

QUESITI

GIANFEDERICO CECANESE

Aspetti problematici e snodi interpretativi dell'individuazione di persone e di cose

Nel presente lavoro sono stati approfonditi gli aspetti caratterizzanti le varie forme di individuazione: l'analisi, in particolare, è stata compiuta muovendo dalle specificità che connotano l'istituto.

Un approfondimento particolare è stato, poi, dedicato ai profili di intercorrenza tra i poteri dell'Autorità Giudiziaria e i diritti fondamentali degli individui che sono coinvolti considerato che l'istituto trova applicazione nella sola fase delle indagini preliminari poiché funzionale alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale.

L'individuazione, sostanziandosi in un atto a forma libera, si svincola dal paradigma morfologico e sanzionatorio della ricognizione di persone concretizzandosi in un atto con il quale una persona è chiamata a riconoscere un'altra persona, una cosa, una voce o quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale.

Snodo investigativo di primaria importanza, la norma contenuta nell'art. 361 c.p.p. sconta le pesanti deviazioni della prassi investigativa: in effetti, proprio perché svincolata da una situazione di necessità "per l'immediata prosecuzione delle indagini", l'istituto in oggetto si lega, rigorosamente, ad una valenza endoprocedurale dell'atto, racchiuso cioè in limiti di efficacia strettamente funzionali all'espletamento delle indagini preliminari.

In the present work the aspects characterizing the various forms of individuation have been appropriated: the analysis, in particolare, has been accomplished by moving from the specific features that characterize the institute.

A particular study was then dedicated to the interchange profiles between the powers of the Judicial Authority and the fundamental rights of the individuals involved, considering that the institute is applied only in the preliminary investigation phase since it is functional to the determinations inherent to the exercise of criminal action.

The individuation, resulting in a free form act, frees itself from the morphological and sanctioning paradigm of the recognition of people, becoming an act by which a person is called to recognize another person, a thing, a voice or something else. be the object of sensory perception.

Investigation of primary importance, the rule contained in the art. 361 c.p.p. it suffers the heavy deviations of the investigative practice: in fact, precisely because it is released from a situation of necessity "for the immediate prosecution of the investigations", the institute in question binds itself, strictly, to an endoprocedural value of the act, enclosed in effectiveness limits strictly functional to the completion of preliminary investigations.

SOMMARIO: 1. Le coordinate legislative dell'individuazione di persone e di cose. 2. Le prerogative della polizia giudiziaria. 3. Il riconoscimento informale dell'imputato nel corso del dibattimento. 4. Segue: il riconoscimento fotografico. 5. Incertezze interpretative in ordine al rapporto tra l'individuazione e la ricognizione. 6. Aspetti peculiari del riconoscimento vocale. 7. Segue: L'itinerario procedimentale.

1. Le coordinate legislative dell'individuazione di persone e di cose.
L'individuazione è un istituto processuale che viene utilizzato nella sola fase

delle indagini preliminari poiché funzionale alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale: è un atto a forma libera e, per questo, si svincola dal paradigma morfologico e sanzionatorio della ricognizione di persone. Esso si sostanzia in un atto con il quale una persona è chiamata a riconoscere un'altra persona, una cosa, una voce o quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale¹.

La disciplina dedicatagli dal legislatore del 1988 appare piuttosto scarna e non contempla le garanzie previste dal codice per l'omologo mezzo di prova consistente nella ricognizione: invero, l'atto si svolge senza chiedere a chi effettua il riconoscimento se in precedenza abbia già visto la persona o l'oggetto da riconoscere e non vi sono regole circa l'affiancamento del *riconoscendo* ad altre persone².

Snodo investigativo di primaria importanza, la norma contenuta nell'art. 361 c.p.p. sconta le pesanti deviazioni della prassi investigativa: in effetti, proprio perché svincolata da una situazione di necessità "*per l'immediata prosecuzione delle indagini*", l'istituto in oggetto si lega, rigorosamente, ad una valenza endoprocessuale dell'atto, racchiuso cioè in limiti di efficacia strettamente funzionali all'espletamento delle indagini preliminari³.

In altre parole, lo strumento disciplinato dall'art. 361 c.p.p. risponde alle necessità investigative sottese all'indagine poiché idoneo a recuperare la "*percezione sensoriale*" di persone, cose, oggetti e immagini costituenti patrimonio ricognitivo per l'inquirente⁴.

Viceversa, la ricognizione (art. 213 c.p.p.) soccorre alla diversa esigenza di piena efficacia probatoria: non è un caso che essa sia stata collocata nella differente fase giurisdizionale ove si attuano appieno le garanzie tipiche di tale fase.

Tuttavia, le "*esigenze della prassi*" hanno spinto l'istituto *de quo* oltre i confini che gli erano stati assegnati dal nuovo codice di rito con la conseguenza che un atto concepito a forma libera e senza vincoli di sorta per il suo allestimento, oltre che senza garanzie difensive (proprio perché idoneo a formare la

¹ Come, ad esempio, il riconoscimento della voce. Sul tema specifico si rinvia alle osservazioni di M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento e tutela dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1842.

² C. BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. GARUTI, Torino, 2010, 326.

³ In questi termini, S. CAVINI, *Le ricognizioni e i confronti*, Milano, 2015, 154; P. GAETA, *Sub art. 361*, in *Codice di proMass. Uff.ura penale*, a cura di A. GIARDA, G. SPANGHER, Milano, 2010, 379.

⁴ In tema, cfr., D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino, 1999, 272.

prova), si è progressivamente “*introdotto*” tra il materiale che il giudice utilizza per la sua decisione, con esiti alquanto discutibili⁵.

La sua valenza esclusivamente investigativa è stata valorizzata dalla dottrina poiché si caratterizza per la sua spiccata atipicità in quanto atto di indagine svincolato dalle forme⁶.

L’assoluta discrezionalità che connota la decisione del pubblico ministero di avvalersi dell’individuazione di persone, che può delegare anche alla polizia giudiziaria (art. 370 c.p.p.)⁷, traspare dalla regola di comportamento coniata nell’art. 361 comma 1 c.p.p.: la necessità per l’immediata prosecuzione delle indagini non rappresenta una *guideline* in grado di orientare scelte e ritmi dell’attività investigativa e nemmeno può essere considerata un argine abbastanza solido da contrapporre alla prassi giurisprudenziale di sospingere l’atto verso i lidi dell’irripetibilità probatoria⁸.

Il dato è confortato dal fatto che l’individuazione è connotata da peculiari modalità di documentazione (regolate dall’art. 373, co. 3, c.p.p.)⁹, che lasciano

⁵ Cfr., D. PAOLA, *Individuazione di persone e di cose*, in *Dig. Pen.*, VI, Torino, 1992, 376.

⁶ In tal senso, A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003, 117.

⁷ Secondo la Suprema Corte di cassazione l’atto può essere delegato alla polizia giudiziaria che può proMass. Uff.ervi anche di propria iniziativa. Cfr., Cass. Sez. II, 23 aprile 2008, Zappia, in *Mass. Uff.*, n. 239774; Id., Sez. II, 2 settembre 1997, Chirico, in *Mass. Uff.*, n. 208467; Id., Sez. II, 23 gennaio 1996, Notarianni, in *Cass. pen.*, 1997, 2513.

⁸ Al riguardo, A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 117, rileva che il tenore letterale della formula utilizzata dall’art. 361 c.p.p. riecheggia quella in materia di assunzione di informazioni raccolte dalla polizia giudiziaria nei confronti dell’indagato vincolando la decisione del pubblico ministero a ricorrere all’individuazione solo per cogenti necessità investigative: ma, l’assenza di riferimenti normativi e di sanzioni per il superamento di tali limiti amplifica la discrezionalità dell’organo investigativo.

⁹ Circa il regime di utilizzabilità del relativo verbale va rilevato che esso può confluire nel fascicolo per il dibattimento soltanto a condizione che ricorrano i presupposti previsti dall’art. 512 c.p.p. in relazione all’art. 111 comma 5 Cost., che consente tale opzione solo per “*accertata impossibilità di natura oggettiva*”. Questa ipotesi di deroga al contraddittorio riferisce, chiaramente, il requisito della irripetibilità ad avvenimenti oggettivi e non già a situazioni riconducibili a scelte soggettive da parte della fonte di prova. In argomento sono interessanti le considerazioni di, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 104; E. MARZADURI, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.*, 2000, 43, 13. *Contra*, V. GREVI, *Dichiarazioni dell’imputato sul fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzie del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di “giusto processo”)*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, 363. Del resto, anche la previsione di cui all’art. 111, co. 4, Cost., ripresa nell’art. 526 co. 1-bis c.p.p. e volta ad impedire di fondare la prova di responsabilità sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sottratto all’esame da parte dell’imputato o del suo difensore, trova la sua *ratio* nell’esigenza di escludere che a livello applicativo il silenzio dell’accusatore potesse essere apprezzato come una situazione di impossibilità oggettiva per la formazione della prova in contraddittorio. Proprio in forza di questa regola la Corte costituzionale ha previsto come il richiamo all’impossibilità di natura oggettiva non può che riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante senza poter ricomprendervi l’esercizio della facoltà legittima di astenersi dal deporre. Corte cost. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Guida*

ampia discrezione al pubblico ministero in ordine alla scelta del *modus operandi* spaziando dalla redazione del verbale in forma riassuntiva alle “*annotazioni ritenute necessarie*”¹⁰.

Tra l'altro, l'ampliamento del regime di utilizzabilità probatoria degli atti investigativi raccolti *inaudita altera parte*, senza inserirvi quello disciplinato dall'art. 361 c.p.p., rappresenta una scelta ben precisa che conferma la finalità endoinvestigativa dell'atto¹¹.

Inoltre, l'assenza del diritto di assistenza difensiva durante lo svolgimento di quest'ultimo rappresenta la cartina di tornasole della spiccata finalizzazione dell'atto all'immediata prosecuzione delle indagini: viceversa, forme, documentazione e garanzie difensive specificamente definite, contribuiscono, a pieno raggio, ad avvalorare l'efficacia probatoria della ricognizione assunta in sede processuale¹².

D'altronde, la previsione della necessaria assistenza difensiva, non avrebbe, di certo, mutato il suo regime di utilizzabilità poiché la presenza della difesa non incide sul valore degli atti compiuti dal pubblico ministero rendendoli equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice¹³.

