

[a capo]

IL RICONOSCIMENTO FOTOGRAFICO CURATO DALLA POLIZIA GIUDIZIARIA

di *Alessandro Bernasconi*

SOMMARIO: 1. Riconoscimento fotografico, individuazione del pubblico ministero, ricognizione di persone: i gradini di una (malferma) scala. – 2. L'individuazione, diretta o fotografica, compiuta dalla polizia giudiziaria in via autonoma. – 3. I rapporti tra i riconoscimenti – fotografici e non – compiuti in sede di indagine e la ricognizione. – 4. La giurisprudenza ribadisce l'utilizzabilità dei riconoscimenti fotografici.

1. Riconoscimento fotografico, individuazione del pubblico ministero, ricognizione di persone: i gradini di una (malferma) scala

Per la scienza psicologica il **riconoscimento fotografico** è un mezzo conoscitivo del tutto inaffidabile. Quella che può apparire come una drastica affermazione risulta tuttavia comprensibile alla luce di un aspetto fondamentale dell'attività cognitiva: i testimoni operano i riconoscimenti in forza di una impressione d'insieme sulla fisionomia della persona osservata piuttosto che su singoli particolari o dettagli somatici della medesima. L'immagine fotografica, anche laddove riproduca fedelmente tali caratteristiche – cioè a dire senza distorsioni, giochi di luce o zone d'ombra – non può rimandare se non «un aspetto parziale, momentaneo e statico, delle persone»; e poiché «l'impressione complessiva che noi abbiamo di un individuo si fonda in massima parte su elementi dinamici (gesti, mutamenti d'espressione ...)» è ovvia l'inadeguatezza di una **fotografia** a rappresentare tale realtà cognitiva¹. Gli studi di psicologia

¹ C.L. MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Liviana, Padova, 1989, p. 172. Analogamente, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 142 evidenzia come sia ormai dimostrato «che la presentazione dal vivo

cognitiva e le sperimentazioni in materia di riconoscimenti fotografici approdano a una conclusione condivisa: la percentuale dei così detti “falsi positivi” è maggiore di quella riscontrabile nel campo del riconoscimento di persone presentate dal vivo. E se il secondo rappresenta la modalità *par excellence*, sacralizzata dal codice di procedura penale per il riconoscimento di persone – si allude alla **ricognizione** compiuta dal giudice quale mezzo di prova (artt. 213 e 214 c.p.p.) –, in parallelo ad esso è previsto un “atto omologo” e deformalizzato, cioè l’**individuazione** “del” pubblico ministero, realizzabile anche mediante il ricorso alla presentazione di immagini (art. 361, comma 2, c.p.p.); negli schemi delle prassi investigative prospera, infine, uno strumento che appare come la filiazione di quest’ultima: **l’individuazione fotografica** compiuta in via autonoma dalla polizia giudiziaria; per l’appunto, *strumento* d’indagine e non *istituto* codicisticamente regolato.

L’analisi del riconoscimento fotografico curato dalla polizia giudiziaria richiede una previa disamina della individuazione *ex* art. 361 c.p.p.; ragioni di collocazione sistematica e di affinità funzionale – a dispetto della diversa dignità normativa, trattasi comunque di atti di indagine – esigono un approccio articolato sulla scansione dei rapporti tra individuazione del pubblico ministero e riconoscimento della polizia giudiziaria; sullo “sfondo”, la disciplina della ricognizione, quale istituto consegnato al monopolio del giudice, rappresenta il paradigma nel cui prisma inquadrare portata, intersezioni e diversità tra gli atti in oggetto.

L’individuazione è affrancata, in quanto istituto d’indagine a forma libera, dal modello strutturale – e sanzionatorio – della ricognizione di persone; nell’arsenale a disposizione del pubblico ministero, il mezzo *ex* art. 361 c.p.p. costituisce una fattispecie fortemente atipica. Il suo inserimento tra i così detti atti omologhi smarca, dal punto di vista della regolamentazione normativa, l’isti-

port[i] a riconoscimenti più accurati mentre il livello della prestazione decresce se i soggetti hanno visto per la prima volta in fotografia il soggetto da identificare. E il fatto non può certo sorprendere se solo si considerino le differenze sostanziali che ci sono tra la situazione di osservazione dal vivo – in cui i volti vengono percepiti in una varietà di elementi dinamici (gesti, mutamenti di espressioni, ecc.) e di pose – e quella fotografica, in cui il soggetto viene presentato in una forma statica e parziale che cristallizza l’espressione di un attimo fuggente». Aggiunge C. PANSERI, *La ricognizione di persona: aspetti psicologici e giuridici*, in G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 558, che nel corso del riconoscimento fotografico il testimone «è chiamato a cercare di formare nella sua memoria, unendo i frammentari particolari del volto del colpevole, una immagine unitaria onde poterla raffrontare alle fotografie che man mano gli vengono mostrate»; la difficoltà e l’approssimazione di questo compito sono intuitive, se solo si rammenta che i reati vengono consumati in condizioni del tutto particolari, «cariche di *stress* per l’osservatore, che diminuiscono la sua possibilità di percepire correttamente ciò che sta accadendo anche perché i movimenti si svolgono rapidamente ed il testimone può percepire solo immagini frammentarie e pochi particolari».

tuto in oggetto dal “corrispondente” mezzo probatorio: la complessa procedura prevista per la ricognizione non è ricalcata dalla individuazione. Le differenze più vistose emergono tuttavia nella prospettiva teleologica: il confronto tra le finalità delle relative previsioni (e rispettive collocazioni nel sistema del codice) e l’applicazione pratica consegna un quadro connotato da una vistosa anarchia della giurisprudenza.

Il pubblico ministero può avvalersi dell’individuazione quando questa appaia necessaria per la «immediata prosecuzione delle indagini» (art. 361, comma 1, c.p.p.); una regola – come si desume dal tenore della *littera legis* – insuscettibile di imbrigliare la discrezionalità dell’inquirente circa l’*an* del ricorso allo strumento. L’opaca caratterizzazione funzionale dell’istituto risalta nel raffronto con le regole dettate per la ricognizione formale: nel «preambolo»² dialogato con la persona chiamata ad eseguire il riconoscimento il giudice deve infatti accertare se vi siano state circostanze idonee a compromettere l’attendibilità del medesimo (cfr. art. 213, comma 1, c.p.p.), e tra queste – dunque – anche una precedente individuazione.

Al di là di ciò, esistono precisi indici rivelatori della valenza squisitamente endoprocedimentale dell’individuazione; questi sono rappresentati dalla necessità per l’immediata prosecuzione delle indagini, dalla netta semplificazione delle forme, dall’assenza di garanzie difensive nella fase di svolgimento dell’atto. La giurisprudenza ha tuttavia divelto i paletti che confinano l’esito della individuazione nella fase preliminare; ribadendo la generalizzata tendenza ad ampliare l’efficacia probatoria degli atti d’indagine, essa è pervenuta a risultati non accettabili³: in quanto dichiarazione di scienza assimilabile a quella del **testimone** – e pertanto utilizzabile per le contestazioni dibattimentali – l’individuazione ha finito «per introdursi surrettiziamente tra il materiale che il giudice utilizza per decidere della responsabilità dell’imputato»⁴. Ma che l’individuazione sia un atto destinato ad esaurire la propria carica rappresentativa all’interno della fase preliminare lo dimostrano – come anticipato – più dati. Il primo concerne le modalità di **documentazione** del medesimo; a tenore dell’art. 373, comma 3, c.p.p., esso va documentato, a discrezione del pubblico ministero, tramite la redazione del **verbale** in forma riassuntiva ovvero «mediante le annotazioni ritenute necessarie»; e non è casuale che l’elenco degli atti tipici, a utilizzazione privilegiata, non ricomprenda l’individuazione (cfr.

