pubblici o aperti al pubblico».

<sup>36</sup> C. Cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 320, in *Giur. cost.*, 2009, 4801, con note di VILLANI e MILANI.

<sup>37</sup> C. Cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 320, cit., 4822, riprende sinteticamente la tripartizione definita nel 2006 e aderisce agli sviluppi della giurisprudenza di legittimità, ritenendo che le videoregistrazioni «eseguite in luoghi pubblici, ovvero aperti o esposti al pubblico (...) restano utilizzabili nel processo come "prova atipica", ai sensi dell'articolo 189 c.p.p. Al contrario, le videoregistrazioni in luoghi riconducibili al concetto di domicilio di cui all'articolo 14 Cost., in assenza di una normativa che le consenta, disciplinandone i casi e i modi, debbono considerarsi inibite in assoluto: con la conseguenza che è vietata la loro acquisizione e utilizzazione nel processo, in quanto prova illecita. (...) Le videoriprese in luoghi non riconducibili al concetto di domicilio, ma meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 2 Cost., per la riservatezza delle attività che vi si compiono, possono essere eseguite dalla polizia giudiziaria, ma solo con un «livello minimo di garanzie», rappresentato da un provvedimento autorizzativo motivato dall'autorità giudiziaria».

<sup>38</sup> Tra queste, Cass., Sez. II, 16 febbraio 2018, n. 22972, Barnaba e altri, in *Mass. Uff.* n. 273000; Cass., Sez. V, 17 novembre 2015 n. 11419, Davanzo, in *Foro it.*, 2017, 139, con nota di LAZZARI. In quest'ultima occasione la Suprema Corte ha ritenuto legittime e utilizzabili, qualificandole come prova atipica, le videoriprese effettuate nel box cassa di un'autorimessa, «che presentava una visibilità non protetta, essendo dotato di un'ampia vetrata dalla quale era possibile osservare dall'esterno le azioni che si svolgevano all'interno».

Emerge dalla giurisprudenza sulle videoriprese quello che VALENTINI, *Norme processuali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9, 3400 definisce come un «lavoro di squadra» tra le varie giurisdizioni che costruiscono, in sede interpretativa, concetti giuridici, talvolta stravolgendo il dettato normativo e dimenticando i principi che dovrebbero informare la materia.



costituzionali subiscono nelle prassi applicative che ricorrono alle videoriprese. La Suprema corte ha escluso la matrice domiciliare ovvero la natura di luogo riservato delle scale di un'abitazione familiare, equiparandole alle parti comuni di un condominio ossia a un luogo *lato sensu* pubblico<sup>39</sup>. A sostegno di tale tesi richiamava il fatto che, sebbene l'immobile fosse di proprietà esclusiva dell'indagato, il vano le scale risultava accessibile a un numero indeterminato di soggetti in ragione di una duplice circostanza di fatto: la presenza in un'unità abitativa dell'immobile, a titolo di locazione, di un nucleo familiare diverso e l'ubicazione nello stesso immobile di uno studio professionale aperto al pubblico<sup>40</sup>. Tali considerazioni hanno determinato la Corte di cassazione a qualificare le videoregistrazioni, che cristallizzavano condotte incontrovertibilmente comunicative, come estranee alla tutela del domicilio e, per ciò solo, esuberanti anche dalla tutela della riservatezza delle comunicazioni posta dall'art. 15 Cost. L'uso delle videocamere viene inteso come funzionale alla documentazione dell'attività di indagine ed equiparabile a un'operazione di appostamento eseguita in un luogo pubblico nei limiti dell'autonomia investigativa, senza alcuna necessità di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria.

La registrazione con videocamera installata clandestinamente in questi luoghi di dubbia connotazione pubblica costituisce, nell'elaborazione giurisprudenziale, mera documentazione dell'attività investigativa espletabile *motu proprio* dalla polizia giudiziaria, dunque, utilizzabile in sede processuale a norma dell'articolo 189 c.p.p. perché le captazioni di comportamenti comunicativi o meno, se realizzati in un luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, integrano prova atipica.

Questa conclusione non può essere accolta in quanto, nel focalizzarsi sulla tutela del domicilio, non si considera l'esigenza, sempre di rango costituzionale, di garantire la segretezza delle comunicazioni<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Cass., Sez. VI, 13 novembre 2019, n. 5243, Magliacano Onorifico Simone, in *Mass. Uff.* n. 278342-01. Sulla natura pubblica delle scale di un condominio v. Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 34151, Tinervia, in *Mass. Uff.* n. 270679.

<sup>40</sup> Cass., Sez. VI, 13 novembre 2019, n. 5243, Magliacano Onorifico Simone, cit., 5.

<sup>41</sup> PACE, Sub *art. 15*, in *Commentario della costituzione. Rapporti civili*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1977, 80, pone l'accento sull'autonomia della tutela prevista dall'articolo 15 Cost. specificando che «se l'iniziale disegno del Costituente prevedeva una contestuale e uniforme disciplina dei tre aspetti «inviolabili» della persona umana, la differenziata disciplina che venne successivamente prescelta risulta ispirata a intenti garantistici: (...) così facendo, si evita la possibilità che il diritto in questione possa soffrire limitazioni da parte di autorità pubbliche diverse da quella giudiziaria».