Il mancato inserimento dell'individuazione tra gli atti garantiti non è da attribuire ad una svista del legislatore, ma rappresenta un dato coerente con la logica sottesa al processo accusatorio con cui si è inteso garantire la difesa dell'imputato negando al valore probatorio degli atti compiuti nella fase delle indagini, prima ancora di ammettere i difensori nella fase anteriore del dibattimento.

dir., 2000, 41, 100, con nota a cura di R. BRICCHETTI, *Sull'attuazione del principio del contraddittorio la Corte costituzionale lascia spazio al parlamento*.

¹⁰ C. SALVI, *Sub art. 361*, in *Commento al nuovo codice di proua penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1990, 210, ritiene che, ai sensi dell'art. 361 comma 3 c.p.p., è applicabile la cautela della c.d. “*ricognizione schermata*” (art. 214 comma 2 c.p.p.) il che implica che, il più delle volte, non potrà documentarsi l'attività compiuta con la semplice annotazione. Di conseguenza, la forma abituale di documentazione, finirà per essere la verbalizzazione in forma riassuntiva.

¹¹ Il tema è stato approfondito da E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in *Lezioni sul processo penale*, Milano, 1990, 188.

¹² L'individuazione non è idonea a formare la prova, ma solo ad orientare le indagini. Questo è il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale la quale, nel dichiarare infondata una questione di illegittimità costituzionale dell'art. 364 c.p.p., ha escluso la possibilità di ravvisare una violazione del diritto di difesa dell'indagato o del principio della parità delle parti. Secondo la Corte, inoltre, l'esclusione delle garanzie è, pertanto, coerente con l'originario disegno del codice di rito del 1988 sempre che, non si riconosca all'individuazione alcuna possibilità di utilizzazione giurisdizionale incidentale o processuale diversa dalle finalità legate alla prosecuzione delle indagini. Corte cost., 12 giugno 1991, n. 265, in *Giur. cost.*, 1991, 2136.

¹³ In giurisprudenza è stata esclusa la possibilità che il difensore dell'indagato assista al compimento dell'individuazione. Cfr., Cass. Sez. II, 11 novembre 1999, Andrioli, in *Guida dir.*, 2000, 8, 93.

D'altro canto, un'eccessiva presenza nel corso delle indagini avrebbe, di certo, fatto spostare il centro di gravità del processo verso la fase investigativa, formando una sorta di "alibi" alla progressiva svalutazione del dibattimento¹⁴.

Al più la presenza del difensore potrebbe essere utile in una fase che precede il riconoscimento formale in giudizio e, limitatamente al piano esplicativo, un aiuto a quanto il ricognitore è chiamato a dichiarare in via preliminare¹⁵.

Tuttavia, la presenza difensiva all'atto di indagine non incide sull'intervento della difesa in sede di assunzione della prova durante la ricognizione non residuando spazi di contraddittorio sostanziale.

Infatti, l'art. 214 comma 1 c.p.p., riserva, in via esclusiva, al giudice la facoltà di porre la domanda al ricognitore ribaltando le modalità operative tipiche dell'art. 506 comma 2 c.p.p. che, viceversa, circoscrive i poteri di intervento probatorio del giudice ad un momento successivo all'espletamento della *cross examination* del testimone¹⁶: ciò nonostante non è precluso alle parti il diritto di procedere, con il contraddittorio, alla *cross examination* del ricognitore¹⁷.

Piuttosto, il problema coinvolge la possibilità di realizzarla nei confronti del soggetto che abbia effettuato un riconoscimento nella fase anteriore al dibattimento¹⁸: all'uopo, è necessario distinguere a seconda che l'atto rappresenti

¹⁴ In questo senso, cfr., P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 35.

¹⁵ Così si esprime A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, 207; S. CAVINI, *Le ricognizioni e i confronti*, cit., 165.

¹⁶ L'importanza dell'intervento difensivo nell'atto di indagine varrebbe, peraltro, valorizzata dalla più incisiva manifestazione del ruolo attivo della difesa che si potrebbe esprimere nel corso del controesame del testimone oculare, ove si realizzasse il contraddittorio sulla fonte di prova. Tra l'altro, un contraddittorio imperfetto nella fase di indagine, cioè basato sulla sola assistenza difensiva, di per sé, non sufficiente a riproporre il vecchio garantismo inquisitorio, può essere riequilibrato da un contraddittorio successivo sulla fonte di prova. Cfr., N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, Relazione orale presentata al convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, (Ferrara, 13-15 ottobre 2000).

¹⁷ In questi termini F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2° ed., Torino, 1992, 263, il quale da per scontato che il ricognitore venga successivamente esaminato in dibattimento e rileva come sia inutile una ricognizione schermata dal momento che colui che riconosce dietro lo scudo la persona esibitagli sarà, poi, sottoposto alla *cross examination*.

¹⁸ Nell'ambito della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione è stato ritenuto utilizzabile l'atto di individuazione ai fini dell'emissione della misura cautelare. Cass. Sez. VI, 23 gennaio 1996, Notarianni, in *Mass. Uff.*, n. 205026: Id., Sez. II, 22 aprile 1994, Berton, in *Mass. Uff.*, n. 197342: Id., Sez. I, 11 marzo 1994, P.M. in proc. Carola, in *Mass. Uff.*, n. 196690, sul presupposto che esso, se positivo, costituisce elemento di rilevante valore indiziario, trattandosi di circostanza di fatto individualizzata e, come tale, idonea a lasciar desumere l'attribuzione del reato all'indagato. Invece, secondo Cass. Sez. II, 15 gennaio 2004, Acampora, in *Mass. Uff.*, n. 227511: Id., Sez. I, 24 ottobre 1995, Caterino, in *Mass. Uff.*, n. 202619. L'individuazione ex art. 361 c.p.p., pur essendo atto privo di valenza probatoria nel dibattimento ai fini del giudizio di responsabilità, ben può essere posta a fondamento di una misura cautelare perché lascia fondatamente ritenere che sbocchi in un atto di riconoscimento, formale o informale, ovvero in una testimonianza che in tale individuazione confermi, si da costituire il fondamento

una individuazione resa alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero durante le indagini ovvero una individuazione spontanea compenetrata con l'evento delittuoso.

Nel primo caso si esclude la possibilità che il soggetto possa essere chiamato in dibattimento a deporre: né, tantomeno, è possibile procedere ad effettuare una contestazione ex art. 500 c.p.p.¹⁹

L'*escamotage* di equiparare, poi, l'individuazione alle sommarie informazioni testimoniali, si risolve in modo positivo poiché è possibile utilizzare l'atto per fini contestativi atteso il suo *dna* dichiarativo che consente, al relativo verbale, di trasmigrare nel fascicolo dibattimentale²⁰.

Nel secondo caso, invece, è possibile (ed utile) assumere in dibattimento una testimonianza avente ad oggetto il precedente riconoscimento con la - naturale - conseguenza di poter effettuare anche la contestazione disciplinata

di una prognosi di affermazione di responsabilità. Infine, la valenza probatoria dell'atto *de quo*, oltre ai fini cautelari, rileva anche in sede di udienza preliminare e di giudizio abbreviato. Cass., Sez. III, 11 agosto 1993, Beltrame, in *Mass. Uff.* n. 194474, risultando rispettato l'assunto fondante e cioè la valenza endoprocessuale dell'atto e, di più, ribadendone l'oggettiva ripetibilità attraverso il corrispondente strumento di acquisizione probatoria della ricognizione. Di recente, è stato rilevato che è possibile ammettere l'utilizzazione nel giudizio abbreviato dei verbali aventi ad oggetto l'individuazione eseguita ex art. 361 c.p.p.e, quindi, senza l'osservanza delle forme e delle garanzie di cui all'art. 214 c.p.p.: ciò anche in sede di giudizio abbreviato condizionato. In tal senso Cass. Sez. II, 1 ottobre 2014, Pancia, in *Mass. Uff.* n. 260364: Id., Sez. VI, 11 aprile 2007, Novello, in *Mass. Uff.* n. 236420.

¹⁹ Cass. Sez. II, 15 novembre 1996, Lombardi, in *Giust. pen.*, 1998, III, 370.

²⁰ Al riguardo Cass. Sez. IV, 25 febbraio 2009, Pallicori, in *Mass. Uff.* n. 243212: Id. Sez. VI, 15 maggio 2007, Noviello, in *Mass. Uff.* n. 236420, secondo cui è legittima l'utilizzazione, nel giudizio abbreviato, dei verbali aventi ad oggetto l'individuazione di persone o cose eseguita a norma dell'art. 361 c.p.p., a nulla rilevando che quest'ultima disposizione non preveda l'osservanza delle forme e delle garanzie stabilite dall'art. 214 stesso codice per la ricognizione di persone, fermo restando, per il giudice, l'obbligo, in caso di contestazione degli esiti della citata attività di indagine, di una puntuale enunciazione delle ragioni per cui egli ritenga di attribuire attendibilità ad essi. Di diverso avviso è altra parte della giurisprudenza che, muovendo dalla considerazione secondo cui l'assenza di garanzie difensive per l'individuazione rende illegittima ogni utilizzazione dibattimentale dell'atto medesimo, limita la facoltà di contestazione ai soli contenuti dichiarativi dell'atto, se ed in quanto aventi intrinseca autonomia nell'ambito dell'atto composto in cui si concreta l'individuazione. Pertanto, all'interno di essa andranno distinte le dichiarazioni meramente narrative di fatti (come, ad esempio, quelle relative alle caratteristiche somatiche del soggetto) da quel che, invece, costituisce il momento proprio dell'individuazione: quest'ultimo, a differenza delle prime, sarà insuscettibile di traslazione dibattimentale anche nella forma della contestazione ex art. 500 c.p.p. Più in particolare, nel caso di riconoscimento informale poi confermato nel corso dell'esame testimoniale, il convincimento del giudice non si fonda sul riconoscimento come strumento probatorio, bensì sull'attendibilità che viene accordata alla deposizione: in tale ipotesi, benché il verbale di individuazione non possa essere sicuramente acquisito al dibattimento neanche per il tramite delle contestazioni ex art. 500 c.p.p., l'esame testimoniale ben può svolgersi anche sulle modalità della pregressa individuazione per procedere ad una valutazione globale del dichiarante. Così Cass. Sez. IV, 11 dicembre 2008, Mazzotto, in *Mass. Uff.* n. 242321: Id., Sez. II, 10 gennaio 2006, Ranchi, in *Mass. Uff.* n. 233338.

dall'art. 500 c.p.p.: ovviamente, in questa ipotesi, non sarà configurabile una contestazione avente finalità acquisitiva dell'atto²¹.