² F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 773.

³ D. MANZIONE, *L’attività del pubblico ministero*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Utet, Torino, 1999, p. 274.

⁴ *Ibidem*, p. 274.

art. 373, comma 1, c.p.p.). Peraltro, l'interpolazione di questa norma (ad opera della legge 7 agosto 1992, n. 356), intesa ad irrobustire la formalizzazione di taluni atti d'indagine del pubblico ministero, non ha incluso l'individuazione; l'ampliamento del regime di utilizzazione probatoria degli atti raccolti dall'organo delle indagini, in segreto e fuori del contraddittorio, avrebbe necessitato – semmai – un ritocco al catalogo di quelli da documentare mediante verbalizzazione integrale: escludere, in quella occasione, l'individuazione di persone rappresentò una implicita scelta a conferma della finalità endoinvestigativa dello strumento. La “vera” cartina di tornasole della finalizzazione dell'atto all'immediata prosecuzione delle indagini sta comunque nell'assenza del diritto di assistenza difensiva durante lo svolgimento dell'individuazione. Non solo. Se si analizza l'originario tessuto dell'indagine preliminare, usando come esclusivo metro di misura l'istituto di cui all'art. 361 c.p.p., ne scaturisce un sistema lineare; l'individuazione non ha peso probatorio, è amorfa, non verbalizzabile e, di conseguenza, inutile appare l'assistenza del difensore; viceversa, forme, documentazione e garanzie difensive corroborano l'efficacia probatoria della ricognizione⁵.

Ai fini del presente studio riveste un rilievo centrale l'esplicita previsione (di cui al comma 2 dell'art. 361 c.p.p.) circa la possibilità – riconosciuta al pubblico ministero – di sottoporre «in immagine» le persone (nonché le cose

⁵ La Corte costituzionale (sent. n. 265/1991), nel dichiarare non fondata la questione di legittimità dell'art. 364 c.p.p., nella parte in cui non prevede che la disciplina sulla nomina e l'assistenza tecnica del difensore si applichi anche alla individuazione, cui debba partecipare la persona sottoposta alle indagini, postulava esattamente tale quadro (Corte cost. 12 giugno 1991, n. 265, in G. CONTI (a cura di), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 568). In particolare, né il diritto di difesa dell'indagato, né il principio di parità delle parti risultano violati dal legislatore codicistico, libero – secondo la Consulta – di «graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto che ... esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto». In siffatta logica, la funzione non probatoria dell'individuazione non cambierebbe laddove si ammettesse la presenza della difesa al suo svolgimento: infatti, nel sistema del 1988, la prova si forma in dibattimento. Connesso a quest'ultimo, emerge un altro profilo messo in luce dalla Corte, ovvero come «in talune ipotesi sia del tutto impossibile realizzare l'assistenza di un difensore “*in incertam personam*”, prima cioè di avere materialmente identificato la persona che sarà poi, solo a partire da quel momento, “sottoposta alle indagini”». Il ragionamento del giudice delle leggi conserva ancora una certa attualità. Costituzionalmente sancito il canone del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 4, Cost.) e ripristinato, seppure parzialmente, il principio della separazione tra le fasi processuali – ad opera della legge 1 marzo 2001, n. 63 – l'argomento della presenza del difensore all'atto di individuazione, utilizzato in nome di un ripristino delle garanzie per compensare cadute inquisitorie (cfr. A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 206-207) appare superato. All'atto compiuto dal pubblico ministero, senza il rispetto di alcuna delle regole fissate per la ricognizione (artt. 213 e 214 c.p.p.), l'intervento del difensore aggiungerebbe poco dal punto di vista della tutela dell'accusato nell'indagine preliminare.

e «gli altri oggetti») a chi deve eseguire la individuazione: indubitabile il riferimento ai riconoscimenti eseguiti mediante fotografia. Come si è chiarito in sede di premesse, l'immagine scolpita in foto, per quanto fedele dal punto di vista riproduttivo, rievoca un profilo assolutamente parziale e statico della persona; per questo motivo, la fallacia dei riconoscimenti fotografici è statisticamente più elevata di quelli operati "dal vivo".

È peraltro innegabile la funzione che i riconoscimenti fotografici possono svolgere nelle primissime battute dell'indagine la quale, dovendo procedere per ipotesi, approssimazioni, selezione di una moltitudine di sospettabili, ricostruzione di dati (spesso contraddittorii), non può concedersi il lusso di scartare, in via pregiudiziale, alcuni metodi euristici solo in quanto meno affidabili di altri. Appare peraltro equilibrata la scelta compiuta dall'art. 361, comma 2, c.p.p.: della categoria generale delle individuazioni, quella fotografica partecipa il regime normativo, cioè a dire, libertà di forme con documentazione sintetica, assenza del difensore⁶ e, in particolare, finalizzazione alla «immediata prosecuzione delle indagini». In termini speculari, l'art. 213, comma 1, c.p.p. annovera, tra le circostanze in grado di influire sull'attendibilità dell'esito della ricognizione, quella della persona chiamata ad eseguire l'esperimento che, «prima e dopo il fatto per cui si procede, abbia visto, anche se riprodotta in fotografia» quella da riconoscere: tra le precedenti percezioni veicolate da foto, ben può figurare anche l'individuazione compiuta nel corso delle indagini. Dunque, la previsione *ex* art. 361, comma 2, c.p.p. supera, da un lato, aprioristiche esclusioni – frutto della reazione contro la diffusa prassi del passato di ricorrere ad "anomale" ricognizioni fotografiche⁷ –, mentre, dall'altro, dovrebbe rappresentare un baluardo contro l'utilizzazione probatoria dei riconoscimenti eseguiti mediante foto; relegati questi ultimi nel perimetro strettamente inve-

⁶ Cass., Sez. III, 11 maggio 2004, Panetta, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 733 («... né la presenza della difesa incide sul valore degli atti compiuti rendendoli in qualche modo equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice. Peraltro, in talune ipotesi, come quella dell'individuazione della persona sottoposta alle indagini, data la natura dell'atto è del tutto impossibile realizzare l'assistenza di un difensore "in incertam personam" prima cioè di avere materialmente identificato la persona che sarà poi, solo a partire da quel momento, "sottoposta alle indagini". Pertanto non può dirsi violato né il diritto di difesa dell'indagato, né il principio di parità delle parti, ben potendo il legislatore graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto che esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto»); analogamente, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2000, Moffa, in *Guida dir.*, 2001, *Dossier* 2, p. 108.

⁷ Così ACH. MELCHIONDA, sub art. 216, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 554, che paventava il rischio di una riproposizione, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, della stessa situazione riscontrata nell'ambito del sistema codicistico del 1930, proprio a causa del «varco» rappresentato dalle individuazioni fotografiche *ex* art. 361, comma 2, c.p.p. (pp. 555-556).

stigativo, ogni diverso impiego di essi è da considerarsi illegittimo⁸. Tra le altre, è questa una delle basi argomentative che permette di disattendere gli orientamenti giurisprudenziali intesi ad ammettere l'impiego dibattimentale delle individuazioni fotografiche, da qualunque fonte investigativa esse provengano⁹.