In altri termini, se si intende accogliere la distinzione tra comportamenti comunicativi e mere condotte materiali non lo si può fare solo con riguardo a quanto accade in un luogo di privata dimora. Del resto, i gesti, al pari delle parole, possono compiersi, anche in un luogo pubblico, con modalità tali da creare una barriera tra gli atti comunicativi e il resto della comunità, rendendo riservati i messaggi interpersonali trasmessi. Si dovrebbe, piuttosto, riconoscere che, ove la lesione della riservatezza delle comunicazioni intervenga nel domicilio, si realizza una «lesione al quadrato»<sup>42</sup>, cioè di due diritti costituzionalmente tutelati: artt. 14 e 15 Cost.

L'errore di impostazione è, dunque, quello di ritenere che il carattere pubblico del luogo in cui vengono tenuti i comportamenti comunicativi equivalga a una rinuncia implicita alla riservatezza. Al contrario, occorrerebbe essere rigorosi nel valutare se la comunicazione non verbale, ancorché tenuta in luogo aperto al pubblico, sia avvenuta in modo tale da escluderne la percezione da parte di terzi, eccetto, ovviamente, l'occhio elettronico ed occulto dell'investigatore. Non importa se il luogo in cui interviene la condotta comunicativa videoregistrata venga considerato pubblico, perché ciò che rileva è la circostanza che a tale luogo sia precluso un accesso libero e non contingentato e che, anche grazie alla presenza di barriere fisiche, come un cancello chiuso a chiave, non vi sia visibilità dall'esterno.

In un simile contesto, infatti, non si può ritenere che vi sia «un'esposizione volontaria alla percezione altrui» di fronte alla quale si avrebbe, inevitabilmente, la demolizione della «copertura del diritto alla riservatezza dei comportamenti oggetto della captazione occulta»<sup>43</sup>. Al contrario, tali modalità «denot[a]no la volontà del mittente di mantenere la comunicazione entro una sfera cognitiva soggettivamente delimitata»<sup>44</sup>.

Quindi, la lente dei principi costituzionali coinvolti mette a nudo come alle videoriprese dei gesti comunicativi riservati, debba riconoscersi la natura di video-intercettazioni «a cui devono, giocoforza, applicarsi le formalità previste dagli articoli 266 ss. c.p.p.»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Espressione adoperata da DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, cit., 25.

<sup>43</sup> DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, cit., 25.

<sup>44</sup> CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, cit., 1834.

<sup>45</sup> DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, cit., 26-27.

**3. Videoregistrazioni, prove atipiche e prove irrituali.** L'acquisizione delle videoregistrazioni di comportamenti comunicativi - realizzati in luoghi diversi dal domicilio<sup>46</sup> - senza osservare il *modus operandi* degli artt. 266 ss. c.p.p. dà luogo a una prova irrituale, ritenuta dalla giurisprudenza comunque ammissibile ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

Tale impostazione si presta ad alcune considerazioni critiche.

Acquisire una prova irrituale significa realizzare una trasfusione della prova tipica nell'alveo dell'atipicità, in dispregio della disciplina predeterminata dal legislatore. L'eterodosso operato si traduce in un inaccettabile aggiramento del sistema normativo ispirato al principio di legalità processuale<sup>47</sup>. Siffatto pilastro

<sup>46</sup> Le videoriprese di comportamenti comunicativi posti in essere in sede domiciliare sono ammesse nel rispetto della disciplina delle intercettazioni. Lo si ricava dal considerato in diritto n. 6 della già citata sent. Prisco che testualmente riconosce come risulti «certo che se il sistema processuale de[bb]a avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell' art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio e che inoltre per le riprese di comportamenti non comunicativi possano valere regole meno garantiste di quelle applicabili alle riprese di comportamenti comunicativi, regolate, come si è visto dagli artt. 266-271 del codice di rito. Per queste, infatti, occorrerebbe l'autorizzazione del giudice, ammessa solo per determinati reati, in presenza di condizioni particolari e con vincoli di vario genere, presidiati dalla sanzione dell'inutilizzabilità, mentre per le altre sarebbe sufficiente il provvedimento del p.m. (se non anche la sola iniziativa della polizia giudiziaria) e mancherebbero regole di garanzia assimilabili a quelle previste per le intercettazioni di comunicazioni. Con la conclusione che mentre potrebbero essere per varie ragioni colpite da inutilizzabilità le riprese di comportamenti comunicativi ben difficilmente potrebbero esserlo le altre».

<sup>47</sup> Interessante analisi critica della destrutturazione della legalità processuale è sviluppata da MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017, 114; ID., *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, III, 697; Sulla legalità processuale in generale v., anche, AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 19; CALANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, Bologna, 2013, 105 ss; CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1768; FOIS, voce *Legalità (principio di)*, vol. XXIII, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 662; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, 421; NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1990, 381; ID., *Forme e valori duecento anni dopo*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 1; ID., *Principio di legalità, processo e diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 181; ID., *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, Padova, 1999, n. 1, 527.

