

LABORATORIO DI SCRITTURA

Prove

La decisione

Prove - Prova atipica - Riconoscimento fotografico - Utilizzabilità - Libero convincimento del giudice - Ricognizione di persone - Individuazione di persone - Bias (c.p.p., artt. 189, 213, 214, 361 c.p.p.)

Sebbene venga esperito con tutti i crismi e le formalità previsti dagli artt. 213 e 214, il riconoscimento fotografico (come del resto la ricognizione) restituisce un risultato probatorio che il giudice deve saggiare con estrema prudenza e attenzione, dal momento che tutte le prove riconoscitive, per il fatto stesso di essere affidate alla memoria del testimone oculare, non sono garanzia di un risultato che permetta di scongiurare l'esistenza di dubbi.

TRIBUNALE DI LAMEZIA TERME, 29 maggio 2013, (ud. 14 maggio 2013) - SPADARO, *Presidente ed Estensore* - ESPOSITO, *P.M.* - Baldari, *Imputata*.

Ricognizioni fotografiche: “il pericolo di poter sbagliare sicuri del proprio errore”

1. Il tribunale di Lamezia Terme, acquisito come prova irripetibile, a causa della morte della persona offesa, il riconoscimento fotografico da questa operato, ha riconosciuto nella sentenza in commento che il teste è incorso in una serie di *bias*¹ sufficienti ad inficiare l'attendibilità di questo mezzo di prova. Il collegio è giunto a queste conclusioni nonostante il testimone fosse stato ritenuto del tutto credibile nella descrizione degli eventi. Nella sentenza viene dato atto che l'esame di ricognizione informale fotografica «è stato condotto dai Carabinieri in modo inappuntabile rispetto a quelli che sono gli standards processual-investigativi correnti» (la prova è stata esperita con le garanzie prescritte dagli artt. 213 e 214 c.p.p.).

La descrizione operata dal ricognitore è risultata «troppo generica» e, come tale, «atta a ricomprendere un campionario fisiognomico troppo ampio». Nella descrizione della p.o. vi erano divergenze concernenti la fascia d'età, la fisicità dell'imputata in termini di corporatura, di fisionomia del viso e del colore dei capelli. In secondo luogo era convinzione del giudice che l'imputata non

¹ DE MAURO, voce *Psicologia*, in *Grande diz. it. dell'uso*, 2000, definisce il bias quale «previsione errata dell'evolversi di un evento, un fenomeno e simili dovuto a una distorta visione della realtà».

fosse tra le persone riprese da telecamere a circuito chiuso presenti nei pressi del *locus commissi delicti*.

Il Tribunale di Lamezia Terme ha riconosciuto che la persona offesa avesse visto gli imputati ma non ne avesse memorizzato i volti. La contraddittorietà di quanto emerso dal riconoscimento fotografico, rispetto alla ricostruzione dell'intera vicenda, è stata imputata dal Tribunale all'età avanzata, alle precarie condizioni di salute della persona offesa ed alla situazione di *stress* vissuta. Particolare rilevanza è stata attribuita all'effetto suggestivo sortito dalle cronache locali che per ben due volte si erano occupate della persona imputata, coinvolta in vicende analoghe a quelle oggetto del processo.

2. Il riconoscimento fotografico, pur non avendo dignità di tipico mezzo di prova alla stregua della ricognizione formale di persona, può essere egualmente vagliato dal giudice e contribuire alla formazione del suo convincimento, ma non può prescindere dalla ricerca di altri dati di riscontro in tutte le circostanze evincibili dal processo, in modo da collocare l'elemento rappresentato dal riconoscimento mediante foto nell'ambito di una serie di prove, anche indirette o frammentarie, da valutare secondo criteri di rigorosa consequenzialità logico giuridica, tali da avvalorarlo e sostanziarlo, sì da permettere una ricostruzione dell'accaduto in termini di certezza e da escludere ogni altra ragionevole soluzione².

La giurisprudenza ritiene utilizzabile il riconoscimento fotografico in base ai principi di non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice. La certezza della prova, invero, «*non discende dal riconoscimento come strumento probatorio, ma dall'attendibilità accordata alla deposizione di chi si dica certo dell'individuazione*»³.

Quanto maggiore è il lasso di tempo trascorso dall'episodio da accertare tanto più è svanita e, quindi, inattendibile la residuale impressione mnemonica sul soggetto attivo della ricognizione, cosicché può risultare inutile il rinvio al di-

² Trib. Napoli, Sez. I, 7 maggio 2007, Ba.Si., in *Il Merito*, 2007, 11, 71.