2. L'individuazione, diretta o fotografica, compiuta dalla polizia giudiziaria in via autonoma

Natura endoinvestigativa dello strumento e principio di **atipicità degli atti di indagine** della polizia giudiziaria (*ex artt. 55 e 348 c.p.p.*) sono i fattori che

⁸ I risultati della individuazione fotografica integrano – per costante giurisprudenza – il requisito dei gravi indizi di colpevolezza e, quindi, possono essere utilizzati ai fini dell'applicazione di un provvedimento cautelare (così, Cass., Sez. II, 15 gennaio 2004, Acanfora, in *Cass. pen.*, 2005, p. 895; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, Notarianni, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2513; Cass., Sez. VI, 17 ottobre 1995, Rugari, *ivi*, 1997, p. 1080; Cass., Sez. I, 29 settembre 1995, Caterino, *ivi*, 1997, p. 1097; che l'adozione di misure cautelari possa fondarsi su una individuazione, sia personale che fotografica, è assunto ribadito da Cass., Sez. I, 2 dicembre 2008, Morfei ed a., in *Cass. pen.*, 2010, p. 1579 (l'individuazione di persona compiuta dalla polizia giudiziaria «pur non essendo una prova formale, deve rispettare alcune regole dettate per la ricognizione e comunque ha valore di grave indizio di colpevolezza»), da Cass., Sez. II, 30 marzo 1994, Grillo, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 57, nonché da Cass., Sez. fer., 2 agosto 1993, Beltrame, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2482-2483). Sul piano della equiparazione tra risultato della singola individuazione fotografica e presupposto del *fumus commissi delicti* in campo cautelare (v., per esempio, Cass., Sez. I, 29 settembre 1995, Caterino, cit., p. 1097) il suddetto orientamento giurisprudenziale non appare condivisibile; infatti, il comma 1-bis dell'art. 273 c.p.p. – inserito dalla legge n. 63/2001 – spinge in maniera inequivocabile nella direzione dell'applicazione della regola valutativa contemplata dall'art. 192, comma 2, c.p.p. in materia di indizi nel giudizio cautelare (per questa tesi, v. E. MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 246-249 e 254-259; a tale conclusione si perveniva, peraltro, già nell'interpretazione dell'originario testo dell'art. 273 c.p.p.: v. M. CHIAVARIO, sub art. 273, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 1990, p. 32 e nota 9): di conseguenza, l'esito positivo di una individuazione di persona non dovrebbe essere sufficiente – se isolatamente considerato – a fondare l'applicazione di una misura cautelare. Quanto – inoltre – alla utilizzabilità dei verbali di individuazione in sede di giudizio abbreviato, v. Cass., Sez. VI, 11 aprile 2007, Noviello e al., n. 18459; e analogo principio è affermato con riguardo al giudizio abbreviato condizionato (Cass., Sez. II, 31 ottobre 2008, n. 26336, Monaco, in *CED Cass.*, n. 42332).

⁹ Seppure con diverse sfumature, la dottrina non ammette l'impiego dibattimentale delle individuazioni fotografiche: A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., p. 199 e 260-264; ACH. MELCHIONDA, sub art. 216, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 1990, pp. 555-556; F. VARONE, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2943. In giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 18 dicembre 1992, Messina, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2483 ha ritenuto il valore della «ricognizione fotografica», eseguita dalla polizia giudiziaria, «per sé meramente indiziario» e suscettibile di venire «totalmente meno ove la ricognizione di persona, successivamente eseguita in sede di incidente probatorio ... dia esito negativo».

x Autore: ok?

legittimano quest'ultima a compiere l'individuazione (ivi compresa quella fotografica) – oltre che su delega del pubblico ministero¹⁰ – anche di propria iniziativa.

La praticabilità di questa seconda strada è stata tuttavia messa in dubbio, fino ad escludere che la polizia giudiziaria possa procedere, di propria iniziativa, alla individuazione di persone; stando ad alcune tesi, non solo mancherebbe un «espreso riferimento legislativo»¹¹ al riguardo ma, risultando l'individuazione inquadrabile tra gli «atti nominati atipici»¹², essa non potrebbe rientrare nel catalogo di quelli, così detti «innominati», contenuto nell'art. 348, comma 2, c.p.p.¹³. Il quadro normativo dal quale si può desumere, in via diretta o indiretta, un'ampia libertà di azione investigativa della polizia giudiziaria dirada queste perplessità; vuoi nell'originario impianto codicistico¹⁴, vuoi nel testo modificato da talune misure emergenziali – si allude qui ai vari «pacchetti sicurezza» succedutisi nell'ultimo quindicennio (dalla legge 26 marzo 2001, n. 128 fino ai recentissimi provvedimenti) – sono infatti rinvenibili numerosi indici normativi idonei a confermare la possibilità di una autonoma iniziativa

¹⁰ Concordi, sul punto, dottrina e giurisprudenza: v., rispettivamente, A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., pp. 154-156 (la quale denuncia la prassi di verbalizzare nella forma delle sommarie informazioni di cui all'art. 351 c.p.p. dichiarazioni «il cui contenuto corrisponde in realtà ad «individuazioni nominative», vale a dire ad operazioni ricognitive effettuate «a memoria», soltanto sulla base del ricordo del nome di una persona e senza la presenza fisica o l'immagine della stessa. In casi del genere, poiché la finalità dell'atto di indagine non è quella di acquisire informazioni ad oggetto generico, bensì quella di verificare la corrispondenza fisica di un determinato soggetto con quello eventualmente visto in altra precedente occasione, è illegittima la procedura non conforme ai modi stabiliti dall'art. 361 c.p.p.») e Cass., Sez. I, 27 giugno 2007, De Marco, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, p. 618; trattasi – peraltro – di indirizzo consolidato: v. Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, Notarianni, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2513.

¹¹ Così A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., p. 160; aveva già sostenuto questa tesi, seppure con un diverso quadro normativo di riferimento, G. PANSINI, *Identificazione, individuazione e ricognizioni di persona*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 163.

¹² Per E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in *Lezioni sul processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 188 sono quelli «la cui forma non è completamente regolata o non è regolata per niente».

¹³ In questo senso, A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., p. 160-161 («si è voluto costruire l'individuazione come atto nominato, seppure in forma atipica, al fine di attribuirgli un *minimum* di garanzie, tra le quali la presenza fisica della persona o la presentazione della cosa da riconoscere o, almeno, la produzione di una immagine della stessa, nonché la predisposizione di una individuazione «schermata», qualora vi siano pericoli di intimidazione nei confronti della persona chiamata ad effettuare l'atto. In questo quadro di garanzie, sia pur minimali, si spiega la scelta del legislatore di riservare al pubblico ministero la decisione di compiere un atto che può assumere un valore decisivo, *in bonam o in malam partem*, al fine di conseguire gli obiettivi investigativi»).

¹⁴ P. MOSCARINI, voce *Ricognizione (proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3.

della polizia giudiziaria per l'espletamento della individuazione, diretta o fotografica.