Rilevavano l'importanza della legalità sul terreno del diritto probatorio, ancora prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310-339; ID., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 374. L'autore, provocatoriamente, parlava dell'esigenza del ritorno alle «prove legali».

portante del processo penale, seppure tardivamente<sup>48</sup>, ha ottenuto riconoscimento costituzionale. Segnatamente, a norma dell'articolo 111 comma 1° Cost., così come novellato nel 1999<sup>49</sup>, «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Canone primo del giusto processo è, quindi, la riserva di legge processuale<sup>50</sup>.

Tale affermazione, di valenza trasversale per ogni giurisdizione, è certamente riferibile anche a quella penale e dovrebbe porre fine a ogni dubbio circa la sussistenza sul piano processuale di un principio simmetrico a quello sancito dall'articolo 25 comma 2 Cost. con riferimento all'ambito penale sostanziale<sup>51</sup>. Il principio di legalità processuale ha trovato altresì riscontro nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Con esattezza, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ne riconosce la natura di principio generale, specificando che esso costituisce un *pendant* della legalità sostanziale e appare riconducibile al principio, di più ampio perimetro, consacrato nel brocardo latino *nullum iudicium sine lege*<sup>52</sup>. Peraltro, a livello logico, prima ancora che giuridico si deve

---

Suggeriva l'essenza della legalità nel processo penale già CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1867, 489, §814, laddove insegnava che «l'intuito degli ordinamenti procedurali è di frenare la violenza dei magistrati».

<sup>48</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, éthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 421, riconosce che si tratti di un «ritardo irrimediabile».

<sup>49</sup> Tra gli altri, anche il 1° comma dell'articolo 111 Cost. è stato inserito dalla L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2, in GU, Serie generale n. 300 del 23 dicembre 1999, entrata in vigore il 7 gennaio del 2000. Tuttavia, ancor prima della riforma costituzionale, autorevole dottrina sosteneva, condivisibilmente, che il principio di legalità processuale trovasse accoglimento nell'articolo 101 co. 2 Cost. perché «la soggezione del giudice soltanto alla legge sta a significare (...) subordinazione della funzione del giudicare (e del procedere) all'impero della legge» (GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989).

<sup>50</sup> In questo senso anche C. Cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2009, 1734, ove la Consulta statuisce che «(...) l'articolo 111 comma 1° Cost., pone direttamente in capo al legislatore l'obbligo di assicurare il giusto processo».

<sup>51</sup> MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, n. 3, 7.

<sup>52</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 22 giugno 2002, Coëme e altri c. Belgio § 102. Testualmente la Corte afferma che «le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit. Il fait *pendant* à la légalité du droit pénal et est consacré par l'adage 'nullum iudicium sine lege'. Ce principe impose, sur le plan substantiel, certaines exigences relatives au déroulement de la procédure, en vue d'assurer la garantie du procès équitable qui implique le respect de l'égalité des armes».

Nel caso di specie si riconosce la lesione del principio di legalità, in tali termini: «la Cour de cassation avait fixé elle-même, d'autorité, les règles de procédure applicables, au mépris du principe de la légalité de la procédure du tribunal».

La dottrina che si è occupata di questa pronuncia pone sempre su un piano di visibilità la lesione del principio generale «nullum iudicium sine lege» in caso di mancato rispetto delle regole procedurali. Cfr.

riconoscere che «servirebbe a poco valorizzare il principio di stretta legalità delle norme sui reati e sulle pene se ne fosse consentita un'applicazione arbitraria nel rito»<sup>53</sup> ossia se l'accertamento del reato in sede processuale avvenisse attraverso un impiego indisciplinato degli strumenti processuali. Il mancato rispetto della stretta legalità processuale determinerebbe, inevitabilmente, anche lo sgretolarsi della legalità sostanziale.

Da ciò si deve desumere che la legalità processuale, seppure meno invocata, non è di rango inferiore rispetto alla legalità sostanziale e, al pari di questa, si manifesta nei corollari di determinatezza<sup>54</sup> e tassatività; svolge l'essenziale funzione di garanzia nei confronti dell'imputato presunto innocente e impedisce interpretazioni analogiche in *malam partem*, predisponendo gli strumenti attraverso i quali giungere ad attuare la finalità cognitiva del processo<sup>55</sup>. È di immediata evidenza anche la consonanza con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 co. 2 Cost.).

Precisata la simmetria degli omologhi principi di legalità sostanziale e processuale, appare chiaro che, esattamente come sul versante sostanziale per integrarsi la figura di reato è necessario che la fattispecie concreta presenti tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico, allo stesso modo, affinché la prova possa essere impiegata e cioè valutata dal giudice deve formarsi in ossequio ad un determinato procedimento legale<sup>56</sup>. D'altro canto, questo non determina un sistema di prove legali in quanto lo stesso codice attribuisce spazio alla libera

---

BIGLER, Sub art. 6 (volet civil), in GONIN - BIGLER, in *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, §143, rileva come «en l'affaire 'Coëme et autres c. Belgique' la Cour a condamné une procédure spéciale violant les garanties du procès équitable protégées par l'article 6 §1» precisando ulteriormente che, ed è questo l'aspetto che rileva ai fini dell'indagine sulla legalità processuale, «il s'agissait d'une procédure spécial pour les ministres, devant la cour de cassation belge, conduite en l'absence de règles de procédure préalablement établies, en violation du principe 'nullum iudicium sine lege'».