Il ragionamento trova concorde anche la critica secondo la quale “*interpretazione letterale, veste funzionale e collocazione sistematica*” non consentirebbero di dilatare il perimetro della contestazione fino a ricomprendervi l'esito della individuazione²².

Ciò è tanto più vero avuto riguardo alle circostanze che l'uso contestativo è oggi, in considerazione dei principi sul giusto processo, limitato alla verifica della credibilità del testimone.

Dunque, sotto tale profilo, nessun artificio logico- argomentativo potrebbe rendere testimone e ricognitore entità soggettive coincidenti: né il riconoscimento potrebbe essere considerato uno strumento per sondare la maggiore, o minore, credibilità del ricognitore/testimone²³.

Sarebbe, poi, scorretto aggirare sostanzialmente la minuziosa disciplina dettata per la ricognizione utilizzando, a fini contestativi, l'esito degli atti di individuazione²⁴.

²¹ E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 7.

²² A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 138; S. CAVINI, *Le ricognizioni e i confronti*, cit., 168..

²³ In tema, cfr., A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 244.

²⁴ C. CESARI, *Individuazione e dibattimento: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi di un atto di indagine*, in *Cri. dir.*, 1995, 144, rileva la possibilità che una testimonianza avente ad oggetto un'individuazione potrebbe avere come effetto il recupero di atti di indagine costituendo una pericolosa messa in discussione del principio accusatorio secondo cui la prova si forma nel dibattimento. In tal senso anche R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, 1296. Invece, la giurisprudenza ha evidenziato che correttamente alle pressoché totale assimilazione ad un atto a contenuto dichiarativo, l'individuazione soggiace alle vicende processuali proprie di tale tipologie di atti: pertanto, quando l'atto è divenuto irripetibile, è consentito per il tramite delle letture, l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento in funzione di utilizzazione ai fini previsti dall'art. 526 comma 1 c.p.p.. Cfr., Cass. Sez. VI, 1 giugno 1994, Goddi, in *Mass. Uff.*, n. 197867. Negli stessi termini, recentemente, cfr., Cass. Sez. II, 20 marzo 2017, Bonna, in *Mass. Uff.*, n. 269566: Id., Sez. 27 febbraio 2017, Marzano, in *Mass. Uff.*, n. 269272: Id. Sez. II, 27 aprile 2016, P.G. in proc. Kpsteva, in *Mass. Uff.*, n. 267039: Id., Sez. V, 31 ottobre 2013, Cicero, in *Mass. Uff.*, n. 258638: Id., Sez. II, 14 gennaio 2009, Zingale, in *Mass. Uff.*, n. 243302, secondo cui le dichiarazioni rese precedentemente dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero sono acquisite al fascicolo del dibattimento per l'utilizzazione probatoria se risultano, da circostanze emerse in dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice, elementi di alterazione della loro genuinità.

2. Le prerogative della polizia giudiziaria

Durante la fase delle indagini preliminari la polizia giudiziaria è legittimata a compiere l'individuazione di persone o cose, di propria iniziativa²⁵ ovvero su delega del pubblico ministero²⁶.

Le riforme operate dal legislatore nel corso degli anni con le leggi n. 356 del 1992 e n. 128 del 2001, hanno potenziato i poteri della polizia giudiziaria riconoscendo ad essa una più ampia sfera di autonomia operativa ripartendo le incombenze ontologicamente connesse alle indagini con il pubblico ministero²⁷.

La praticabilità dell'opzione relativa al potere della polizia giudiziaria di compiere, d'iniziativa, un'individuazione è stata al centro di un vivace dibattito che ha visto la critica "avallare" soluzioni tra di loro divergenti.

Secondo un orientamento minoritario alla polizia giudiziaria è preclusa la possibilità di procedere, d'iniziativa, all'individuazione di persone e di cose in quanto mancherebbe un esplicito riferimento nella *litter legis* che la contempla²⁸: tra l'altro, nel novero degli atti innominati previsti dall'art. 348 comma 2 c.p.p. non potrebbe essere ricompreso un atto di indagine definito atipico il cui quadro di garanzie, sia pur minimali, spiega la scelta del legislatore di una riserva solo al pubblico ministero²⁹.

In realtà, tanto nell'originario impianto, quanto nel testo modificato dalla legge n. 128 del 2001, si delinea, secondo altro condivisibile orientamento, un quadro normativo dal quale si può desumere, in via diretta o indiretta, un'ampia libertà di azione investigativa della polizia giudiziaria: i parametri normativi che legittimavano quest'ultima ad operare in via autonomia per

²⁵ Cass. Sez. V, 8 maggio 2014, De Benedetto, in *Mass. Uff.*, n. 263168; Id., Sez. II, 23 aprile 2008, Gori, in *Mass. Uff.*, n. 239774, secondo cui la disciplina processuale (artt. 55 e 348 c.p.p.) è orientata al principio dell'atipicità degli atti di indagine della 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.

²⁶ Cass. Sez. VI, 22 aprile 1996, Notarianni, cit.

²⁷ L. BRESCIANI, *Sub artt. 347 e 348*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1993, 125; A. CRISTIANI, *Le modifiche al nuovo codice di procedura penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1993, 43; L. D'AMBROSIO, P. L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1998, 33.

²⁸ Il tema era già stato approfondito da, A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 160, che, tuttavia, aveva sostenuto questa tesi con un diverso quadro normativo di riferimento.

²⁹ E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, cit., 188, rileva che tali sono quelli la cui forma non è completamente regolata o non è regolata per niente.

l'espletamento dell'individuazione, diretta o fotografica erano, di fatto, già rintracciabili nella primogenita disciplina³⁰.

L'originaria norma contenuta nell'art. 348 comma 1 c.p.p., invero, faceva espresso riferimento alla possibilità, per la polizia giudiziaria, di raccogliere ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole³¹: le modifiche apportate dalla legge n. 356 del 1992 alla norma, hanno ampliato, poi, lo spazio di autonomia della medesima e lo stesso è accaduto con riguardo alla possibilità di intraprendere attività d'indagine al di fuori delle direttive del pubblico ministero (art. 348 comma 2 c.p.p.)³².

Inoltre, il carattere aperto delle attività ricomprese nell'art. 348 comma 2 lett. a) e b) c.p.p., rimarcato anche dalla *littera legis*, ben si prestava ad "ospitare" anche l'istituto dell'individuazione³³.

Sulla stessa linea di pensiero si è posizionata anche la giurisprudenza di legittimità che non ha mancato di sottolineare come l'assenza di specifiche norme che contemplano un divieto per la polizia giudiziaria di effettuare individuazioni fotografiche - così come, invece, per il pubblico ministero -, determina che tale facoltà sia legittimata dalle disposizioni contenute negli artt. 55 e 348 c.p.p. che, coordinate tra loro, si limitano a semplificare gli atti che la polizia giudiziaria può (e deve) compiere nella sua attività di raccolta degli elementi di prova³⁴.

La norma contenuta nell'art. 55 c.p.p., in particolare, laddove attribuisce poteri di iniziativa alla polizia giudiziaria nel prendere notizia dei reati, nell'impedire che questi vengano portati ad ulteriori conseguenze,

³⁰ Questo è il pensiero di P. MOSCARINI, voce *Ricognizione (dir. pen.)*, cit., 3.

³¹ A. MELCHIONDA, *Sub art. 213*, cit., 541, mette in risalto che il potere della polizia giudiziaria di compiere ricognizioni informali fosse desumibile anche dall'art. 354 comma 3 c.p.p.

³² Al riguardo, cfr., A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 132.

³³ C. CESARI, *Individuazione e dibattimento: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi di un atto di indagine*, cit., 142; C. SALVI, *Sub art. 361*, cit., 213.

³⁴ Infatti, nell'ambito della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, è stato precisato che l'individuazione fotografica compiuta davanti agli ufficiali di polizia giudiziaria, pur essendo priva di valenza probatoria nel dibattimento, ben può essere posta a fondamento di una misura cautelare, indipendentemente dall'accertamento delle modalità e, quindi, dalla rispondenza alla metodologia prevista per la formale ricognizione a norma dell'art. 213 c.p.p. In tal senso Cass. Sez. II, 16 febbraio 2016, Fiorillo, in *Mass. Uff.*, n. 262599; Id., Sez. I, 2 dicembre 2008, Morfei, in *Mass. Uff.*, n. 242216; Id., Sez. II, 10 gennaio 2008, Metafora, in *Mass. Uff.*, n. 232010. Tale opzione è valida anche in difetto di direttive o formali deleghe del pubblico ministero, avendo la polizia giudiziaria, il potere-dovere di compiere, di propria iniziativa, tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del reato. Cfr., Cass. Sez. II, 23 marzo 2008, Gori, cit. Tali atti possono trovare ingresso nel dibattimento ed essere posti a base della decisione in forza del principio del libero convincimento ove dal giudice vengano ritenute attendibili all'esito del contraddittorio che si sviluppa nel dibattimento. Al riguardo, Cass. Sez. II, 3 febbraio 2009, Sanna, in *Mass. Uff.*, n. 243744.

nell'assicurare le fonti di prova e nel raccogliere quant'altro serva per applicare la legge penale, traccia il perimetro normativo entro cui inserire anche tutte le ulteriori attività da compiersi dopo la comunicazione della notizia di reato³⁵. Nella stessa direzione si incanala l'art. 348 comma 3 c.p.p., disciplinando i poteri della polizia giudiziaria dopo l'intervento del pubblico ministero: in tal modo, la funzione di assicurazione delle fonti di prova, trova pari dignità con le attività informative ed investigative svolte in una fase successiva all'entrata in scena del *dominus* della fase preliminare³⁶.

Sul piano delle modalità operative la polizia giudiziaria è tenuta ad espletare l'individuazione secondo il modello corrispondente all'atto che, ai sensi dell'art. 361 c.p.p., espleta il pubblico ministero: la presenza della persona o dell'oggetto da riconoscere ovvero la sottoposizione in immagine degli stessi è essenziale per integrare il modello legale dell'individuazione³⁷.

Pertanto, entro certi limiti, l'organo inquirente può espletare tale attività e ciò è giustificato dall'art. 361 c.p.p. in virtù del quale è consentito - anche alla polizia giudiziaria delegata - procedere ad una individuazione solo quando, eccezionalmente, lo impongono improrogabili esigenze investigative anche in assenza di un'espressa delega al riguardo³⁸.