Nell'originaria disciplina del codice, l'art. 348, comma 1, c.p.p. faceva espresso riferimento alla raccolta di ogni elemento utile, da parte della polizia giudiziaria, «alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole»¹⁵; le modifiche apportate alla disposizione in oggetto dalla legge n. 356/1992 accentuavano poi – in una prospettiva “liberistica” – i margini di autonomia della polizia giudiziaria medesima¹⁶, e lo stesso accadeva con riguardo alla possibilità di intraprendere attività d'indagine al di fuori delle direttive del pubblico ministero (comma 3 dell'art. 348 c.p.p.)¹⁷. Inoltre, il carattere aperto dell'elenco delle attività ricomprese nelle lett. *a*) e *b*) del comma 2 dell'art. 348 c.p.p. – rimarcato anche dalla *littera legis*¹⁸ – ben si prestava ad ospitare anche l'istituto della individuazione di persone¹⁹. E, non a caso, la giurisprudenza ha stabilito che le ricognizioni fotografiche possono essere compiute su iniziativa della stessa polizia giudiziaria, «come si evince dal fatto che questa deve adoperarsi (anche) per l'individuazione del colpevole e dalla locuzione “[f]ra l'altro”, contenuta nell'art. 348, comma 2, c.p.p., che dimostra come gli atti di assicurazione della prova ivi espressamente indicati non esauriscono i poteri di iniziativa» della polizia giudiziaria²⁰.

¹⁵ ACH. MELCHIONDA, sub *art. 213*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 540-541 (l'A. rilevava altresì che il potere della polizia giudiziaria di compiere «ricognizioni informali» fosse anche desumibile dall'art. 354, comma 3, c.p.p., ove si prevede che la polizia giudiziaria possa compiere i «necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale»).

¹⁶ L'*incipit* dell'art. 348, comma 1, c.p.p. («Fino a quando il pubblico ministero non ha impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini») venne sostituito con il testo attualmente in vigore, per il quale la polizia giudiziaria continua a svolgere le funzioni indicate nell'art. 55 c.p.p. «[a]nche successivamente» alla comunicazione della notizia di reato.

¹⁷ Le parole «nell'ambito delle direttive impartite» (art. 348, comma 3, c.p.p.) vennero precedute, grazie all'interpolazione compiuta dalla legge n. 356/1992, dall'avverbio «anche».

¹⁸ Si allude alla locuzione «fra l'altro» usata per ampliare, da un punto di vista finalistico, il catalogo delle attività esplicitate nell'art. 348, comma 2, c.p.p.

¹⁹ G. SALVI, sub *art. 361*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 213.

²⁰ Così Cass., Sez. IV, 12 dicembre 1997, Ceglia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 745; in termini analoghi, *successivamente* alla legge n. 128/2001, si sono espresse Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, Gori, *ivi*, 2009, p. 256 («dal combinato disposto degli artt. 55 e 348 c.p.p. si evince il principio della atipicità degli atti di indagine di polizia giudiziaria, alla quale compete pertanto il potere-dovere di compiere di propria iniziativa, finché non abbia ricevuto dal pubblico ministero direttive di carattere generale o deleghe per singole attività investigative, tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei colpevoli, e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire, quali l'individuazione di persone o di cose, trattandosi in buona sostanza di atti di indagine finalizzati ad orientare

Un implicito conforto a tali conclusioni lo si rinviene dal contesto dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, così come ridisegnati dalla legge n. 128/2001. Sul postulato che il potenziamento del complesso delle facoltà della polizia giudiziaria si sarebbe tradotto in una maggiore incisività dell'azione di contrasto dei fenomeni delittuosi maggiormente lesivi della sicurezza pubblica, la normativa del 2001 ha operato un tentativo di ridimensionare i poteri del pubblico ministero e proceduto ad alcune interpolazioni degli artt. 327, 348, comma 3, e 354, comma 2, c.p.p.²¹ *In primis*, è stato ribadito che la **direzione delle indagini** rimane nelle mani del pubblico ministero, il quale dispone direttamente della polizia giudiziaria (art. 327 c.p.p.): anche dopo la comunicazione della notizia di reato, quest'ultima continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate negli artt. 348-357 c.p.p. Non è cambiato in misura significativa, tuttavia, il perimetro del potere della polizia giudiziaria di svolgere attività d'iniziativa anche *dopo* la comunicazione della **notizia di reato**. Infatti, tale potere era già stato rivisitato – in senso ampliativo – dalla legge n. 356/1992: il comma 1 dell'art. 348 c.p.p. prevede, infatti, che «anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato», la polizia giudiziaria continui a svolgere le funzioni indicate nell'art. 55 c.p.p. raccogliendo, in particolare, ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole. In realtà, il riferimento ai «successivi articoli», contenuto nella modificata formulazione dell'art. 327 c.p.p., ancora in misura maggiore l'attività della polizia giudiziaria alle modalità configurate dagli artt. 347 e 348 c.p.p.

L'impressione è che ci si trovi al cospetto del fenomeno – ben conosciuto –

l'investigazione») e Cass., Sez. I, 27 giugno 2007, De Marco, cit., p. 618. Approdava ad identica conclusione, facendo però leva sull'ampia portata dell'art. 349 c.p.p., Cass., Sez. IV, 28 marzo 2003, Faillace, in *Guida dir.*, 2003, f. 38, p. 92. Significativamente Cass., Sez. II, 8 aprile 1997, Chirico, in *Riv. pen.*, 1998, p. 99 riteneva che dal «combinato disposto degli artt. 55 e 348 si evince il principio dell'atipicità degli atti d'indagine della p.g. alla quale compete pertanto il potere-dovere di compiere di propria iniziativa, finché non abbia ricevuto dal p.m. direttive di carattere generale o deleghe per singole attività investigative, tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei colpevoli e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire, quali l'individuazione di persone o di cose, ancorché non espressamente indicati nell'elencazione contenuta nell'art. 348, che deve considerarsi meramente esemplificativa»; implicitamente favorevole anche Cass., Sez. V, 6 aprile 1999, Mandalà, in *Guida dir.*, 2000, f. 4, pp. 101-102. Esclude che sia viziata da nullità, per violazione degli artt. 55 e 370 c.p.p., l'individuazione di cose, operata su iniziativa della polizia giudiziaria, in quanto tale atto rientra tra le funzioni, attribuite alla stessa, di raccolta di quanto possa servire all'applicazione della legge penale, Cass., Sez. II, 21 novembre 1990, Esposito, in *Cass. pen.*, 1992, p. 990.

²¹ Diffusamente, sul “pacchetto sicurezza”, v. R. BONSIGNORI, *Nuovi profili processuali delle indagini motu proprio della polizia giudiziaria*, in G. SPANGHER (coordinato da) *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 148-175.

del “diritto penale simbolico”, volto a rassicurare l’opinione pubblica sul piano dell’efficienza dell’attività repressiva, coniugata ad una più spiccata autonomia della polizia giudiziaria.

Parallelamente, si è assistito ad una puntualizzazione del senso della previsione *ex art.* 348, comma 1, c.p.p. e della prescrizione, di carattere generale, di cui all’art. 55 c.p.p.; quest’ultima, laddove attribuisce poteri di iniziativa alla polizia giudiziaria nel prendere notizia dei reati, nell’impedire che questi vengano portati ad ulteriori conseguenze, nell’assicurare le fonti di prova e nel raccogliere quant’altro serva per applicare la legge penale, traccia il quadro normativo entro il quale possono inscrivere anche tutte le ulteriori attività da compiersi dopo la comunicazione della notizia di reato (e quindi, va da sé, anche alle individuazioni)²².