<sup>53</sup> LA ROCCA, *I sofisticati equilibri nel principio nulla poena sine iudicio*, in LA ROCCA-GAITO, *Il controllo limite della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive delle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *Arch. pen.*, 2019, 5.

<sup>54</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 452.

<sup>55</sup> MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 7, mette in risalto che «la tassatività dovrebbe rappresentare l'argine opposto agli arbitri del potere giudiziario, così come la riserva di legge dovrebbe prevenire gli arbitri del potere esecutivo».

<sup>56</sup> SANTORIELLO, voce *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg VI, 2011, 324.

valutazione dei risultati di prova da parte del giudice<sup>57</sup>, che però si deve estrinsecare sulle prove legittimamente assunte (art. 526 c.p.p.)<sup>58</sup>.

La libera valutazione delle prove, che si colloca temporalmente in un momento successivo alla formazione e assunzione delle stesse, non può valere per annullare la forza del principio di legalità processuale, dal quale discende un argine contro le interpretazioni creative che vorrebbero infrangere le forme processuali, le quali però sottendono irrinunciabili scelte di valore e costituiscono scudo contro gli attacchi alle garanzie costituzionali del giusto processo<sup>59</sup>. Insomma, non si intende affermare che il ruolo del giudice debba essere mera «*bouche de la loi*»<sup>60</sup> ma che egli, nell'esercizio del potere per l'accertamento della responsabilità penale debba rimanere «vincolato al principio di stretta legalità che, nel modello liberale, rappresenta un canone generale tanto sul fronte sostanziale quanto su quello della procedura»<sup>61</sup>.

Tale affermazione trova conferma anche in quella enunciazione positiva di carattere generale, contenuta nell'articolo 124 *disp. att. c.p.p.*, che prescrive ai giudici, «destinatari delle norme processuali», l'obbligo di osservarle «indipendentemente dall'esistenza di sanzioni endoprocessuali a loro tutela»<sup>62</sup>.

In campo probatorio, questo obbligo generale, «chiamato a tutelare il valore della legalità dei procedimenti»<sup>63</sup>, è rafforzato dalla previsione dell'intransigibile sanzione dell'inutilizzabilità processuale che colpisce le prove «assunte in violazione dei divieti previsti dalla legge» (art. 191 c.p.p.). Siffatta previsione, «nata [*proprio*] per dare veste formale al principio di legalità probatoria»<sup>64</sup>, impone l'inderogabilità delle modalità assuntive predeterminate dal legislatore, con

<sup>57</sup> In proposito, per tutti FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giust.*, 1998, n. 3, 587.

<sup>58</sup> SCALFATI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale, Vol II, Prove e misure cautelari, t. 1, Prove*, diretto da SPANGHER, a cura di SCALFATI, Torino, 2009, 26, 7 e 26.

<sup>59</sup> MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 698.

<sup>60</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

<sup>61</sup> Si è riportato testualmente qui il 20esimo principio per «un processo penale liberale» contenuto nel Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo, elaborato dalle Camere penali in collaborazione con illustri docenti universitari di diritto e procedura penale, reperibile sul sito [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it). In dottrina, v. VALENTINI, *Norme processuali e interpretazione*, cit., 3394 rileva che «negare l'esistenza di vincoli nell'opera interpretativa (...) equivale al suicidio (...) della legalità».

<sup>62</sup> VALENTINI, *Norme processuali e interpretazione*, cit., 3406.

<sup>63</sup> VALENTINI, *Norme processuali e interpretazione*, cit., 3406.

<sup>64</sup> Così, testualmente, CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., 114; NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, 381.

conseguente inutilizzabilità della prova assunta in lesione delle stesse<sup>65</sup>. Se il legislatore ritiene che debba essere seguito un determinato *modus procedendi* nell'acquisizione di un mezzo di prova, implicitamente pone il divieto di assumere le prove secondo un *quomodo* diverso definito da «scelte estemporanee effettuate sul campo»<sup>66</sup>. Se così non fosse, si ammetterebbero prove eversive dei modelli legali e, in termini più generali, si attuerebbe il rischio di una nuova forma di indipendenza dei magistrati: l'«indipendenza dalla legge processuale»<sup>67</sup>, antinomica rispetto alla legalità processuale.

Sulla scorta di queste considerazioni, dovrebbe emergere chiaramente come la prova deviante dalla regolamentazione tipica integri una prova *contra legem*, necessariamente travolta dall' inutilizzabilità processuale<sup>68</sup>.

In questo quadro, è agevole comprendere come l'atipicità probatoria, disciplinata dall'articolo 189 c.p.p., abbia il compito di «integrare e non di destrutturare» il *corpus probatorio*<sup>69</sup>. Infatti, l'articolo 189 c.p.p. rappresenta una scelta intermedia<sup>70</sup> tra due principi collocati ai due estremi ideali: tassatività e libertà

<sup>65</sup> In proposito CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, cit., 1770; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, *passim*; ID., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 781; ID., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2004, *passim*; ID., *L'inutilizzabilità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di MARANDOLA, 2015, 97; GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, fasc. 4, *passim*; ID., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 64; ID., voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. giur.*, Agg. I, 1997, 690; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 521; NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641; SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, *passim*.