³ Cass., Sez. V, 29 maggio 2009, Paluca, in *Mass. Uff.*, n. 244197. In senso conforme, Id., Sez. II, 24 febbraio 2009, Lovacovic, *ivi*, n. 243301; Trib. Bologna, Sez. I, 15 gennaio 2007, in *Guida dir.*, 2007, 14, 73; Cass., Sez. IV, 9 aprile 2004, Pantaleo, in *Mass. Uff.*, n. 228043; Id., Sez. II, 6 aprile 2004, Kerkoti e altro, *ivi*, n. 228777; Corte d'app. Bologna, Sez. II, 5 maggio 2004, in *Il Merito*, 2004, 9, 87; Cass., Sez. IV, 28 novembre 2003, Di Stefano, in *Mass. Uff.*, n. 226722, secondo cui, l'individuazione di un soggetto, sia personale sia fotografica, è una manifestazione riproduttiva di una percezione visiva e rappresenta, pertanto, una specie del più generale concetto di dichiarazione: la sua forza probatoria discende dal valore della dichiarazione confermativa, come per la deposizione testimoniale, e non già dalle modalità formali del riconoscimento.

battimento del riconoscimento formale⁴.

La Suprema Corte ha osservato «*che non è consentito alla P.G., in un sistema rigorosamente ispirato al principio di legalità, scostarsi dalle previsioni legislative per compiere atti atipici i quali, permettendo di conseguire risultati identici o analoghi a quelli conseguibili con gli atti tipici, eludano tuttavia le garanzie difensive dettate dalla legge per questi ultimi*»⁵.

L'individuazione fotografica può essere posta dal giudice a base del proprio convincimento, anche senza l'osservanza di alcun espediente particolare, ma, ha osservato la pronuncia in commento, «*è pacifico che questo mezzo di prova, per la costitutiva fallacia dei processi cognitivi e mnemonici, vada usato con estrema cautela e setacciato cum grano salis dal giudice, che ritenga di doverlo porre alla base del proprio convincimento*».

Il tribunale di Lamezia Terme ha riconosciuto che «*la soggettiva sicurezza del recognitor sull'identità del riconosciuto non sia per nulla garanzia di affidabilità del risultato probatorio*». Proprio perché «*si può sbagliare sicurissimi del proprio errore*», è necessaria l'applicazione delle regole formali dettate dagli artt. 213 e 214 c.p.p.⁶ I due strumenti processuali tipici fungono da «*“stella polare” nell'applicazione dell'atto di indagine innominato*».

Il collegio di Lamezia Terme ha motivato la sua decisione sostenendo di non ritenersi esonerato, in virtù del principio astratto del libero convincimento, dall'adozione di criteri legali espressi per talun'altra prova disciplinata, su cui quella atipica (è il caso del riconoscimento fotografico, rispetto alla ricognizione di persona) o pure tipica ma non compiutamente disciplinata (è il caso della chiamata di correo rispetto alla testimonianza), si modelli, o diversamente, di consolidate massime d'esperienza o d'inferenza secondo una disciplina scientifica⁷. In particolare ha ritenuto opportuno, prima invitare il dichiarante ad operare l'individuazione tra le immagini di persone possibilmente somiglianti, riceverne il riferimento di precedenti percezioni visive avutene, ma soprattutto puntuale ed idonea descrizione, per la verifica di corrispondenza

⁴ MELCHIONDA, Sub art. 213 c.p.p., in *Comm. C.p.p. Chiavario*, II, Torino, 1993, p. 540; TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano 1998; Analogamente, in tema di individuazione, si ritiene che il giudice possa reputare maggiormente attendibile l'esito positivo di questa effettuata dalla persona offesa nel corso delle indagini preliminari, in prossimità temporale rispetto al fatto, a fronte di quello incerto della ricognizione operata in dibattimento, valorizzando, a fondamento del proprio convincimento, il decorso del tempo. Cass., Sez. IV, 22 gennaio 2008, Distinto, in *Mass. Uff.*, n. 240054.

⁵ Cass., Sez. V, 24 febbraio 2003, Ventre, in *Riv. pen.* 2004, 254.

⁶ In senso analogo Cass., Sez. V, 26 novembre 1998, Makraoui, in *Giust. pen.* 2000, III, 60.

⁷ In senso analogo Cass., Sez. V, 26 novembre 1998, Makraoui, cit.

con le sembianze reali, avendo di mira che la visione fotografica inficia il risultato di successiva ricognizione di persone da parte di chi ha operato il riconoscimento, viepiù se identificata per suo mezzo. Il giudice, se il riconoscimento fotografico è stato compiuto prima del giudizio, deve disporre quantomeno dell'immagine riconosciuta e verificare la correttezza dei criteri adottati da chi ha assunto l'atto.