I poteri di indagine ad autonoma iniziativa della polizia giudiziaria sembrano, infine, ricevere maggiori impulsi – sempre per effetto della legge n. 128/2001 (nonché di una pletora di interventi successivi) – dalla inedita casistica e dal-

²² Come in precedenza osservato (v. nota 20), la giurisprudenza successiva alla legge n. 128/2001 conferma questa lettura: v. Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, Gori, cit., p. 256; in senso analogo anche Cass., Sez. I, 27 giugno 2007, De Marco, cit., p. 618. Occorre peraltro evidenziare che il ritocco all’art. 348, comma 3, c.p.p. – era stata soppressa la frase «anche nell’ambito delle direttive impartite» – rappresenta un aggiustamento marginale, a seguito del quale sembrerebbero dilatarsi i poteri di iniziativa della polizia giudiziaria, dopo l’intervento del pubblico ministero: così, la funzione di assicurazione delle fonti di prova sembra trovare pari dignità con le attività informative e investigative, svolte in una fase successiva all’entrata in scena del *dominus* della fase preliminare. Va per completezza segnalata anche la modifica intervenuta sul testo dell’art. 354, comma 2, c.p.p.; laddove vi sia pericolo che le cose, le tracce e i luoghi del reato si alterino, disperdano o modifichino nell’attesa di un intervento del pubblico ministero, che non possa essere tempestivo, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose e, se del caso, sequestrano corpo e pertinenze del reato: a tali presupposti si aggiunge, sempre ad opera della legge n. 128/2001, quello del pubblico ministero *che non abbia ancora assunto la direzione delle indagini*. Viene in tal modo ampliato il perimetro della urgenza che legittima accertamenti e rilievi della polizia giudiziaria; e, quale conseguenza dell’accertamento urgente, quest’ultima potrà procedere al sequestro probatorio anche quando il pubblico ministero non abbia assunto la direzione delle indagini, con l’obbligo di informarlo prontamente dell’attività svolta. E ciò, a differenza di quanto contemplato dal precedente testo normativo, potrà avvenire non solo se il pubblico ministero non ha potuto intervenire tempestivamente, ma anche nel caso in cui non abbia assunto la direzione delle indagini. Da tenere presente, in proposito, anche la necessità di individuare il momento in cui il pubblico ministero assume la direzione delle indagini: la sola informazione non basta per radicare il *dies a quo* dell’assunzione delle indagini ma occorre, in più, il compimento diretto di un atto, l’emanazione di una direttiva orale o scritta, di una delega o, ancora, di un decreto di ritardo del compimento di determinati atti; in assenza di tali provvedimenti del pubblico ministero, la polizia giudiziaria poteva, e può continuare, a compiere gli atti tipici della sua attività: dopo la novella del 2001 può altresì effettuare il sequestro probatorio *ex art.* 354, comma 2, c.p.p. Per un inquadramento generale di questi poteri, A. CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 2014, *passim*.

l'arricchimento dei presupposti in materia, rispettivamente, di arresto obbligatorio in flagranza e di fermo di indiziato di delitto. Per quanto concerne il primo, l'art. 380, comma 2, lett. e) ed *e-bis*), c.p.p. ha adeguato il novero dei reati, per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, alle fattispecie sostanziali in materia di furto in abitazione e di furto con strappo (art. 624-*bis* c.p.); la misura pre-cautelare del fermo di indiziato ha visto invece ampliato il proprio perimetro di applicabilità alle situazioni nelle quali sia «impossibile identificare l'indiziato» (comma 1 dell'art. 384 c.p.p.): esplicito il riferimento alla situazione, assai diffusa, di cittadini extracomunitari che, entrati clandestinamente nel nostro Paese, forniscono false generalità o, controllati più volte, generalità diverse²³. Inesausta – nel senso di ampliare progressivamente i presupposti dell'arresto obbligatorio in flagranza – appare peraltro l'attività del legislatore negli anni successivi (2005-2013) la quale, nelle materie più eterogenee, è intervenuta a interpolare, a più riprese, il testo dell'art. 380 c.p.p.²⁴.

Se il centro di imputazione dell'attività di indagine si identifica ancora con il pubblico ministero, alla polizia giudiziaria compete – per concludere – il potere di esercizio dell'investigazione medesima, in un contesto ove l'area di autonomia dell'agire risulta più marcata di quanto non lo fosse dopo l'intervento operato dalla legge n. 356/1992²⁵; e, come è stato evidenziato, tanto la disciplina normativa del quadriennio 1988-1992, quanto il “pacchetto sicurezza” del 2001 (e le successive novelle emergenziali), avvalorano – seppure da prospettive diverse, e in maniera più o meno indiretta – la tesi che vuole la polizia giudiziaria libera di procedere autonomamente anche alla individuazione di persone, diretta o fotografica.

²³ La norma recepisce una prassi applicativa per la quale queste situazioni costituivano elemento idoneo a far ritenere fondato il pericolo di fuga, cioè il presupposto che consente di attribuire poteri pre-cautelari al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria al fine di evitare la fuga dell'indiziato (R. BRICCHETTI, *Arresti domiciliari: blocco di cinque anni se si evade*, in *Guida dir.*, 2001, f. 16, p. 48); naturalmente, per l'adozione della misura provvisoria, devono sussistere gli ulteriori requisiti di cui all'art. 384, comma 1, c.p.p., ovvero la particolare gravità del reato e i gravi indizi di colpevolezza a carico del soggetto fermato. Ulteriori integrazioni al comma 1 dell'art. 384 c.p.p. sono state apportate, successivamente, ad opera della legge 31 luglio 2005, n. 155.

²⁴ Ci si riferisce alla legge 31 luglio 2005, n. 155 (in tema di delitti di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale), alle leggi 6 febbraio 2006, n. 38 e 1 ottobre 2012 (riguardanti i delitti sessuali contro i minori), alla legge 23 aprile 2009, n. 38 (in materia di violenza sessuale), alle leggi 15 luglio 2009, n. 94 e 15 ottobre 2013, n. 119 (concernenti le circostanze aggravanti del furto e altresì, con specifico riferimento al secondo provvedimento normativo, anche a una circostanza aggravante del delitto di ricettazione nonché al delitto di maltrattamenti contro familiari e atti persecutori).

²⁵ P. GIORDANO, *Le forze dell'ordine tornano al centro delle indagini*, in *Guida dir.*, 2001, f. 16, p. 59.

3. I rapporti tra i riconoscimenti – fotografici e non – compiuti in sede di indagine e la ricognizione

L'inchiesta del giudice sul ricognitore – disciplinata dall'art. 213, comma 1, c.p.p. – è intesa a verificare la presenza di elementi percettivi, successivi al fatto-reato, in grado di inquinare la traccia mnestica: viene chiesto alla persona se sia stata in precedenza chiamata ad eseguire il riconoscimento (anche in fotografia) e se – oltre a quest'ultima e alle restanti indicate nel primo comma della norma citata – vi siano «altre circostanze che possano influire sull'attendibilità del riconoscimento». Il codice di rito adombra così un riflesso perturbativo che l'esperita individuazione viene ad esercitare sul risultato finale dell'atto ricognitivo; lo stesso vale per quello compiuto mediante fotografia: il giudice chiede al ricognitore «se, prima e dopo il fatto per cui si procede, abbia visto, anche se riprodotta in fotografia ... la persona da riconoscere» (sempre comma 1 dell'art. 213 c.p.p.). E laddove il pubblico ministero si orienti a compiere un'individuazione dovrà, quindi, fare i conti con questa sorta di “ipoteca negativa” che l'atto omologo potrebbe esercitare nei confronti di una, futura ed eventuale, ricognizione.