È, invero, quest'ultima evenienza a costituire il presupposto che legittima il comportamento.

L'opzione si coniuga con la *ratio* sottesa all'intenzione del legislatore del 1988 di limitare l'utilizzo di tale atto alle strette necessità investigative in modo che lo stesso non possa incidere, negativamente, sul risultato di una successiva ricognizione³⁹.

³⁵ R. BONSIGNORI, *Nuovi profili processuali delle indagini motu proprio della polizia giudiziaria*, in *Le nuove norme sulla tutela della riservatezza dei cittadini*, coordinato da G. SPANGHER, Milano, 2001, 148.

³⁶ Cfr., A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 135.

³⁷ Sono da ritenersi illegittimi, e quindi, inutilizzabili i risultati di indagine acquisiti dalla polizia giudiziaria mediante un procedimento difforme dalle prescrizioni poste a fondamento del *quomodo* dell'atto di individuazione.

³⁸ Cfr. G. AMATO, M. D'ANDRIA, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1999, 137; C. CESARI, *Individuazione e dibattimento: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi di un atto di indagine*, cit., 145, rileva che le individuazioni posseggono potenzialità distruttive per l'attendibilità delle ricognizioni che vengono svolte in seguito. Di qui il tentativo di collocare l'atto nella sfera esclusiva dell'iniziativa del pubblico ministero, negando alla polizia giudiziaria il potere di effettuarlo per il proprio conto. Tesi che appare difficile avallare tenuto conto del disposto di cui all'art. 348 c.p.p.

³⁹ La stessa *Relazione al progetto preliminare* cit., 91, chiarisce che è prevedibile che il pubblico ministero si avvalga dell'art. 361 c.p.p. solo nella fase delle indagini preliminari in modo da evitare che la necessità di compiere l'atto possa incidere sul convincimento del giudice in occasione della valutazione degli esiti della, eventuale, successiva ricognizione.

Il rischio è proprio quello e, per questo, prudenza vuole che l'inquirente sia cauto nel suo utilizzo, altrimenti si preclude la possibilità di acquisire il mezzo di prova valutabile dal giudice successivamente⁴⁰.

Soluzione, quest'ultima, condivisa anche dalla psicologia forense che, in più di un'occasione, ha rilevato che l'atto individuativo affievolisce l'attendibilità di una successiva ricognizione, poiché è più facile che il ricognitore attinga ai dati mnestici risalenti al momento dell'individuazione anziché all'informazione originaria essendo, queste, difficilmente recuperabili⁴¹.

Il ricordo potrebbe, in questo caso, essere congelato ed il soggetto non riesce più a distinguere i messaggi corrispondenti alla realtà percepita al momento del fatto da quelli riferiti all'inquirente: le percezioni e le ritenzioni mnestiche che si sovrappongono alla percezione originaria possono facilmente provocare errori di riconoscimento⁴².

Inoltre, va rilevato che la regola di comportamento sottesa all'art. 213 comma 1 c.p.p. suggerisce al giudice una particolare cautela nella valutazione di una ricognizione preceduta da un riconoscimento effettuato nel corso delle indagini preliminari specificando l'opportunità di accertare se vi siano altre circostanze che possano influire sull'attendibilità del riconoscimento⁴³.

Argomentazione, quest'ultima, non condivisa da quegli arresti giurisprudenziali secondo i quali l'efficacia probatoria della ricognizione non si affievolisce né, tantomeno, viene pregiudicata da un'individuazione compiuta in precedenza dinanzi agli inquirenti⁴⁴.

Il fatto, poi, che non è prevista alcuna sanzione processuale conferma il dato. Tutt'al più quello che rileva è l'incidenza dell'atto sul profilo probatorio: l'atto reiterato, invero, pur essendo valido ed utilizzabile, offre un risultato consoci-

⁴⁰ Peraltro, non essendo prevista alcuna sanzione per il caso di compimento dell'atto in mancanza del requisito della necessità di immediata prosecuzione delle indagini, si spiegano le ragioni per cui l'organo inquirente ne fa un uso indiscriminato nella prassi. F. CORDERO, *Codice di proMass. Uff.ura penale*, cit., 432; G. CONSO, M. BARGIS, voce *Individuazione di persone o cose*, in *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 192, 331; N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 2002, cit., 239.

⁴¹ In questi termini, TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *RIDPP*, 1963, 1009. Per un approfondimento delle tematiche, v., GORENSTEIN, ELESWORTH, *Effect of Applied Psychology*, 1980, 616.

⁴² G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1963, 1009.

⁴³ A. MELCHIONDA, *Sub art. 213*, cit., 542; Id., voce *Ricognizione (dir. Proc. Pen.)*, cit., 542; N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 246.

⁴⁴ Cass. Sez. VI, 28 giugno 1996, Maselli, in *Guida dir.*, 1996, 41, 86; Trib. min. L'Aquila, 2 aprile 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 604, con nota a cura di G. DI CHIARA, *Individuazione fotografica e ricognizione di persone: profili problematici ed aspetti interpretativi tra l'eredità del codice Rocco e il dibattito de jure condendo*.

tivo la cui persuasività sotto il profilo valutativo è più affievolita di quanto possa esserlo un riconoscimento effettuato per la prima volta⁴⁵; per questo motivo il giudice è tenuto a valutare con estremo rigore il grado di idoneità probatoria dell'atto tenendo in debita considerazione le indicazioni normative offerte dall'art. 189 c.p.p.⁴⁶.

3. Il riconoscimento informale dell'imputato nel corso del dibattimento.

Nel corso dell'istruttoria dibattimentale si può verificare che l'imputato venga indicato come autore del reato dal testimone o dalla persona offesa sottoposti ad esame senza che, però, vengano rispettate le formalità previste dagli artt. 213 e 214 c.p.p. in tema di ricognizione⁴⁷.

In questo caso, ci si trova al cospetto dei c.d. riconoscimenti informali ritenuti legittimi⁴⁸ ma completamente differenti dalle ricognizioni vere e proprie in quanto costituiscono atti di identificazione diretta effettuati mediante dichiarazioni orali senza il rispetto delle specifiche ritualità previste dalla legge per la ricognizione⁴⁹.

È ovvio, pertanto, che l'atto effettuato *sic et simpliciter* in sede dibattimentale risente, in maniera irrimediabile, della mancata sterilizzazione degli elementi di disturbo insinuatisi fino a quel momento con riverberi sulla genuinità del riconoscimento che, in questo modo, appare compromessa sin dalle prime battute⁵⁰.

⁴⁵ G. DI CHIARA, *Individuazione fotografica e ricognizione di persone: profili problematici ed aspetti interpretativi tra l'eredità del codice Rocco e il dibattito de jure condendo*, cit., 616; F. M. MOLINARI, *Sui limiti di attendibilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 198.

⁴⁶ Cass. Sez. I, 25 marzo 1991, Piccolo, in *Cass. pen.*, 1992, 2800, secondo cui la precedente ricognizione atipica, effettuata in fotografia dinanzi agli organi di polizia, non costituisce un pregiudizio legale alla eseguibilità e validità probatoria della ricognizione personale essendo solo richiesto che del precedente si dia atto ai fini delle valutazioni di merito sull'attendibilità del risultato del mezzo di prova. Di recente è stato precisato che tra l'individuazione fotografica o personale compiuta dagli inquirenti e la ricognizione disciplinata dall'art. 213 c.p.p. non sussiste alcun rapporto di alter natività sicché l'atto individuativo è sempre ripetibile attraverso la ricognizione. Al riguardo Cass. Sez. III, 6 novembre 2000, Garofalo, in *Guida dir.*, 2001, 2, 110, evidenza che una ricognizione personale soggettivamente certa ed oggettivamente attendibile è prova sufficiente per l'affermazione della responsabilità; essa può essere inficiata da dati certi idonei a contrastarla, ma non da mere supposizioni né da un alibi rimasto sfornito di prova e la cui prova sia ritenuta dubbia: Id., Sez. II, 9 febbraio 1993, Gallo, in *Guariniello, Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Torino, 1994, 24.

⁴⁷ Sulla disciplina della ricognizione, cfr., G. CECANESE, *Confronto, ricognizione ed esperimento giudiziale nella logica dei mezzi di prova*, Napoli, 2013, 67 ss.

⁴⁸ Cass. Sez. V, 21 marzo 2001, Gabrielli, in *Guida dir.*, 44, 91.

⁴⁹ Cass. Sez. V, 15 febbraio 2001, Lionetti, in *Guida dir.*, 2001, 43, 84; Id., Sez. V, 9 novembre 2000, Mich, in *Guida dir.*, 2001, 7, 70; Id., Sez. II, 20 maggio 1997, Benigno, in *Guida dir.*, 1997, 33, 71.

⁵⁰ Significativo quanto rileva nell'esperienza di *common law*, M. STONE, *La cross examination*, trad. it.,

Si tratta di un *vulnus* colmato dalle statuizioni giurisprudenziali attraverso cui si è sottolineata l'importanza della ricognizione che, nell'economia processuale, rappresenta un atto necessario quando la conoscenza pregressa della persona o della cosa risulti dovuta ad una esperienza occasionale e limitata (come, ad esempio, il riconoscimento effettuato sul luogo e nell'immediatezza del fatto): invece, quando si tratta di persone o cose già conosciute a chi deve identificarle per aver avuto con essi rapporti consolidati nel tempo -, di regola la ricognizione risulta superflua e può essere efficacemente sostituita da una diretta identificazione che prescinde dalle personalità tipiche del mezzo di prova⁵¹.

Già da tempo si era messo in risalto di considerare i riconoscimenti a forma libera⁵² processualmente utilizzabili per la formazione del convincimento del giudice⁵³.

Milano, 1990, 59, "dalla preoccupazione che il vedere l'imputato alla sbarra possa influenzare il teste al punto da indurlo in errore, scaturisce la regola generale secondo cui, tranne che in circostanze eccezionali, è vietato chiedere che si proceda per la prima volta alla ricognizione nell'udienza dibattimentale: infatti, è accertato che, nonostante la possibilità di contestare la ricognizione all'udienza dibattimentale asserendo che il testimone è fuorviato dalla posizione attribuita all'imputato nell'aula, nessun teste ammetterà mai tanta irresponsabilità".