<sup>66</sup> SCALFATI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 8. In questo senso anche CIAVOLA, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 2000, 488. Cfr. anche AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., 323; CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, cit., 1770; LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002, 9.

<sup>67</sup> NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo* (1994), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 3.

<sup>68</sup> CONTI, *Nuove tecnologie e "tipicità" procedurale del sistema probatorio: il principio di non sostituibilità*, in CONTI e BACCARI, in *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 717; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*; SCALFATI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 9.

<sup>69</sup> RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1999, 1754. In tal senso, si è espresso anche DINACCI, *Le regole generali delle prove*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo. Soggetti. Atti. Prove*, diretto da GARUTI-KALB-MARANDOLA-SPANGHER, a cura di SPANGHER, Torino, 2015, 775.

<sup>70</sup> *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 60.

della prova. Il fine dei *conditores legum* era quello di conciliare le esigenze di un processo moderno, inserito in una realtà tecnologica dinamica in cui l'andamento della criminalità e l'investigazione sulla medesima sono inesorabilmente intrecciate allo sviluppo scientifico, con le esigenze di garanzia dei diritti dell'imputato. Per non «ignorar[e] la portata garantista»<sup>71</sup> del principio di tassatività, si sono previste alcune fattispecie tipiche di mezzi di prova, rigorosamente disciplinati dalla legislazione codicistica in modo da «offrire ampie garanzie, sia sotto il profilo del rispetto dei diritti delle parti, sia sotto a quello della potenzialità dimostrativa»<sup>72</sup>. D'altro canto, non si è posta, però, alcuna «aprioristica preclusione nei confronti delle prove non disciplinate dalla legge»<sup>73</sup> in quanto non prevedibili perché esito dello sviluppo tecnologico-scientifico, prove che potranno essere assunte nel rispetto della cornice legislativa definita dall'articolo 189 c.p.p.

Sviluppate queste considerazioni, occorre «essere fermissimi, almeno dal punto di vista dei principi, nel sottolineare che l'articolo 189 c.p.p., innegabilmente pericoloso da punto di vista pratico, non equivale affatto a giustificare maggiori e ulteriori libertà nella formazione della prove già regolamentate»<sup>74</sup> perché l'atipicità probatoria non può incidere in alcun modo sulla tassatività dei singoli mezzi tipici<sup>75</sup>. In caso contrario, sorgerebbe il paradosso logico, prima

---

In dottrina si sofferma sulla genesi dell'art 189 c.p.p., fra gli altri, BOZIO, *La prova atipica*, in *La prova penale*, a cura di FERRUA-MARZADURI-SPANGHER, Torino, 2013, 60-65.

Per un'attenta disamina sull'evoluzione storica dei principi che hanno governato i precedenti sistemi probatori, fino al progetto preliminare del c.p.p. del 1978, si veda ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, *passim*.

<sup>71</sup> V. ancora *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 60.

<sup>72</sup> FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, p. 101.

<sup>73</sup> GREVI (Aggiornamento a cura di Illuminati), *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di BARGIS, Milano, 2020, 269.

Nello stesso senso ID e CONSO, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, 240. In termini simili CORDERO, Sub. art. 189, in *Codice di procedura penale da Franco Cordero*, Torino, 1992, 230, ove sottolinea che «l'articolo 189 taglia corto: niente esclude [una prova] innominata, purché risponda al sistema».

<sup>74</sup> NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 120; sulla sua scia anche CECANESE, *Aspetti problematici e snodi interpretativi dell'interpretazione di persone e di cose*, in *Arch. pen.*, 2018, 13.

<sup>75</sup> In proposito, FALATO, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni Gps*, in *Giur. it.*, 2010, 2419, ritiene che «l'art. 189 rivendica il principio di legalità». V. anche MELCHIONDA, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, 1997, 854; NOBILI, Sub art. 189, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 398; ID., *Principio di legalità, processo e diritto sostanziale*, cit., 202-203.



ancora che giuridico, di ammettere prove “tipiche atipiche” e l’inaccettabile conseguenza di rendere malleabile il garantismo processuale, a sua volta, «altra faccia del costituzionalismo»<sup>76</sup>. Pertanto, l’unica corretta accezione di prova atipica è quella di prova innominata, ossia «quella che il legislatore non ha contemplato e che affida la *gnosi* giudiziaria a una struttura autonoma con capacità dimostrative altre e ulteriori rispetto a quelle [*che sono*] in grado di garantire le prove disciplinate»<sup>77</sup>. Le prove di cui all’articolo 189 c.p.p. sono prove non disciplinate dal legislatore *aliunde*, non nominate nel libro III del c.p.p. In prima battuta, dunque, la categoria delle prove atipiche si enuclea attraverso una «relazione negativa» con il repertorio legale delle prove tipiche<sup>78</sup>. Questo concetto, del rapporto alternativo tra prove tipiche e prove atipiche, è compendiato in quello che la dottrina definisce principio di non sostituibilità<sup>79</sup>.