Sebbene esperito «*con tutti i crismi e le formalità "presi in prestito" dagli artt. 213 e 214 c.p.p., il riconoscimento fotografico (come del resto la ricognizione) produce un risultato probatorio che il giudice deve comunque saggiare con estrema prudenza e attenzione, dal momento che tutte le prove riconoscitive per il fatto stesso di essere affidate alla memoria del testimone oculare, sono intrinsecamente fallibili o, comunque, non affidabili al 100%*».

L'aleatorietà della ricognizione fotografica dipende tra le altre cose anche dalla presenza perturbatrice di fattori emotivi e dalla sua non agevole verificabilità in assenza di un costrutto logico narrativo.

Nel motivare le sue decisioni il collegio di Lamezia Terme ha operato delle valutazioni proprie del campo della psicologia. Ha richiamato i *bias*, giudizi (o pregiudizi) non necessariamente corrispondenti all'evidenza, sviluppati sulla base dell'interpretazione delle informazioni in possesso, anche se non logicamente o semanticamente connesse tra loro, che portano dunque ad un errore di valutazione o mancanza di oggettività in giudizio.

La memoria deve essere considerata come un motore attivo che, partendo dal dato empirico, elabora e costruisce il ricordo, aggiungendo sovente elementi nuovi, ora razionali, ora fantasiosi, atti a colmare le lacune o le incongruenze del fatto memorizzato.

Il riconoscimento può essere condizionato a monte dalle modalità di formazione del ricordo in riferimento alle condizioni in cui si svolge l'azione e a valle dalle modalità in cui è condotto l'esame mnemonico.

Sotto un primo profilo possono inquinare e distorcere la genuinità di un ricordo:

a) «*lo stato emotivo in cui versa la persona al momento e a causa del fatto. Infatti, se, da un lato, contenuti livelli di stress possono agevolare la ritenzione di un ricordo, dall'altro, livelli elevati di cortisolo (l'ormone dello stress) possono pregiudicare fortemente il ricordo di eventi, al punto da causare, nei casi più estremi, totali o parziali stati di amnesia;*

b) *il c.d. effetto arma (weapon effect), per il quale la vittima, minacciata con un'arma od oggetto atto ad offendere, tende a focalizzare l'attenzione sullo strumento usato dall'aggressore, piuttosto che sul volto dell'aggressore stesso;*

- c) eventuali deficit sensoriali (come difetti di vista), così come l'assunzione di alcool, droghe, psicofarmaci e altre sostanze psicoattive;*
- d) l'età dell'osservatore: i bambini dai 4/5 anni fino ai 12 sono scevri da pregiudizi ma, di converso, facilmente suggestionabili;*
- e) il fatto che l'osservatore abbia maggiori difficoltà a riconoscere un soggetto di etnia diversa dalla propria (si pensi ad un occidentale chiamato ad individuare un orientale);*
- f) la durata dell'evento: un contatto prolungato con l'oggetto della percezione agevola la formazione del ricordo molto più di un'occhiata fugace;*
- g) il numero degli agenti: più sono le persone coinvolte nell'evento, minore sarà l'attenzione che l'osservatore può riservare a ciascuna di esse;*
- h) la mancanza di segni particolari nell'autore del reato (cicatrici, tatuaggi, piercings, nei vistosi, barba e baffi, altezza e peso fuori dalla normalità, ecc.);*
- i) la circostanza che il volto venga percepito nella sua globalità, e non nei singoli dettagli;*
- l) la scarsa illuminazione del luogo e la lontananza o scomodità del punto di osservazione;*
- m) l'irrelevanza, banalità o ordinarietà dell'evento vissuto: i fatti di poco conto, le azioni routinarie e i gesti automatici vengono di norma cancellati dalla memoria».*

«Bisogna poi tenere conto del fatto che la memoria non è un archivio nel quale accatastare dati esperienziali, bensì una macchina “creativa” che partendo dal fatto reale poi lo completa e lo rielabora con elementi aggiuntivi, di natura logica o fantastica, idonei a rendere il ricordo più coerente e più logico. Il cervello non sempre immagazzina, in maniera “filmica”, tutte le sequenze di un evento, nel loro preciso succedersi cronologico, ma, più spesso, capta e trattiene solo frammenti isolati dell'avvenimento, restituendo una trama mnemonica lacunosa e a tratti incoerente, orbene, il dato empirico così appreso viene rielaborato, ricostruito, razionalizzato e completato in modo da divenire un ricordo logico e coerente».