⁵¹ Testualmente, Cass. Sez. I, 20 maggio 1998, De Chicchis, in *Mass. Uff.*, n. 210618, secondo cui per il riconoscimento della refurtiva da parte del derubato non devono essere necessariamente osservate le formalità stabilite per la ricognizione di cose; in questo caso, infatti, il derubato, avendo avuto il possesso delle cose rubate, è in grado di identificarle direttamente, come chiunque altro ne avesse avuto per ragioni analoghe personale conoscenza, e, quindi, la relativa operazione, costituendo un mero accertamento di fatto e non un atto processuale formale, può essere liberamente utilizzato dal giudice nella formazione del suo convincimento.

⁵² Cass. Sez. II, 5 maggio 2011, Bianconi, in *Mass. Uff.*, n. 250081, rileva che **riconoscimenti** fotografici effettuati durante le indagini di polizia giudiziaria, e i riconoscimenti informali dell'imputato operati dai testi in dibattimento, 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 giudice.

⁵³ Cass. Sez. II, 10 aprile 1997, Falco in *Guida dir.*, 1997, 1, 71 con nota a cura di P. RIVIELLO, *Anche il riconoscimento informale tra le prove atipiche ammesse dal legislatore*, ove si sottolinea che deve ritenersi valido e processualmente utilizzabile il riconoscimento operato in udienza dalla persona offesa, nel corso dell'esame testimoniale, nei confronti dell'imputato presente. Anche nella vigenza del nuovo rito penale, invero, conserva validità il principio secondo cui siffatti riconoscimenti vanno tenuti distinti dalle ricognizioni vere e proprie, costituendo essi atti di identificazione diretta, effettuati mediante dichiarazioni orali non richiedenti l'osservanza delle formalità prescritte per le dette ricognizioni. Nè, in contrario, si può invocare un preteso "principio di tassatività del mezzo probatorio", in forza del quale, nella specie, posta la esistenza di uno specifico mezzo probatorio costituito dalla ricognizione formale, gli effetti propri di quest'ultima non potrebbero essere perseguiti mediante altro mezzo di natura diversa come, appunto, quello costituito dall'esame testimoniale nel cui corso si dia luogo al riconoscimento diretto. Non vi è, infatti, elemento alcuno sulla cui base possa affermarsi che il suddetto "principio di tassatività" sia stato recepito dal vigente codice di rito, ma anzi la presenza dell'art. 189 c.p.p., che prevede l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, appare dimostrativa del contrario. Negli stessi termini, recentemente, Cass. Sez. VI, 11 agosto 2004, Taulant, in *Mass. Uff.*, n. 229086.

Il loro valore probatorio è giustificato in virtù della regola contenuta nell'art. 189 c.p.p. che legittima la possibilità di assumere prove non disciplinate dalla legge e, pertanto, autorizzerebbe ad attribuire gli effetti della ricognizione tipica ad un altro mezzo di natura diversa⁵⁴.

L'apertura del codice di rito a favore delle prove atipiche si pone in rapporto di antitesi con la scelta effettuata dal Progetto del 1978 ove, invece, era preclusa al giudice la possibilità di utilizzare mezzi probatori al di fuori del *numerus clausus* previsto dalla legge: l'opzione, favorevole al principio di tassatività delle prove, rappresentava una reazione alle degenerazioni applicative del principio del libero convincimento, in nome del quale il giudice, qualificando come diverso il mezzo gnoseologico disciplinato dal legislatore, ne azzerava le regole di ammissione e di assunzione⁵⁵.

Invece, nel nuovo rito accusatorio, l'abbandono del principio di tassatività dei mezzi di prova si è verificato a favore di quello inerente la legalità della stessa⁵⁶ e il riferimento esplicito alle "*prove non disciplinate dalla legge*", nella rubrica dell'art. 189 c.p.p., diventa il veicolo con cui viene introdotta una libertà del giudice seppur a carattere limitato⁵⁷.

Soffermandosi sulla differenza ontologica tra prova atipica (o innominata) e prova irrituale, l'interprete⁵⁸ ha rilevato che una ricognizione personale effettuata senza le cautele previste dagli artt. 213 e 214 c.p.p.⁵⁹ non può prestarsi a successive valutazioni in chiave riduttiva per saggiare sempre nuovi schemi

⁵⁴ In tal senso Cass. Sez II, 10 aprile 1997, Falco, in *Mass. Uff.*, n. 207409 secondo cui l'individuazione fotografica costituendo prova atipica in quanto non disciplinata dalla legge ne' collocabile nell'ambito della "ricognizione" personale prevista dall'art 213 c.p.p. legittimamente può essere assunta - se ritenuta dal giudice idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti - ai sensi dell'art. 189 c.p.p.. In tal caso, infatti, la certezza della prova dipende non dal riconoscimento in sé, ma dalla ritenuta attendibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia dell'imputato, si dica certo della sua identificazione.

⁵⁵ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, 119.

⁵⁶ G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (1945-1990)*, II, a cura di M.C. BASSIUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE, Milano, 1991, 183.

⁵⁷ La limitazione è giustificata dall'esistenza di tre circostanze: a) l'elemento probatorio che si vuole acquisire, ex art. 189 c.p.p., non deve essere già regolamentato dal codice; b) quando si punta su un nuovo mezzo di prova occorrerà, preliminarmente, escludere che si tratti di un'esperienza conoscitiva da ricondurre nella figura della testimonianza, della perizia o della ricognizione; c) residua in capo alle parti il potere di interloquire sull'ammissione della prova. In tal senso, E. AMODIO, *Liberio convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 7; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 119.

⁵⁸ F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1960, 675, rileva che non si possono far diventare innominate le prove nominate solo perché non presentano i requisiti previsti dalle leggi. D'altronde, se certe prove sono nominate è perché la legge vuole che il giudice se ne fidi solo quando siano fornite di tali requisiti.

⁵⁹ G. BELLAVISTA, G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, 326.

atipici di acquisizione probatoria: la prova *contra legem*, invero, non può asurgere a rango di atipicità⁶⁰.

Di conseguenza, definire l'identificazione diretta come una ricognizione effettuata in spregio delle formalità contemplate, altro non è che un espediente lessicale per aggirare la disciplina prevista dal legislatore e per giustificare le prove irrivalentemente acquisite⁶¹.

Pur tuttavia, va escluso che la prova non preceduta dall'audizione delle parti sia da considerarsi inutilizzabile in quanto la prova atipica, in tale evenienza, è acquisita non in violazione di specifici divieti, ma solo senza l'osservanza di norme riguardanti formalità di assunzione e che non risultano prescritte a pena di nullità dall'art. 189 c.p.p.

L'audizione delle parti condiziona l'ingresso delle prove atipiche solo in ordine alle modalità di assunzione della prova, mentre la decisione sull'ammissibilità delle stesse rimane demandata al giudice⁶².

Epperò, a ben vedere, non è proprio così perchè le coordinate normative sottese all'art. 189 c.p.p. stabiliscono le condizioni di ammissibilità della prova atipica a cui il giudice deve uniformarsi per assumere la prova in modo legittimo.

L'opzione interpretativa è stata confutata dalla dottrina la quale ha sottolineato che la mancanza del presupposto del consenso, nella formazione della prova tipica, si spinge oltre la mera irregolarità: diversamente, il diritto alla prova e al contraddittorio ne risulterebbe gravemente conculcato⁶³.

⁶⁰ Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 120, secondo il quale occorre essere fermissimi nel sottolineare che questo art. 189 c.p.p., innegabilmente pericoloso dal punto di vista pratico, non equivale a giustificare maggiori e ulteriori libertà nella formazione delle prove già regolate.

⁶¹ A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 204, rileva che laddove le condizioni stabilite dal codice in materia rivestono il carattere di indefettibilità, svolgimento dell'inchiesta sul ricognitore (art. 213 comma 1 c.p.p.), verbalizzazione delle relative dichiarazioni (art. 213 comma 2 c.p.p.) la loro inosservanza determina la nullità dell'atto (art. 213 comma 3 c.p.p.).

⁶² Cass. Sez. I, 11 giugno 1992, Cannarozzo, in *Mass. Uff.*, n. 190569, rileva che deve ritenersi valido e processualmente utilizzabile il riconoscimento operato in udienza dalla persona offesa, nel corso dell'esame testimoniale, nei confronti dell'imputato presente. Anche nella vigenza del nuovo codice di procedura penale, invero conserva validità il principio secondo cui siffatti riconoscimenti vanno tenuti distinti dalle ricognizioni vere e proprie, costituendo essi atti di identificazione diretta, effettuati mediante dichiarazioni orali non richiedenti l'osservanza delle formalità prescritte per le dette ricognizioni. Nè in contrario si può invocare un preteso "principio di tassatività del mezzo probatorio", in forza del quale, nella specie, posta la esistenza di uno specifico mezzo probatorio costituito dalla ricognizione formale, gli effetti propri di quest'ultima non potrebbero essere perseguiti mediante altro mezzo di natura diversa come, appunto, quello costituito dall'esame testimoniale nel cui corso si dia luogo al riconoscimento diretto. Non vi è, infatti, elemento alcuno sulla cui base possa affermarsi che il suddetto "principio di tassatività" sia stato recepito dal vigente codice di rito, ma anzi la presenza dell'art. 189 c.p.p. che prevede l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge, appare dimostrativa del contrario.

⁶³ A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 180.

In un contesto così delineato, la critica diventa gioco facile perchè elevare il consenso degli antagonisti a *condicio sine qua non* per l'acquisizione delle prove non disciplinate dalla legge è un'operazione non corretta in quanto, sul piano della lettera della norma, "*sentire*" le parti non implica per il giudice un obbligo⁶⁴ di acquisirne l'accordo circa le modalità di assunzione del costituendo elemento probatorio⁶⁵. E', infatti, innegabile che la decisione sull'ammissione della prova atipica appartenga, in via esclusiva, al giudice, residuando in capo alle parti solo il diritto di interloquire sul relativo *modus procedendi*⁶⁶.

Pur tuttavia, il riconoscimento diretto può essere, tranquillamente, ricondotto alla prova testimoniale: infatti, la ricognizione personale espletata in sede dibattimentale senza le formalità disciplinate dagli artt. 213 e 214 c.p.p., vale alla stessa stregua della testimonianza e, per questo, non si configura alcuna sanzione processuale⁶⁷ in caso di violazione delle sue regole all'uopo previste⁶⁸.

Vero è che tra i due atti vi è una evidente diversità morfologia e strutturale e, per questo, il legislatore gli ha dedicato una disciplina autonoma.