Non si può negare che, nonostante l’intento dichiarato dal legislatore di effettuare una scelta sorvegliata, mediana tra i due antitetici principi, l’articolo 189 c.p.p. è stato mal concepito in quanto in oltre trent’anni di vigenza del codice e di progresso tecnologico non si rinvengono prove “nuove” che non siano riconducibili entro i modelli tipici<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Espressione di FERRAJOLI, impiegata nel suo intervento dal titolo “*Prove giudiziarie*” in occasione del festivalfilosofia2018-verità, del quale si può prendere visione in [www.festivalfilosofia.it](http://www.festivalfilosofia.it).

<sup>77</sup> DINACCI, *Le regole generali delle prove*, cit., 775; V. anche RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., 1741-1742.

Parzialmente diversa è l’opinione di DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 91 secondo il quale «il fenomeno dell’atipicità probatoria non è precluso entro i confini dell’assoluto *prater legem* (poiché l’enunciato normativo “prova non disciplinata dalla legge” ricomprende non solo mezzi di prova interamente innominati, ma anche figure in cui singoli componenti di un mezzo di prova sono atteggiati, nel compimento di un’operazione probatoria in termini atipici)».

<sup>78</sup> DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 85. Nello stesso senso anche CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, cit., 1195; FELICIONI, *Le fattispecie “atipiche” e l’impiego processuale*, cit., 342; FERRUA, *La prova nel processo penale, Vol. I, Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 313; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 108; NOBILI, Sub art. 189, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 400, note a piè di pagina 8-9; ID., *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 43; ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 119; RIZZO, *Lo strumento investigativo delle riprese visive*, cit., 24.

<sup>79</sup> CONTI, *Nuove tecnologie e “tipicità” procedurale del sistema probatorio: il principio di non sostituibilità*, cit., 717; INGENITO e INNOCENTI, *La videoregistrazione domiciliare di comportamenti comunicativi nella previsione e non comunicativi nei risultati*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1340; PISANI, *La crisi delle garanzie difensive nell’attività atipica della polizia giudiziaria. Profili sistematici e prassi giurisprudenziali*, cit., *passim*.

<sup>80</sup> MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 8.

**4. Il contraddittorio anticipato per l'assunzione delle prove atipiche.** La dubbia legittimità delle videoregistrazioni atipiche non viene meno con riferimento alle captazioni di comportamenti non comunicativi. Occorre precisare, infatti, che la stessa formulazione dell'articolo 189 c.p.p. contiene due elementi essenziali che implicitamente definiscono l'incompatibilità dell'atipicità con i mezzi di ricerca della prova.

In primo luogo, la disposizione si riferisce alla "assunzione" delle prove e, inteso *stricto sensu*, il termine assunzione evoca la formazione delle prove con le modalità dibattimentali, nel contraddittorio tra le parti al cospetto del giudice terzo e imparziale (art. 111 comma 2 Cost.). I mezzi di ricerca della prova consentono, invece, l'acquisizione - non l'assunzione - di elementi probatori la cui formazione si colloca in sede extraprocessuale, cioè al di fuori e indipendentemente dallo svolgimento del processo<sup>81</sup>. Tale argomento testuale risulta però debole: l'impiego del termine assunzione non è risolutivo, posto che il legislatore potrebbe non averlo inteso in senso strettamente tecnico, come accade, ad esempio, anche nella *rubrica legis* dell'articolo 188 c.p.p. "libertà morale nell'assunzione della prova", «norma di portata generale ritenuta concordemente riferibile anche agli atti investigativi»<sup>82</sup>.

In secondo luogo, l'articolo 189 c.p.p. sancisce che «il giudice provvede all'ammissione sentite le parti sulle modalità di assunzione». È proprio questa dialettica anticipata in ordine alle regole "atipiche" a costituire il saldo argomento contro l'estensione ai mezzi atipici di ricerca della prova<sup>83</sup>. Questi ultimi si caratterizzano per il loro espletamento occulto o comunque a sorpresa in sede di indagini preliminari; solo operando "in contropiede" si garantisce la genuinità

---

<sup>81</sup> GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., ove specifica che l'articolo 189 c.p.p. «non pare riferirsi alla prova atipica precostituita che [deve] inserirsi nel processo bensì alla prova che deve essere ammessa "sentite le parti sulle modalità di assunzione"». [*corsivo aggiunto*]

<sup>82</sup> In questo senso SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 580.

<sup>83</sup> FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., 95, secondo il quale «le riprese visive effettuate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero in luogo pubblico o aperto al pubblico non possono nemmeno essere contrabbandate come prove atipiche giacché l'art. 189 c.p.p. - anticipando l'art. 111 comma 4 Cost. - esige un contraddittorio anticipato sulle modalità di assunzione della prova e quindi non disciplina una prova precostituita come le riprese visive».

dimostrativa degli elementi probatori raccolti<sup>84</sup>. L'audizione delle parti prima dell'acquisizione della prova vanificherebbe l'effetto maieutico dello strumento la cui impronta distintiva è la segretezza. A rigor di logica, dunque, si deve escludere la configurabilità di mezzi atipici di ricerca della prova perché la loro natura di atti a sorpresa si scontra con il canone indefettibile del contraddittorio anticipato tra le parti<sup>85</sup>.