Non poco singolare appare, di conseguenza, l'inquadramento sistematico degli istituti preordinati al riconoscimento di persone nella fase delle indagini preliminari; un contesto che appare penalizzare, in via indiretta, l'individuazione e, al tempo stesso, ostacolare la scelta dell'indagante di cristallizzare, con l'**incidente probatorio**, il risultato della ricognizione; infatti, qualora il pubblico ministero scarti l'opzione dell'atto di cui all'art. 361 c.p.p., l'esigenza di acquisire il riconoscimento del presunto autore del reato trova, nelle «particolari ragioni di urgenza» che «non consentono di rinviare l'atto al dibattimento» (art. 392, comma 1, lett. g), c.p.p.), una griglia non facilmente superabile per aprire l'incidente probatorio. In altre parole, l'ordinamento, da un lato, pare penalizzare il ricorso al mezzo d'indagine “omologo” rimarcandone l'ascendenza negativa sulla ricognizione, dall'altro, non propizia il ricorso alla procedura parentetica, al fine di assicurare l'elemento conoscitivo, una volta per tutte, nel paniere dell'accusa²⁶. La scelta dell'organo delle indagini – ricorrere all'incidente probatorio per assumere una ricognizione oppure effettuare direttamente una individuazione – potrebbe in teoria ricadere sul primo «se le indagini già consentono la formulazione di un giudizio di probabilità della identità, se l'atto può avere importanza decisiva nell'economia delle indagini,

²⁶ Per una isolata pronuncia intesa ad ammettere l'individuazione fotografica in sede di incidente probatorio v. Cass., Sez. I, 2 luglio 2008, Mohammed ed a., in *CED Cass.*, n. 240674.

e l'accusa non possa rinunciare al **dibattimento** agli eventuali effetti positivi» della prova in tal modo assunta²⁷.

L'apparente rompicapo può forse essere risolto ricorrendo a un confronto storico. Non è infatti da escludere che il contenuto della formula di cui all'art. 213, comma 1, ultimo periodo, c.p.p. rifletta i risultati cui è pervenuta l'applicazione giurisprudenziale in materia di ricognizioni nella vigenza del codice del 1930; nonostante l'art. 360, comma 1, c.p.p. 1930 ritenesse le precedenti percezioni visive quali condizioni «atte a *prevenire* [corsivo di chi scrive] il riconoscimento», la giurisprudenza affermava che le ricognizioni mediante fotografia, eseguite dalla polizia giudiziaria, non costituivano causa di invalidità del successivo esperimento formale. Il legislatore del codice del 1988 non sembra avere ignorato questo orientamento: ai sensi dell'art. 213, comma 1, c.p.p. le agnizioni antecedenti non *prevengono* il riconoscimento ma, più semplicemente, (possono) *influire* sulla attendibilità del relativo esito. Viceversa, l'istituto dell'individuazione (art. 361 c.p.p.) apparirebbe un fuor d'opera.

Concludendo sul punto, la complessa questione si esaurisce nell'ambito del libero convincimento del giudice; il tenore della locuzione *ex art. 213, comma 1, ultimo periodo, c.p.p.*, diverso rispetto a quella del codice previgente (art. 360 c.p.p. 1930), lascia intendere come l'attuale sistema, una volta introdotta l'inchiesta preliminare del pubblico ministero ed i relativi atti omologhi – tra i quali l'individuazione (diretta o fotografica) – ammetta la possibilità che la ricognizione formale possa “risentire” dell'espletamento di quest'ultima, ma non fino al punto da restarne “prevenuta” nella sua rappresentazione probatoria.

4. La giurisprudenza ribadisce l'utilizzabilità dei riconoscimenti fotografici

Per approdare all'argomento *clou*, è sul versante della **utilizzabilità** dei risultati dei riconoscimenti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria che si è scaricata la tensione tra afflatti codicistici per la legalità della prova e nostalgie “inquisitorie” della giurisprudenza.

Ricorrendo all'*escamotage* di equiparare l'individuazione alle **sommarie informazioni testimoniali**, un filone interpretativo insisteva nell'affermare l'uti-

²⁷ E. FORTUNA-S. DRAGONE-E. FASSONE-R. GIUSTOZZI, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Cedam, Padova, 2002, p. 658; anche secondo G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 163 è preferibile ricorrere all'incidente probatorio al fine di evitare «il rischio che l'espletamento di un atto di individuazione possa interferire negativamente sulla attendibilità della successiva ricognizione».

lizzabilità della prima per le **contestazioni** *ex* art. 500 c.p.p. e la sua conseguente acquisizione al **fascicolo dibattimentale**²⁸. Dato letterale, veste funzionale e collocazione sistematica non suffragano la possibilità di dilatare il perimetro dell'istituto delle contestazioni nell'esame del testimone al punto di ricomprendervi l'*esito* – cioè un semplice “sì” o “no”²⁹ – della individuazione³⁰; peraltro, la riforma costituzionale in materia di giusto processo, prima, e la legge 1 marzo 2001, n. 63, poi, dovrebbero precludere tali arbitrarie interpretazioni della previsione di cui all'art. 500 c.p.p.³¹.

²⁸ Per esempio, Cass., Sez. I, 15 giugno 1994, Sannino, cit., p. 191 riteneva che possono essere utilizzati per le contestazioni, «e quindi ritualmente acquisiti al fascicolo del dibattimento *ex* art. 500 c.p.p., gli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dal p.m. o dalla polizia giudiziaria [corsivo di chi scrive] in quanto essi, pur implicando attività strumentali necessarie per l'esecuzione della ricognizione, costituiscono pur sempre, nella sostanza, dichiarazioni rese da testi per l'identificazione di persone o di cose».

²⁹ Trattasi di mere impressioni mnemoniche esplicitate – appunto – in un *laconico enunciato*, non assimilabile alla struttura di una dichiarazione (che è “tipicamente” impregnata di riferimenti logici, temporali e spaziali) e, come tale, *insuscettibile di essere sondato con le tecniche dell'esame incrociato*.

³⁰ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giapichelli, Torino, 2007, pp. 141-142.

³¹ Ribadiscono perveramente l'orientamento qui criticato, Cass., Sez. IV, 24 settembre 2013, D.B.A., in *Guida dir.*, 2013, f. 47, p. 88 («una ragionevole interpretazione del sistema disegnato dall'art. 500 c.p.p., commi 1 e 2, impone ... di ritenere che le risultanze delle precedenti dichiarazioni, quando il loro legittimo utilizzo permetta di accertare l'inattendibilità della ritrattazione operata nel dibattimento, debbano prevalere su di essa e sostituirvisi nella formazione del compendio probatorio. Ciò vale sia per le dichiarazioni di contenuto narrativo, sia anche per il riconoscimento fotografico informalmente operato nel corso delle indagini preliminari, stante il noto principio secondo cui detto riconoscimento costituisce un mezzo di prova atipico il cui valore probatorio deriva non dalla ricognizione in senso tecnico, ma dall'attendibilità di colui che ha effettuato il riconoscimento»); Cass., Sez. II, 23 aprile 2013, P., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 530 («ove ricorra, come nel caso di specie, una discordanza fra gli esiti della ricognizione personale ed i verbali di individuazioni fotografiche, per riconoscere prevalente valore probatorio a questi ultimi si impone il ricorso alle regole fissate nell'art. 500 c.p.p. Segnatamente premesso che, come già affermato da questa Corte il regime delle contestazioni *ex* art. 500 c.p.p. è applicabile anche alla ricognizione, la prevalenza probatoria dei verbali di individuazione fotografica sulla ricognizione di persona potrà essere riconosciuta solo ove sia emerso, come previsto dall'art. 500 c.p.p., comma 4, che, sulla base di concreti elementi, il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, con la finalità di condizionare l'esito dell'atto ricognitivo. Difatti solo con tali modalità, attraverso il richiamato meccanismo delle contestazioni, ai verbali di individuazione probatoria, analogamente a quanto avviene in caso di dichiarazioni rese dai testimoni nelle indagini preliminari e poi non confermate in dibattimento, potrà essere riconosciuta efficacia probatoria risolutiva, nel senso, appunto, della prevalenza del suddetto atto delle indagini preliminari rispetto alla ricognizione di per-