Il *target* della percezione, il sentiero mnemonico-ricognitivo, le caratteristiche ed il contenuto della rappresentazione del fatto da provare, i congegni per l'elaborazione e la verifica probatoria di cui si avvalgono le parti ed il giudice, costituiscono gli elementi di differenziazione tra i due mezzi di prova.

Appiattare il riconoscimento di persona sulla dichiarazione testimoniale costituisce una palese forzatura dell'aspetto gnoseologico e della regolamentazione codicistica⁶⁹.

⁶⁴ In argomento sono valide le considerazioni di G. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 540.

⁶⁵ C. PANSINI, *È valida la prova "atipica" senza preventiva audizione delle parti?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1258, secondo cui l'atto è nullo nel caso di mancata audizione delle parti.

⁶⁶ In questi termini G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Torino, 2016, 297.

⁶⁷ In tema, Cass. Sez. II, 21 maggio 1993, Corciani, in *Riv. pen.*, 1993, 1080, sottolinea che la ricognizione di persona svolta in dibattimento in forma diversa da quella indicata nell'art. 214, primo comma, c.p.p. vale come testimonianza. In siffatta ipotesi non si configura nullità, in virtù del principio di tassatività, sancito dall'art. 177 c.p.p., né inutilizzabilità, dal momento che questa consegue alla violazione di precisi divieti, secondo il dettato dell'art. 191 c.p.p.

⁶⁸ Cass. Sez. II, 30 gennaio 2006, Rauci, in *Mass. Uff.*, n. 233338; Id., Sez. I, 2 febbraio 2005, Izzo, in *Mass. Uff.*, n. 230781, evidenziano che il riconoscimento dell'imputato presente, operato in udienza, nel corso della deposizione da parte del testimone, trova il suo paradigma nella prova testimoniale proveniente da un soggetto che, nel corso della testimonianza, abbia accertato direttamente l'identità personale dell'imputato. Esso deve, pertanto, essere tenuto distinto dalla ricognizione personale, disciplinata dall'art. 213 c.p.p., ed è inquadrabile tra le prove non disciplinate dalla legge di cui all'art. 189 c.p.p.

⁶⁹ La conclusione è avvalorata anche dal fatto che non si può ampliare l'istituto delle contestazioni nell'esame del testimone al punto da ammettervi il risultato della individuazione: l'acquisizione operata da alcune decisioni giurisprudenziali, tra esito della individuazione e sommarie informazioni testimonia-

Inoltre, l'identificazione diretta, evitando di espletare gli adempimenti richiesti per la ricognizione dagli artt. 213, co. 1 e 214 co. 1 c.p.p., sminuisce il suo valore probatorio degradandolo ora come mero accertamento di fatto, ora come elemento indiziario rimesso alla libera valutazione del giudice⁷⁰.

Tra gli argomenti usati per aggirare i presidi formali a tutela della legalità della prova ricognitiva⁷¹ e per giustificare una prova irrualmente acquisita vi è, infine, quello che si lega al principio del libero convincimento del giudice secondo cui questi, nella sua libertà di valutazione è tenuto, comunque, a motivare i criteri che ha adottato per giungere a determinate conclusioni⁷².

4. Segue: il riconoscimento fotografico

Il riconoscimento fotografico, nelle sue più ampie sfaccettature, ripropone gli stessi problemi interpretativi tipici di quelli inerenti l'individuazione dell'imputato in dibattimento soprattutto in riferimento alla sua efficacia probatoria quando viene effettuato "sganciandosi" dai vincoli formali previsti dagli artt. 213 e 214 c.p.p.

Durante la vigenza del codice Rocco dottrina e giurisprudenza si sono occupate del problema senza, però, giungere ad una soluzione univoca e coerente con i presidi giuridici: anzi, quelle adottate erano, tra di loro, soluzioni antitetiche che hanno amplificato i termini della problematica fino a coinvolgere l'esatta collocazione dell'istituto e la sua valenza probatoria⁷³.

li, ai fini dell'utilizzabilità del primo per le contestazioni con relativa acquisizione al fascicolo dibattimentale, è stata confutata muovendo dall'esegesi, dalla dimensione teleologica e dall'inquadramento sistematico del mezzo di indagine previsto dall'art. 361 c.p.p. Ampiamente, A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 208.

⁷⁰ Cass. Sez. II, 5 maggio 2011, Bianconi, cit. La dottrina, dal canto suo, non accetta la parificazione effettuale dei diversi mezzi di prova senza alcun distinguo di sorta. Per un approfondimento, cfr., A. CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e ravvisamento*, in *Cass. pen.*, 1994, 130; A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 181; S. CAVINI, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 839; V. GALBUSERA, *Note sul riconoscimento informale all'udienza dibattimentale*, in *Giust. pen.*, 1995, III, 462.

⁷¹ E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310.

⁷² Per un approfondimento delle problematiche, v., F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 168; M. NOBILI, *Sub art. 189*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1990, 398.

⁷³ Tra i contributi dottrinali si veda, ad esempio, M. RAMAJOLI, *Le ricognizioni fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1981, 269; G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1008; P. VOENA, *Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*, Milano, 1975, 1018.

Tale situazione di stallo era dovuta anche al fatto che il legislatore aveva deliberatamente escluso dal codice la disciplina di tale atto⁷⁴.

Dunque, la giurisprudenza considerava utilizzabile dal giudice, ai fini del suo convincimento, l'istituto in oggetto a condizione che avesse offerto garanzie di assoluta certezza e fosse coordinato da altri riscontri probatori⁷⁵.

La ricognizione fotografica, non rientrando nello schema di quella "tipica" è, invero, svincolata dalle formalità e dalle garanzie riconosciute dagli artt. 304 *bis*, *ter*, *quater* e 360 c.p.p. 1930: ciò, in quanto, il principio del libero convincimento era condizionato da quello della non tassatività dei mezzi di prova, nella cui sfera operativa vi rientrava, sicuramente, la c.d. ricognizione atipica⁷⁶.

Viceversa, la critica, valorizzando il principio di tassatività dei mezzi di prova, escludeva la legittimità di tale atto al punto da non attribuirgli nemmeno valore di semplice indizio⁷⁷.

Il legislatore del 1988 ha cercato di mettere ordine in *subiecta materia* adottando una soluzione di compromesso che salvaguardasse le esigenze ontologicamente connesse all'individuazione dell'autore del fatto.

A differenza del codice del 1930, il nuovo sistema processuale prevede e legittima, espressamente, la possibilità di utilizzare un riconoscimento fotografico inquadrandolo, però, nell'ambito della individuazione disciplinata dall'art. 361 c.p.p. come atto tipico del pubblico ministero espletato nell'ottica

⁷⁴ Si veda, al riguardo, la Relazione del guardasigilli sul progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. X, Roma, 1930, 50.

⁷⁵ Cfr. *ex plurimis*, Cass. Sez. I, 27 febbraio 1999, Aquaro, in *Riv. pen.*, 1991, 103; Id., Sez. I, 11 giugno 1987, Di Maria, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 428 con nota a cura di S. SOGGIU, *Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche nell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina*; Id., Sez. II, 7 dicembre 1985, Soccordato, in *Cass. pen.*, 1987, 1206; Id., Sez. II, 29 marzo 1985, Prezioso, in *Riv. pen.*, 1985, 1140.

⁷⁶ Cfr., Cass. Sez. II, 2 ottobre 2015, Aielli, in *Mass. Uff.*, n. 265078, secondo cui all'individuazione fotografica smentita da una successiva ricognizione di persona operata dalla stessa persona non può attribuirsi efficacia probatoria prevalente rispetto alla seconda, a meno che quest'ultima non risulti, sulla base di precisi elementi emersi nel corso del giudizio, effetto di violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità, così come previsto nella disciplina delle contestazioni nell'esame testimoniale, applicabile anche alla ricognizione di persona.

⁷⁷ Per un approfondimento della problematiche, cfr., G. CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 21 e E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 298, rilevano che la struttura normativa della ricognizione personale richiede quale elemento essenziale la presenza fisica del soggetto da riconoscere per cui, mancando ciò nella ricognizione fotografica, verrebbe a mancare il nucleo della fattispecie, sicché un tale atto, non costituirebbe nemmeno una parvenza di ricognizione integrando gli estremi di un atto inesistente.

dell'immediata prosecuzione delle indagini preliminari e, tendenzialmente, privo di valenza probatoria ai fini della decisione⁷⁸.

Questo significa che la scelta del nuovo legislatore è stata chiara e netta: perfettamente consapevole delle profonde riserve che avrebbero potuto sollevarsi intorno all'attendibilità dei riconoscimenti fotografici, non ha inteso includerli nell'alveo del mezzo di prova della ricognizione di persone⁷⁹.

Pur tuttavia, nonostante i suggerimenti della dottrina e gli "aggiustamenti" legislativi, il problema da risolvere rimaneva sempre quello di stabilire l'esatto valore probatorio del riconoscimento fotografico effettuato in dibattimento⁸⁰.

L'interprete, rilevando delle analogie con l'ammissibilità dei riconoscimenti informali, ha inquadrato la soluzione nel ricorso agli stessi strumenti interpretativi⁸¹.

Di diverso avviso si è mostrata la giurisprudenza che ha, viceversa, attribuito all'individuazione - anche fotografica - un peculiare valore probatorio ammettendone l'utilizzabilità sia ai fini contestativi (art. 500 c.p.p.), sia per le determinazioni del convincimento giudiziale: ciò, in quanto, l'atto costituirebbe un accertamento di fatto utilizzabile in virtù dei principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice i quali giustificano il ricorso alle prove legali e agli elementi di giudizio diversi, purché non acquisiti in spregio dei divieti stabiliti dalle leggi⁸².

In sintesi, l'atto è considerato ammissibile rientrando tra le prove atipiche che possono essere assunte ai sensi dell'art. 189 c.p.p.⁸³

Tra l'altro, tale attività non contrasta nemmeno con la libertà morale della persona interessata rispettando, di conseguenza, una delle condizioni di cui l'art. 189 c.p.p. subordina l'assunzione delle prove innominate.

⁷⁸ Diffusamente, N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 195.

⁷⁹ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 545, per il quale nulla avrebbe impedito al legislatore di disciplinare, tra le ricognizioni di cose, anche le ricognizioni fotografiche.