Il solido argomento testuale viene però superato sulla scorta di una duttile esegesi<sup>86</sup> della seconda parte dell'articolo 189 c.p.p., in virtù della quale si sostiene che l'audizione delle parti possa intervenire anche in un momento successivo rispetto all'assunzione in senso stretto della prova, per verificare la presenza dei requisiti di ammissibilità imposti dalla legge: idoneità all'accertamento del fatto e rispetto della libertà morale.

In tal senso si sono espresse anche le sezioni unite con la sentenza Prisco<sup>87</sup> secondo cui «il contraddittorio previsto dall'articolo 189 c.p.p. non riguarda la ricerca della prova, ma la sua assunzione e interviene dunque, come risulta chiaramente dalla disposizione, quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione della prova»<sup>88</sup>.

Del resto, l'omissione del contraddittorio anticipato è stata considerata nella prassi una mera irregolarità, escludendosi tanto l'inutilizzabilità quanto la nullità di ordine generale di cui all'articolo 178 c.p.p.<sup>89</sup>.

È fuor di dubbio che non si possa aderire a una simile interpretazione. Invero, il riferimento all'audizione anticipata delle parti è stato oggetto di codificazione a seguito di specifico emendamento rispetto al progetto preliminare del codice di procedura penale che non ne faceva cenno, in vista della irrinunciabile

---

<sup>84</sup> CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 854, precisa che, nel caso di mezzi di ricerca della prova, «l'intrusione vi risulta inavvertita da chi la subisce, o almeno, vuol esserlo; sfuma l'effetto utile quando gli spiati sappiano». V. anche FALATO, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni Gps*, cit., 2423.

<sup>85</sup> ZACCHÉ, *Prova atipica*, in *Dig. proc. pen. online*, a cura di SCALFATI, Torino, 2012, 1.

<sup>86</sup> V. ancora SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., 580.

<sup>87</sup> Il ragionamento non era, tuttavia, estraneo alla dottrina. In particolare, sembra emergere la stessa linea di pensiero in CRICRÌ, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte non comunicative*, cit., 579 - 580.

<sup>88</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, cit., 11.

<sup>89</sup> L'intervento della nullità di ordine generale è invece affermato da PANSINI, *È valida la prova atipica senza preventiva audizione delle parti?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1258, a opinione della quale «è agevole individuare nella lettera c dell'articolo 178 c.p.p. la fonte di nullità nel caso in cui venga disattesa quella previsione di contraddittorio preventivo, necessario per la determinazione del *quomodo* di acquisizione di una prova atipica». Ritiene «che il riferimento all'articolo 178 comma 1 lettera c c.p.p. è una conseguenza diretta di un'individuazione del concetto di partecipazione utilizzato dalla norma».

«esigenza di consentire alle parti di partecipare a un segmento cruciale del processo»<sup>90</sup>. Il previo contraddittorio tra le parti, seppure non vincolante per il giudice che determina le modalità di assunzione della prova atipica<sup>91</sup>, è obbligatorio ed è necessariamente anteposto alla definizione delle modalità di assunzione.

Il contraddittorio previsto dal secondo periodo dell'articolo 189 c.p.p. assume rilevanza proprio in quanto anticipato, perché attribuisce alle parti la possibilità di influenzare il giudice nell'assunzione delle prove e, comunque, consente loro di sapere quali saranno le modalità di assunzione, con un'evidente finalità di colmare l'inevitabile incertezza delle prove innominate<sup>92</sup>. Il confronto dialettico successivo all'assunzione in senso proprio vanificherebbe la stessa *chance* di incidere sul *quomodo* dell'attività che deve compiersi.

Si deve, quindi, necessariamente concludere che il dato letterale dell'articolo 189 c.p.p. non si presta a regolare mezzi di ricerca della prova o, più in generale, ogni strumento di indagine connotato da sorpresa, segretezza e unilateralità, essendo questi ontologicamente incompatibili con il contraddittorio anticipato<sup>93</sup>. Al tempo stesso, il contraddittorio postumo non può surrogare quello

<sup>90</sup> DI TULLIO D'ELISIIS, *Mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova in sede penale*, Matelica (Macerata), 2017, 222.

<sup>91</sup> In questo senso, tra gli altri, BOZIO, *La prova atipica*, in *La prova penale*, a cura di FERRUA-MARZADURI-SPANGHER, Torino, 2013, 74; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 615; DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 88; FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., 108; GREVI, *Prove*, cit., 269; SPANGHER, *La pratica del processo penale*, III, Padova, 2014, 459. *Contra*, RICCI, *Le prove atipiche*, Bologna, 1999, 539 ss.

<sup>92</sup> Sostiene FURGIUELE, *La prova per il giudizio penale*, cit., 107, che il peculiare contraddittorio anticipato «può giustificarsi con la volontà del legislatore di salvaguardare le parti dalla “inconsistenza normativa” dei mezzi di prova atipici e dal pericolo di una loro possibile strumentalizzazione da parte dell'organo giudicante». TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove «atipiche» tra teoria e prassi*, Napoli, 2011, 99, scrive che «(...) per le prove atipiche il principio del contraddittorio è garantito non solo nella fase di formazione della prova, bensì anche prima di tale fase, in quanto le parti possono contribuire a determinare le modalità di assunzione dell'elemento di prova».