Bisogna tenere conto dello stato d'animo della persona nel momento in cui vive una certa esperienza, di tutto ciò che successivamente andrà ad incidere su quel ricordo e che lo indurrà al di là delle sue intenzioni a rielaborare e rievocare il dato immagazzinato in armonia con quanto successivamente appreso (è il caso della così detta memoria indiretta).

Lo stesso esame di riconoscimento fotografico può essere causa di distorsione del riconoscimento:

- a) il testimone è in generale vittima del c.d. effetto yes. Consiste nella tenden-

za a ricercare l'approvazione di chi pone le domande fornendo le risposte che si presume questi voglia sentire, e della tendenza a portare a termine il compito procedendo comunque ad una ricognizione anche se non si è del tutto certi della persona che si è accusata, così da evitare la frustrazione di aver fallito la missione affidata.

b) L'equivoco cognitivo di ritenere presente nell'album fotografico il reo.

c) Gli eventuali segnali di rinforzo, negativo o positivo, che inconsciamente chi conduce l'esame lancia a chi vi è sottoposto, suggestionando il teste.

d) Lo scarso numero di "birilli", la loro poca somiglianza con l'indagato e/o la diversità di abbigliamento.

e) La tendenza a riconfermare in sede dibattimentale quanto già indicato in sede di indagini.

f) Il fatto che l'individuazione fotografica avvenga su foto in bianco e nero, sovente datate, che ritraggono un soggetto in posizione frontale laterale dal viso completamente inespressivo. Il riconoscimento ottimale richiede una foto recente, a colori, il cui sospetto è ritratto di tre quarti, possibilmente con abbigliamento simile a quello del *tempus commissi delicti*. Le foto ritraggono solo il volto e non già il resto del corpo, lasciando il testimone privo di fondamentali punti di riferimento antropometrici, quali: altezza, stazza, carnagione del soggetto, ecc.

3. Secondo la prassi invalsa in giurisprudenza il riconoscimento fotografico ha valore indiziario per l'identificazione; come tale è liberamente valutabile anche in riferimento alle modalità della sua acquisizione quale momento essenziale ai fini dell'attribuzione all'indizio dei caratteri di gravità e precisione⁸. La discrezionalità del giudice consiste quindi nell'adeguare alla prova atipica le garanzie che si possono desumere da una lettura organica delle tutele previste dall'ordinamento. Per poter raggiungere questo scopo è indispensabile un esame accurato delle caratteristiche peculiari del caso concreto. Non è sufficiente che sulla base dei principi di non tassatività dei mezzi di prova e di libero convincimento del giudice si possa *sic et simpliciter* considerare ammissibile una prova atipica. Piuttosto è necessario un *quid pluris*, dando vita alle garanzie processuali insite nell'ordinamento al fine di ottenere un risultato che permetta di scongiurare l'esistenza di dubbi.

⁸ Cass., Sez. V, 25 marzo 1997, Puglia, in *Guida dir.*, 1997, 29, 92 ; Il giudice può attribuire concreto valore indiziante o probatorio ai riconoscimenti fotografici. Id., Sez. V, 5 maggio 2003, Ricupero, *ivi*, 2003. Il riconoscimento è pienamente utilizzabile, ferma restando la facoltà del giudice di apprezzarne liberamente le risultanze. Id., Sez. V, 13 gennaio 2010, Cutellè, in *Mass Uff.*, n. 246862.

Analoghe problematiche sussistono per i riconoscimenti informali dell'imputato operati dai testi in dibattimento. Questi costituiscono accertamenti di fatto e sono utilizzabili nel giudizio in base ai principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice⁹.

Per attribuire valore probatorio ad una identificazione di persona effettuata senza il rispetto delle formalità previste dalla legge bisogna adeguatamente verificare sia il contenuto intrinseco, sia le modalità del riconoscimento, nonché individuare gli elementi di controllo e di riscontro che concorrano a giustificare l'affidamento sull'operato ravvisamento¹⁰. Alla citata giurisprudenza parte della dottrina si oppone sia operando la distinzione tra ricognizione e testimonianza, sia osservando che, quand'anche si attraesse il riconoscimento informale nella dimensione della testimonianza, chiedere al teste di riconoscere l'imputato assume una tale carica suggestiva da far scattare la regola di esclusione ex art. 499, co. 3, c.p.p.¹¹. Vi è, poi, chi in radice afferma che la ricognizione informale non è altro che un *escamotage* terminologico per aggirare la disciplina prevista dal legislatore e per giustificare, quindi, la prova irrualmente acquisita¹². Anche se si ritenesse ammissibile la ricognizione informale, bisognerebbe – in sede di valutazione – reputare meno affidabile il riconoscimento effettuato senza le formalità previste nel codice¹³.