⁸⁰ Interessanti sono i recenti arresti giurisprudenziali secondo i quali è possibile effettuare un'individuazione fotografica anche in sede di incidente probatorio poiché la loro forza dimostrativa non sta, come per la ricognizione formale, nell'atto in sé, ma nel complesso delle necessarie valutazioni di supporto - espressione del libero convincimento - che possono riguardare il soggetto dichiarante, le circostanze dell'osservazione, la stessa fotografia o altri elementi rilevanti. Cfr., Cass. Sez. I, 2 luglio 2008, Mohammed, in *Mass. Uff.*, n. 240674.

⁸¹ In tal senso, A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 199.

⁸² In questi termini, Cass. Sez., II, 14 febbraio 1997, Alfano, in *Guida dir.*, 1997, 1997, 24, 68.

⁸³ Cfr., per tutte, Cass. Sez. IV, 4 maggio 1996, Perez, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 817. In dottrina, A. MELCHIONDA, *Sub art. 213*, cit., 554 e C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., 545, sottolineano che questo atto, essendo svincolato dalle formalità di cui agli artt. 213 e 214 c.p.p., non può essere valutato in dibattimento.

Ciò nonostante rimangono attuali le perplessità riguardo al valore dimostrativo inteso come idoneità dell'atto ad assicurare l'accertamento dei fatti.

Nonostante il progresso tecnologico, invero, alcuni fattori possono modificare il contenuto dell'immagine: ad esempio, la luce, la posizione dell'obiettivo, la stampa, la posa, ecc.⁸⁴ possono alterare le note fisionomiche personali fissate in foto⁸⁵ con riverberi sulla validità probatoria dell'atto⁸⁶.

A ciò aggiungasi che il riconoscimento si basa molto su un'impressione complessiva piuttosto che su singoli particolari fisionomici e somatici della persona: questi ultimi possono essere riprodotti da un'immagine fotografica la quale, però, non può che offrire un aspetto parziale, momentaneo e statico della persona.

Viceversa, l'impressione complessiva che si ha di un individuo, si basa su elementi dinamici (sorriso, gestualità, mutamenti di espressione ecc.) che non sono riproducibili da una fotografia⁸⁷.

5. Incertezze interpretative in ordine al rapporto tra l'individuazione e la ricognizione.

Come è stato precisato nei paragrafi precedenti l'individuazione, al pari della ricognizione, si basa su pregresse percezioni comparate con le attuali reminiscenze di colui che deve eseguire l'operazione⁸⁸: il fatto che l'atto abbia una funzione endoprocedimentale giustifica, poi, l'assoluta informalità⁸⁹ con la

⁸⁴ E. ALTAVILLA, *Il riconoscimento e la ricognizione delle persone e delle cose*, in *Psicologia giudiziaria*, Torino, 1955, 150; S. OTTOLENGHI, *Trattato di polizia scientifica*, Milano, 1910, 319.

⁸⁵ Cfr., in tal senso, M. RAMAJOLI, *Le ricognizioni fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*, cit., 268.

⁸⁶ G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento*, cit., 1008, pone l'attenzione sul fatto che la foto, diversamente dall'immagine percepita *de visu*, propone, quasi sempre, una versione del soggetto rappresentato inattuale o, comunque, diversa da quella che assumeva al momento del fatto.

⁸⁷ L. CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza*, Milano, 1988, 142, non smentisce il fatto che anche per il riconoscimento fotografico, possono presentarsi gli stessi pericoli di suggestione presenti nella ricognizione di persone "dal vivo".

⁸⁸ Cfr., tra gli altri, S. DRAGONE, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, 555; G. TRANCHINA, *Le attività del pubblico ministero nel procedimento per le indagini preliminari*, in D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, V. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006, 126.

⁸⁹ Cfr. la *Relazione al progetto preliminare*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, serie gen., supp. ord., n. 2, 59, 64, ove si rileva che dalla ricognizione come mezzo di prova va tenuta distinta l'individuazione di persona o cosa disciplinata dall'art. 361 c.p.p., con riguardo alle sole indagini del pubblico ministero, in attuazione della direttiva n. 37 della legge-delega. La diversa efficacia dell'individuazione rispetto alla ricognizione è messa in luce dalla formula "per la immediata prosecuzione delle indagini" che compare nell'esordio dell'art. 361 c.p.p.

conseguenza che il pubblico ministero può allestirla nei modi ritenuti più opportuni e congeniali alle esigenze del caso concreto⁹⁰.

Già nella Relazione al progetto preliminare del codice è stato sottolineato che il rapporto tra l'individuazione e la ricognizione⁹¹ era molto delicato e di tale situazione il legislatore era ben consapevole al punto da auspicarne un utilizzo dell'individuazione assai limitato considerata la concreta possibilità di compromettere, irrimediabilmente, l'attendibilità dell'eventuale, successiva, ricognizione espletata davanti al giudice⁹².

Se i protagonisti risultano i medesimi è evidente il disturbo psicologico che recano i due atti: non fosse altro che per il "rumore" che il primo diffonde sul secondo per l'inconsapevole tendenza alla c.d. "vischiosità" della percezione al mantenimento del convincimento maturato in un precedente atto percettivo.

A differenza di tutti gli altri atti omologhi del pubblico ministero l'individuazione operata nella fase delle indagini si colloca in un rapporto di possibile "interferenza negativa" con il successivo atto ricognitivo in quanto proietta sull'attendibilità di quest'ultimo un cono d'ombra⁹³.

Ponendo l'accento sulla formulazione letterale della norma contenuta nell'art. 213 c.p.p., in virtù della quale, dalla compiuta individuazione non deriverebbe alcuna differente conseguenza della menzione del verbale (a pena di nullità) di tale circostanza, ancora non si trova una soluzione univoca in relazione al rapporto di alternatività tra i due atti così che, una volta espletata l'individuazione, si mette in discussione la possibilità di effettuare una ricognizione⁹⁴.

⁹⁰ In particolare, non essendo stata operata alcuna distinzione in riferimento all'individuazione fotografica, deve ritenersi consentita non solo l'individuazione fotografica occasionale - quella effettuata da chi esaminando una raccolta di foto, riconosce in una di esse la persona da individuare -, ma anche quella provocata cioè mostrando una sola foto. In dottrina è stato rilevato che nel compimento dell'individuazione sia "consigliabile" osservare le stesse modalità esecutive dettate per la ricognizione. Cfr., L. D'AMBROSIO, P. L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., 317; F. MANCARELLI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993, 27.

⁹¹ In tal senso *Relazione al progetto preliminare*, cit., 91.

⁹² C. CESARI, *Individuazione e dibattito: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi di un atto di indagine*, cit., 145, rileva che le individuazioni, effettivamente, possiedono potenzialità distruttive per l'attendibilità della ricognizione che vengono svolte in seguito: G. COLOMBO, *L'acquisizione degli elementi di prova nelle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1312; G. CONSO, M. BARGIS, voce *Individuazione di persone o cose*, cit., 152.

⁹³ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano, 1992, 109; G. TURONE, *Sub art. 361*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1990, 180.

⁹⁴ Si veda, Cass. Sez. VI, 18 febbraio 1994, Goddi, cit., ove si rileva che individuazione e ricognizione non sussiste alcun rapporto di alternatività, cosicché, una volta disposta la prima, non potrebbe mai

La *questio* è stata approfondita dalla critica che ribadendo un orientamento consolidatosi durante la vigenza del codice Rocco, ha sostenuto che il valore probatorio della ricognizione c.d. formale, non sia affatto sminuito da una precedente individuazione effettuata nel corso delle indagini preliminari nonostante la dizione dell'art. 213 c.p.p. sembri suggerire al giudice una particolare prudenza nella valutazione delle risultanze di una ricognizione preceduta da un'individuazione: laddove autorizza il giudice ad accertare se vi siano “*al-tre circostanze*” che possano influire sull'attendibilità del riconoscimento, l'art. 213, co. 1, c.p.p. lascia intendere che, in caso di pregresso riconoscimento, l'esito della ricognizione può risultare compromesso⁹⁵.

Insomma, se l'espletamento di un'individuazione rappresenta un *vulnus* dell'attendibilità della successiva ricognizione, tale da pregiudicare una sorta di alternatività tra i due atti, è interrogativo al quale la dottrina ha fornito una risposta muovendo, in primo luogo, da una sinossi tra l'art. 360, co. 1, c.p.p. 1930 e l'art. 213, co. 1, c.p.p. 1988.

L'esegesi delle due norme consente, dunque, di rilevare che il legislatore, nei due codici a confronto, ha adottato regole diverse per calibrare il rapporto cognitivo tra riconoscimenti e ricognizioni: alla scelta di escludere dall'art. 360, co. 1, c.p.p. 1930 le precedenti percezioni visive di colui che sta per assumere l'ufficio di ricognitore alla stregua di condizioni atte a prevenire il riconoscimento, l'attuale art. 213, co. 1, c.p.p. replica con una formula meno asseverativa in virtù della quale i riconoscimenti già compiuti sfumano in fattori che possono influire sull'attendibilità del riconoscimento medesimo⁹⁶.

procedersi alla seconda. Ove, infatti si seguisse una simile linea interpretativa si sovrapporrebbero surrettiziamente le nozioni di atto non rinviabile e di atto non ripetibile, risultando l'individuazione, come tale, sempre ripetibile (salvo che l'oggetto di esso sia nel frattempo venuto meno) attraverso il "mezzo di prova" rappresentato dalla ricognizione. (In motivazione la Corte ha precisato come la nozione di atto irripetibile non vada intesa, in senso assoluto, quasi come un dato ontologico come quello derivante dall'essere l'acquisizione collegata alla natura di mezzo di ricerca della prova che contrassegna la fonte, trovandosi, invece, in presenza di un assetto probatorio in cui il vincolo relazionale che, almeno di norma, è istituibile fra l'atto delle indagini preliminari (o anche dell'udienza preliminare) e la sua corrispondente valenza (salvo che si tratti di atto assunto utilizzando la procedura dell'incidente probatorio) e l'atto acquisito nel dibattimento fa sì che debba qualificarsi irripetibile l'atto dell'indagine non riproducibile attraverso i moduli acquisitivi propri del dibattimento (o dello incidente probatorio).

⁹⁵ Inoltre, in dottrina è stato affermato che il giudice deve disporre l'allegazione al fascicolo per il dibattimento dell'atto di individuazione essendo atto irripetibile al pari dell'atto di individuazione della refurtiva in considerazione del fatto che la *res* riconosciuta e restituita al proprietario potrebbe, in seguito, risultare non reperibile, essendo suscettibile di essere alienata o trasformata. A. MELCHIONDA, *voce Ricognizione (dir. proc. pen.)*, cit., 542; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 2014, 233.