A soluzione non dissimile era pervenuta la giurisprudenza con riferimento alla testimonianza de relato dell'ufficiale di polizia giudiziaria sulla individuazione compiuta al suo cospetto da parte della persona offesa o da quella informata sui fatti³². Tuttavia, la funzione del contraddittorio, per la quale la formazione della prova, in dibattimento o in incidente probatorio, deve avvenire – salve le eccezioni espressamente contemplate (art. 111, comma 5, Cost.) – senza alcuna metamorfosi degli atti di indagine, segretamente raccolti *inaudita altera parte*³³, e il ripristino del divieto, per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni (art. 195, comma 4, c.p.p.), dovrebbero costituire argomenti forti, suscettibili di interdire la prassi di chiedere, in sede dibattimentale, conferma al funzionario di polizia dell'esito della individuazione (personale o fotografica) compiuta dalla

sona effettuata in dibattimento»); nonché Cass., Sez. IV, 25 febbraio 2009, Pellicori ed a., in *Riv. pen.*, 2010, p. 201; cfr. altresì Cass., Sez. V, 21 ottobre 2010, Mameli, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4383 («l'individuazione – sia personale sia fotografica – di un soggetto è una manifestazione riproducibile di una percezione visiva e rappresenta, perciò, una specie del più generale concetto di dichiarazione. Da tale premessa discendono una serie di conseguenze. Innanzitutto, la forza probatoria dell'atto non deriva dalle modalità formali del riconoscimento, bensì dal valore della dichiarazione confermativa, alla stessa stregua della deposizione testimoniale; in secondo luogo, in caso di riconoscimento fotografico effettuato in fase di indagini, le foto ben possono essere inserite nel fascicolo del dibattimento in quanto esse rappresentano le res sulle quali l'attività testimoniale/ricognitiva si è esercitata; in terzo luogo, nel caso in cui in dibattimento venga contestata l'efficacia dimostrativa della individuazione eseguita nella fase delle indagini, deve farsi ricorso all'art. 500 c.p.p., non difformemente da quanto si verifica per la deposizione testimoniale, e solo se si sia proceduto alle necessarie contestazioni, la dichiarazione (... il documento che la incorpora) può definitivamente allegarsi al fascicolo ed essere, quindi, utilizzabile. Se dunque, in dibattimento, il teste rievochi e confermi il fatto storico del riconoscimento fotografico e riconosca le fotografie sulle quali tale riconoscimento si è esercitato, tali foto e tali dichiarazioni (quelle dibattimentali che, senza necessità di contestazione, coincidano contenutisticamente con quelle predibattimentali) sono pienamente utilizzabili»). In dottrina, M. BONTEMPELLI, *La ricognizione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 61.

³² Per la possibilità di rievocare i risultati di un'individuazione fotografica, svoltasi davanti agli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, attraverso la testimonianza indiretta di questi ultimi, v. Cass., Sez. V, 24 ottobre 2002, De Vecchis, in *Guida dir.*, 2003, f. 10, p. 86; Cass., Sez. III, 21 maggio 2002, De Marco, *ivi*, 2002, *Dossier*, n. 9, pp. 63-64; Cass., Sez. II, 6 aprile 2001, Bonomo, *ivi*, 2001, *Dossier*, n. 9, p. 78; Cass., sez. V, 6 aprile 1999, Mandalà, *ivi*, 2000, f. 4, pp. 101-102.

³³ Questa argomentazione di carattere generale risulta spendibile anche per escludere l'ammissibilità di testimonianze volte a resuscitare il risultato di un atto di indagine qual è l'individuazione (v. A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., p. 259); l'unico metodo processualmente corretto per acquisire il contributo del ricognitore resta quello – occorre ribadirlo – dello svolgimento della ricognizione in ossequio alle regole dettate dagli artt. 213 e 214 c.p.p. (in senso parzialmente conforme cfr. Cass., Sez. IV, 31 maggio 2000, Crignola, cit., p. 83).

persona presente al fatto-reato³⁴. E per quanto l'interpolazione del comma 4 dell'art. 195 c.p.p. – tramite la clausola «con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere a) e b)»³⁵ – potesse sembrare iterativa, non vi è oggi alcun dubbio sul fatto che debba ritenersi «del tutto eccezionale» l'eventualità che «le testimonianze introdotte in giudizio *de relato* possano costituire prova dei fatti in esse affermati»³⁶; in rapporto di strumentalità con la tutela del contraddittorio³⁷, il divieto in oggetto non sembra, infatti, «meno rigoroso e ampio di quello rimosso dal giudice costituzionale nel 1992»³⁸.

³⁴ In questo senso, S. CORBETTA, sub *art. 499*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2010, p. 6377. Al contrario, un'isolata pronuncia di legittimità ha ritenuto – facendo proprie le argomentazioni del giudice di appello – che «l'individuazione di persone ... in quanto atto di indagine atipico, diverso dalla ricognizione, può dunque essere utilizzata ai fini della decisione anche se compiuta senza particolari formalità in forza dei principi della libertà della prova e del libero convincimento del giudice e l'esito della stessa può risultare da qualsiasi atto di indagine della polizia giudiziaria ed essere acquisito al processo tramite la deposizione del personale di polizia che ha ricevuto l'atto, ovvero tramite quella diretta del soggetto che lo ha compiuto. Non è dunque inibito assumere in veste di testimoni coloro che parteciparono all'atto di indagine affinché ne riferiscano gli esiti, attività che non può essere assimilata ad una testimonianza indiretta nemmeno quando è compiuta dall'agente di polizia giudiziaria, onde incongruo si rivela il riferimento difensivo alla previsione dell'art. 195 c.p.p., comma 4» (Cass., Sez. II, 11 luglio 2007, n. 15585, Olivieri, in *CED Cass.*, n. 35583).

³⁵ La disposizione, introdotta dalle legge n. 63/2001, aveva superato con successo il vaglio di legittimità costituzionale: v. Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 3, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1932.

³⁶ Così F. CAPRIOLI, *Palinogenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 89 che conclude: «impensabile, dunque – anche alla stregua dei principi desumibili dal nuovo disposto degli artt. 500 e 513 c.p.p., e salve le eccezioni ivi contemplate –, attribuire valore di prova alla dichiarazione stragiudiziale del testimone o dell'imputato di reato connesso che a dibattimento abbiano deciso di tacere o non abbiano confermato il contenuto delle loro precedenti esternazioni. Ai nostri fini, importa sottolineare ... che tali regole dovranno essere applicate anche nelle residue ipotesi di testimonianza indiretta del funzionario di polizia».