4. «Già ante riforma era ipotesi insostenibile che fossero ammissibili solo le prove a figura codificata: nella tradizione legislativa italiana compongono un numero aperto (l'art. 339 cod. 1865 ammette “verbali ... rapporti ... testimoni” e “ogni altro mezzo non vietato dalla legge”); e sarebbe pessima idea chiuderlo. L'impulso a calcolare tutto fiorisce, con esiti squallidi, sul còte ossessivo dell'illuminismo legiferante»¹⁴. In dottrina non mancavano dibattiti. Secondo taluni la prova atipica era ritenuta ammissibile nei limiti del rispetto

⁹ Cass. Sez. II, 29 marzo 2011, Bianconi, in *Mass. Uff.*, n. 250081.

¹⁰ Cass., Sez. I, 29 luglio 1992, Timpani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 173.

¹¹ BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003, 136; CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e “ravvisamento”*, in *Cass. pen.*, 1994, 130; CAPITTA, *Ricognizione coatta, communicative evidence e diritto al silenzio*, in *Giust. pen.* 1996, I, 240.

¹² TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., p. 18.

¹³ FURGUELE, *La prova per il giudizio*, in *La procedura penale*, a cura di Riccio, Spangher, Napoli, 2002, p. 481. In giurisprudenza v. Cass., Sez. II, 14 ottobre 2004, Credendino, in *Mass. Uff.* n. 230002. Il giudice, quando un riconoscimento progressivamente sollecitato in forme diverse abbia dato esiti differenti, deve illustrare, ove ritenga di disattendere l'esito della ricognizione formale, in base a quali elementi di fatto egli ritenga più credibile, nel caso concreto, il risultato di procedure in astratto meno affidabili.

¹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 615.

delle garanzie costituzionali¹⁵, secondo altri il principio di tassatività ne vietava l'interpretazione analogica¹⁶.

A norma del vigente codice la prova atipica può essere assunta dal giudice quando gnoseologicamente idonea e quando non pregiudichi la libertà morale della persona.

Questo non significa che sia vigente il principio della libertà della prova. Si è pur sempre in presenza di una prova da acquisire nel rispetto delle forme, che risultano volta per volta prestabilite dal giudice, sentite le parti, in armonia con le regole fondamentali anziché in via generale ed astratta dalla norma scritta. Il concetto di prova atipica non è sinonimo di libertà della forma, sta piuttosto a significare che la prova non è ricompresa nell'elenco codicistico¹⁷.

Il vaglio di idoneità per la prova tipica è fatto dal legislatore; diversamente, per la prova atipica, sarà il giudice che *«dovrà valutare preventivamente se la prova di cui si richiede l'ammissione e l'assunzione sia in grado di consentire un'obiettiva ricostruzione della vicenda storica, e cioè di offrire la garanzia che la rappresentazione dei fatti, così come dalla medesima consentita, possa risultare corrispondente al reale accadimento del dato di fatto da ricostruire»*¹⁸.

La subordinazione della prova atipica al contraddittorio è prevista solo per le modalità di assunzione della prova, mentre la decisione sull'ammissibilità delle stesse rimane demandata esclusivamente al giudice¹⁹.

Limiti sicuramente insuperabili dalla discrezionalità del giudice nell'ammissione della prova atipica sono dati dai diritti inviolabili. E' del tutto evidente che, se i diritti inviolabili possono essere limitati solo per atto dell'autorità giudiziaria e per il tramite delle garanzie stabilite dalla legge, ove si tratti di introdurre nel processo una prova che dalla legge non è disciplinata, tale riserva risulta violata²⁰.

RICCARDO LOMBARDO

¹⁵ CAPPELLETTI, *La natura delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. pen.*, 1969, 96.

¹⁶ CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova del nel processo penale*, in *Riv. dir. pen.* 1970, 11.

¹⁷ A. GAITO, *Il sistema della prova*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, vol. I, Torino, 2008, p. 116.

¹⁸ RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 74.

¹⁹ Cass., Sez. I, 11 maggio 1992, Cannarozzo, in *Cass. pen.*, 1994, 127.

²⁰ PROCACCINO, *Prove atipiche*, in *La prova penale*, cit., p. 272.