<sup>93</sup> Sul punto deve segnalarsi la posizione di SCALFATI, *Premesse sulla prova penale*, cit., secondo il quale il «confronto sull'ammissibilità e sui modi di acquisizione» delle prove atipiche integra un'attività «non certo adeguata ai mezzi di ricerca della prova». Tuttavia, egli conclude che «ciò non obbliga - in assenza di una statuizione esplicita in tal senso - a ricavare il divieto di ricorrere a mezzi investigativi non disciplinati o che richiedono modalità esecutive non contemplate, soprattutto pensando alla tendenziale indeterminatezza di certa disciplina; anzi, l'esigenza di indagini complete si dirige verso un sistema opposto a quello che vorrebbe l'inquirente vincolato a un catalogo predeterminato di strumenti» (...) Il vero problema è quello di stabilire, di volta in volta, se le attività investigativo-probatorie (...) aggirino modalità di

anticipato che ha come obiettivo proprio quello di dettare le regole assuntive prima che la formazione della prova abbia luogo. Sarebbe quantomeno curioso che la verifica di legalità del caso concreto sia condotta su regole definite a posteriori rispetto all'assunzione della prova.

**5. L'ipertrofia dell'atipicità probatoria.** Gli arresti giurisprudenziali sul tema delle videoriprese rappresentano un'ulteriore tessera che si aggiunge a quel criticabile mosaico di patologie applicative ispirate al principio di non dispersione della prova, emerso quale manifesto di una deriva inquisitoria iniziata nel 1992<sup>94</sup>.

Le deviazioni interpretative sono però figlie dei difetti della legislazione<sup>95</sup>, in particolare del vizio di origine dell'articolo 189 c.p.p., ossia della rinuncia alla tassatività probatoria. A ciò si deve aggiungere, in tempi più recenti, la scelta di non regolamentare il delicato tema delle videoregistrazioni, nonostante i moniti, più o meno espliciti, che la dottrina e, in alcuni casi, la stessa giurisprudenza hanno rivolto al legislatore.

Sussiste, dunque, un concorso di colpe tra un giudice affetto da bulimia conoscitiva e un legislatore che ne alimenta la fame, anche attraverso il suo silenzio. La combinazione tra prassi disinvolute e silenzio della legge è il terreno di coltura migliore per l'ipertrofia della prova atipica, in danno della necessaria tutela dei diritti fondamentali. Infatti, proprio la scelta legislativa ha permesso all'attività giurisdizionale di trasfigurare l'articolo 189 c.p.p., impiegato sempre di più come valvola di apertura attraverso la quale trova ingresso nel processo penale ogni entità che sia in grado di fornire un contributo conoscitivo alla vicenda giudiziaria, anche al costo di rinunciare al procedimento probatorio positivizzato.

---

acquisizioni rigidamente contemplate o, addirittura, vulnerino i limiti imposti dalle norme costituzionali».

<sup>94</sup> Cfr. C. Cost., sent. 22 gennaio 1992, n. 24 in *Giur. cost.*, 114, con osservazioni di SCARPONE e TORNATORE; C. cost., sent. 18 maggio 1992, n. 254 in *Giur. cost.*, II, 1992, con nota di FERRAJOLI; C. Cost., sent. 18 maggio 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, II, 1992, con nota di ILLUMINATI.

V., inoltre, DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 739.

<sup>95</sup> Secondo MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2011, 1521, «ascrivere le degenerazioni del diritto vivente esclusivamente alla atavica mancanza, nel nostro Paese, di una cultura della prova e delle regole processuali in genere, sarebbe però un modo semplicistico per liquidare il problema...».

L'esito irrimediabile e inaccettabile di tale operato determina la rottura del duplice ordine di garanzie che il legislatore ha inteso salvaguardare mediante la previsione di prove tipiche dotate di un procedimento assuntivo predefinito<sup>96</sup>: garanzie soggettive dell'imputato sotto accusa<sup>97</sup> ma, anche, garanzie epistemologiche<sup>98</sup>. Con riguardo a questo ultimo profilo, la scelta di rinunciare alle forme preconizzate dal legislatore, giustificata in nome della cognizione giudiziaria, rischia di dare vita a un cortocircuito perché, nel perseguire queste dichiarate finalità cognitive, si rinuncia, talvolta, ad alcuni baluardi designati dalla legge proprio per assicurare il miglior percorso epistemologico.

Le conseguenze sulle garanzie individuali e di sistema, derivanti dalla violazione delle previsioni codicistiche previste in tema di assunzione di prove tipiche e atipiche, escludono che le prove irrituali, artificiosamente qualificate come atipiche, possano integrare un mero «vizio innocuo» in grado di sanare la sanzione dell'inutilizzabilità in applicazione della teoria del «pregiudizio effettivo» in voga nelle pronunce giurisprudenziali<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 700 ss.

<sup>97</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 426 precisa come «lo schermo della legge vale a difendere l'individuo dagli attentati alla sua libertà e integrità (...)»

<sup>98</sup> SCALFATI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 8.

<sup>99</sup> Sulla teoria del pregiudizio effettivo e sul vizio innocuo è necessario rinviare al lavoro di CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., *passim*.