³⁷ *Ratio* ribadita dalla Corte costituzionale (sent. n. 32/2002), secondo la quale il divieto è finalizzato ad evitare che le dichiarazioni ricevute dalle persone informate sui fatti possano surrettiziamente confluire nel materiale probatorio utilizzabile in giudizio attraverso la testimonianza sul loro contenuto resa da chi le ha raccolte unilateralmente nel corso delle indagini preliminari.

³⁸ Vedi, al riguardo, V. SANTORO, *Il cambio da coimputato a teste esalta il confronto*, in *Guida dir.*, 2001, f. 13, p. 48, il quale, analizzando il secondo periodo del comma 4 dell'art. 195 c.p.p., aggiunge che «non è ben chiaro a cosa si riferisca [il divieto] nella parte in cui fa salvi non ben precisati "altri casi" in cui la testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria diventa ammissibile negli stessi termini in cui lo è quella di qualsiasi persona, posto che *non sono agevolmente individuabili i casi di dichiarazioni ricevute dalla polizia giudiziaria in quanto tale e al di fuori di uno specifico atto d'indagine e posto che è da respingersi un'interpretazione che am-*

Va preso comunque atto, in ultima analisi, di un dato sconcertante: la giurisprudenza non ha mai disconosciuto la valenza dimostrativa dell'individuazione fotografica circoscrivendola – con il rigore che sarebbe stato legittimo attendersi – nel perimetro investigativo. Ribadendone l'utilizzabilità ai fini della decisione sul merito, gli orientamenti più consolidati ripropongono fruste formule giustificative, *tòpoi* dell'insofferenza contro le regole di legalità nella formazione della prova: **non tassatività dei mezzi di prova** (con impiego *contra legem* dell'istituto previsto dall'art. 189 c.p.p.)³⁹; degradazione dell'elemento conoscitivo a mero indizio e **libero convincimento del giudice** (inteso con valenza anarcoide)⁴⁰; «certezza» del testimone nell'effettuare il ri-

*metta la testimonianza indiretta tutte le volte che la polizia giudiziaria abbia raccolto dichiarazioni e ometto di documentarle mediante verbale [corsivo di chi scrive]». Peraltro, Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21 ha chiarito che gli «altri casi», per i quali l'art. 195, comma 4, c.p.p. legittima la testimonianza *de auditu* del funzionario di polizia, si riducono alle sole ipotesi in cui dichiarazioni di contenuto narrativo siano state rese da terzi e percepite dal funzionario «al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione delle medesime», in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un «dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità».*

³⁹ Cass., Sez. IV, 24 settembre 2013, D.B.A, cit., p. 88; Cass., Sez. V, 13 gennaio 2010, Cutellè, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2694; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2004, Izzo, in *Giust. pen.*, 2006, III, c. 241; Cass., Sez. I, 24 novembre 1994, Archinto, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, p. 685; Cass., Sez. I, 22 aprile 1993, Novembrini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 13. Criticamente, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 95 rileva che «per assumere un elemento di prova di una data specie (tipizzata) la legge prescrive che si impieghino componenti probatorie esse pure tipizzate, così che non ci si può avvalere di componenti della struttura di un altro mezzo di prova, predisposte in funzione di una diversa specie di elemento di prova. La struttura di ciascun mezzo di prova, in virtù del nesso funzionale tra la specie di elemento di prova e le altre componenti, si qualifica dunque, in questo aspetto della sua struttura, in chiave di tipicità tassativa». «Ne consegue» – conclude l'Autore – «il divieto di fungibilità in tali rapporti funzionali tipici e tassativi, poiché non si strutturerebbe una prova “non disciplinata dalla legge”, ma si violerebbero norme che disciplinano in modo tassativo profili dei mezzi di prova». In termini non dissimili, G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le “prove atipiche” tra teoria e prassi*, Esi, Napoli, 2011, pp. 128-130. Per un'esposizione riassuntiva di queste problematiche, G. CECANESE, *Confronto, ricognizione ed esperimento giudiziale nella logica dei mezzi di prova*, Esi, Napoli, 2013, p. 131 s.

⁴⁰ Riesumava addirittura il principio della libertà della prova, Cass., Sez. II, 10 maggio 2002, Ciardi, in *Guida dir.*, 2002, f. 30, p. 80 (l'individuazione fotografica effettuata nel corso delle indagini preliminari, «in quanto atto di indagine atipico, diverso dalla ricognizione che è espressamente regolata dal codice di rito, può essere utilizzata ai fini della decisione anche se compiuta senza particolari formalità in forza dei principi di libertà della prova e del libero convincimento. Il valore di tale dato probatorio è connesso al grado di attendibilità della fonte di prova»); v. anche Cass., Sez. III, 21 maggio 2002, De Marco, cit., pp. 63-64. Una delle prime pronunce di tale tenore è rinvenibile in Cass., Sez. I, 4 febbraio 1993, Maria, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 429; tra quelle meno risalenti, Cass., Sez. II, 16 gennaio 2006, Braidic, in *Guida dir.*, 2006, f. 21, p. 61. Critica i

conoscimento (anche quest'ultima da valutare «liberamente»)⁴¹.

A un legislatore che ha cercato di recepire gli insegnamenti della psicologia cognitiva – e, con essi, una scrupolosa diffidenza per le individuazioni compiute in sede di indagine – si contrappone, ancora oggi, la “bulimia logica” della giurisprudenza.

suddetti orientamenti G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 130-133.

⁴¹ Per Cass., Sez. VI, 27 novembre 2012, Aleksov, 253910, «l'individuazione fotografica cui abbia proceduto la polizia giudiziaria, al pari delle deposizioni delle persone offese, sempre se attendibili e circostanziate, può costituire elemento idoneo a fondare il convincimento del giudice; trattasi, più dettagliatamente, di un dato probatorio (più precisamente di una prova atipica) la cui affidabilità non deriva dal riconoscimento in sé, ma dalla credibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia dell'imputato, si dica certo della sua identificazione» (aggiunge peraltro la Corte: «ne consegue che, come nel caso ..., una volta reso dubbio il dato di partenza, id est quello della stessa certezza del riconoscimento in capo alla persona che vi provvede, l'atto perde quella idoneità a costituire valido supporto utile a fondare il convincimento del giudice mantenendosi al di sotto della soglia probatoria utile per superare il ragionevole dubbio» di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p.). V., altresì, Cass., Sez. II, 13 gennaio 2009, Lovacovic, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2336; Cass., Sez. III, 20 giugno 2006, Pace, in *Guida dir.*, 2006, f. 44, p. 78; Cass., Sez. II, 11 marzo 2004, Kerkoti Perparim, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2029; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, Tortora, in *CED Cass.*, n. 227079; Cass., Sez. IV, 28 marzo 2003, Faillace, in *Guida dir.*, 2003, f. 38, p. 92; Cass., Sez. V, 10 maggio 2002, P.g. in proc. Ferraiuolo, *ivi*, 2002, *Dossier*, n. 9, p. 63; Cass., Sez. V, 9 maggio 2002, Torraca, *ivi*, 2002, f. 38, p. 76; Cass., Sez. II, 5 aprile 2002, *ivi*, 2002, f. 33, p. 85; Cass., Sez. V, 6 aprile 1999, Mandalà, cit., p. 101.