⁹⁶ Certamente gli orientamenti giurisprudenziali, unitamente alla dottrina, hanno evidenziato che gli atti individuativi eseguiti dalla polizia giudiziaria non sono causa di invalidità della ricognizione eseguita successivamente purchè dalla risposta fornita dal ricognitore venisse fatta menzione nel verbale al fine

Come si nota il contenuto della formulazione codicistica del 1930 è più lapidario di quello contemplato dall'art. 213 comma 1 c.p.p. e la *ratio* fonda sul fatto che il giudice istruttore ed il pubblico ministero disponevano di un solo modulo operativo di riferimento: quello, appunto, disciplinato dall'art. 360 c.p.p. 1930⁹⁷.

Nel codice del 1988, invece, gli atti compiuti dal pubblico ministero sono privi di valore probatorio e, di conseguenza, le cautele espresse nell'art. 213 comma 1 c.p.p. - quelle che dovrebbero sminuire il valore dell'individuazione quale atto idoneo a pregiudicare la genuinità della ricognizione - non costituiscono lo strumento con cui il sistema si fa carico del rischio, per l'attendibilità della prova, connesso all'espletamento di una precedente individuazione⁹⁸.

Insomma, dal tenore letterale della locuzione contenuta nell'art. 213 comma 1 ultimo periodo c.p.p., certamente meno incisivo dell'art. 360 c.p.p. 1930, emerge la consapevolezza, da parte del legislatore, che eventuali riconoscimenti di persona non possono prevenire il risultato della ricognizione ma, piuttosto, sono idonei ad incidere sull'attendibilità dello stesso⁹⁹.

Pertanto, la *vexata questio* va risolta attingendo nell'alveo del principio del libero convincimento (art. 192 c.p.p.) del giudice: rispetto alla previsione normativa sottesa all'art. 360 c.p.p. 1930, il diverso tenore letterale dell'art. 213 comma 1 ultimo periodo c.p.p., lascia intendere che, una volta introdotta l'inchiesta preliminare del pubblico ministero ed i relativi atti omologhi, tra i quali l'individuazione, aumenta la possibilità che la ricognizione formale possa essere influenzata dall'espletamento dell'atto pregresso, ma non fino al punto da restare "*prevenuta*" nella sua rappresentazione probatoria¹⁰⁰.

di consentire una valutazione critica del risultato del mezzo di prova. Così, Cass. Sez. II, 9 maggio 1962, Pompili, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1005, con nota a cura di G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persona mediante fotografia*.

⁹⁷ Approda a tale conclusione G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persona mediante fotografia*, cit., 1009.

⁹⁸ Il pensiero è espresso da A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 129.

⁹⁹ Tesi avallata dagli arresti giurisprudenziali. Cfr., in proposito, Cass. Sez. VI, 18 febbraio 1996, Gobbi, cit: Id., Sez. II, 3 novembre 1993, P.M. in proc. Rizzi, in *Guariniello, Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Torino, 1994, 355.

¹⁰⁰ Si vedano, al riguardo, le riflessioni di A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 130, il quale rileva, inoltre, che non è 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 Rocco. Nonostante l'art. 360 comma 1 c.p.p. 1930 ritenesse le entì percezioni visive quali condizioni "*atte a prevenire il riconoscimento*", la giurisprudenza affermava che la ricognizione fotografica, effettuata dinanzi la polizia giudiziaria, non costituiva causa di invalidità del successivo esperimento formale: il legislatore del 1988 non sembra aver ignorato questo orientamento.

6. Aspetti peculiari del riconoscimento vocale.

Le caratteristiche fisiche e comportamentali di un individuo assumono, sempre più spesso, un ruolo preminente per l'accertamento dei fatti nell'ambito di un procedimento penale.

Dal corpo umano si possono, invero, attingere numerose informazioni che, se correttamente elaborate, consentono di ricostruire la dinamica di un evento, di stabilirne il tempo ed il modo e di individuare il responsabile di una determinata azione.

La dottrina ha rilevato che anche in ambito giuridico si registra, da tempo, un interesse crescente per la biometrica¹⁰¹ (misura della vita), ossia per quella branca della scienza che consente di verificare l'identità di un determinato soggetto attraverso l'uso automatizzato di parametri fisiologici, come ad esempio, i segni di una persona (DNA, andatura, grafia, impronte digitali, voce, ecc.)¹⁰².

Si tratta di segni particolari che sono ontologicamente connessi ad aspetti fondamentali del diritto probatorio e che assumono una peculiare importanza per l'attualità dei problemi che sollevano considerata la loro frequenza nella prassi giudiziaria: non va dimenticato che, spesso, una decisione può essere condizionata anche da questi aspetti.

Ad esempio, potrebbe assumere un rilievo particolare stabilire a chi appartenga un determinato profilo vocale quando l'autore di un reato non venga visto ma solo "ascoltato": si pensi ad una rapina compiuta da soggetti mascherati ovvero alla necessità di individuare gli interlocutori di una conversazione intercettata¹⁰³.

Insomma, l'esigenza di stabilire l'identità di un soggetto mediante la voce può sorgere tutte le volte in cui la comunicazione vocale è una componente essenziale del reato.

Pertanto, lo studio del riconoscimento vocale non può prescindere dall'approfondimento delle specificità che derivano dall'uso della voce - come strumento di individuazione personale - e dall'esame dell'oggetto, della di-

¹⁰¹ Secondo P. FELICIONI, *Accertamenti sulle persone e processo penale*, Milano, 2011, 86, all'interno del processo penale assumono rilievo parametri statici e dinamici che hanno la propensione a mutare nel tempo.

¹⁰² Si veda in tal senso, G. PREITE, voce *Biometria*, in *EBSG*, II, Napoli, 2009, 251; S. GIROTTO, *Il trattamento dei dati biometrici*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CAMESTRASI, G. FERRANDO, C. MARCOMAZZON, S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, Milano, 2011, 1237.

¹⁰³ Sullo specifico profilo, cfr., M. BIRAI, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, cit., 1843.

namica e dei limiti dei congegni processuali nei quali l'attività di riconoscimento si concreta¹⁰⁴.

Tuttavia, l'aspetto vocale presenta profili di particolare delicatezza: esso è, invero, il risultato di un fenomeno psico-fisico e acustico composto i cui connotati dipendono, in parte, dalla configurazione anatomo-fisiologica del soggetto e, in parte, da abitudini articolatorie acquisite¹⁰⁵.

A ciò vanno aggiunti ulteriori elementi di complessità in quanto la voce, pur avendo delle caratteristiche proprie riconoscibili, è soggetta ad una forte variabilità¹⁰⁶.

La conformazione dell'apparato fonatorio di un individuo definisce solo i limiti - in tema di alti o di bassi - del timbro vocale¹⁰⁷: all'interno di questi la voce, poi, è condizionata da altri fattori come gli stati patologici (ad esempio, un raffreddore) o le condizioni emotive o di contesto¹⁰⁸.

Dunque, a caratterizzare ogni individuo non è un parametro fisso, ma una serie di variabili che possono (anche) coincidere con quelle che connotano un'altra persona: per questo motivo, si può ritenere che la voce non è dotata di proprietà univoche che permettono di distinguere, con certezza assoluta, una persona da un'altra¹⁰⁹.

Il timbro vocale è solo un bioindicatore dotato di una capacità caratterizzante imperfetta: non è immutabile e può risultare (addirittura) sovrapponibile a quello di altri individui.

Sulla scorta di queste considerazioni gli arresti giurisprudenziali hanno messo in rilievo il principio secondo cui alle indagini foniche va riconosciuto un valore meramente indiziario: non è, pertanto, possibile formulare un giudizio di colpevolezza esclusivamente sulla base dei risultati della prova tecnica in quanto è necessario che a questi si affianchino elementi di riscontro, suscettibili di collegare, in via specifica, l'imputato al fatto di reato contestatogli¹¹⁰.

¹⁰⁴ Cfr., M. BIRAL *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, cit., 1844.

¹⁰⁵ Cfr. F. ALBANO LEONI, P. MATURI, *Fonetica sperimentale e fonetica giudiziaria*, in *Gius. pen.*, 1991, I, 316; S. ZAMBONINI, *Metodi di riconoscimento della voce*, in *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, a cura di R. VALLI, Milano, 2013, 730.

¹⁰⁶ G. PREITE, voce *Biometria*, cit., 235.

¹⁰⁷ Così si esprime A. PAOLONI, *La voce come elemento di identificazione delle persone*, in *La voce come bene culturale*, a cura di A. DE DOMINICIS, Roma, 2002, 129.

¹⁰⁸ Cfr. F. ALBANO LEONI, P. MATURI, *op. cit.*, 316.

¹⁰⁹ Il tema è stato approfondito da T. BOVE, P. E. GUIDA, A. FORTE, C. ROSSI, *Un metodo statistico per il riconoscimento del parlatore*, in *Statistica*, 2002, 475.

¹¹⁰ Cfr. Cass. Sez. V, 3 settembre 1993, Letto, in *Mass. Uff.*, n. 196264; Trib. Trino 26 settembre 1990, Carbone, in *Cass. pen.*, 1992, 314; Trib. Torino, 23 dicembre 1991, Leonardo, in *Cass. pen.*, 1992, 2212.

Muovendo da questo aspetto diventa dirimente stabilire se, e in che termini, l'incertezza tipica della voce si riflette sulle differenti tecniche di riconoscimento influenzandone funzionamento e disciplina.

La voce consente l'identificazione di una persona in due differenti modi: mediante l'ascolto che avviene con l'orecchio e che permette di stabilire una certa compatibilità (ma non certezza)¹¹¹ oppure attraverso l'analisi strumentale del segnale acustico utilizzando un particolare *software* (in dotazione anche alla polizia giudiziaria) che consente il confronto di due o più campioni valutando, di conseguenza, il rapporto tra la probabilità che essi appartengono alla stessa persona o a differenti individui¹¹².

Come abbiamo visto in precedenza l'esperienza giudiziaria e la ricerca psicologica hanno, da tempo, evidenziato che il fenomeno ricognitivo, fondato su basi particolarmente magnetiche, quali la memoria, il ricordo l'evocazione¹¹³ presenta un alto grado di fallibilità¹¹⁴: il "riconoscere" si articola, invero, in una serie di passaggi cognitivi che coinvolgono la percezione, la ritenzione e la rievocazione.

Nella prima fase le informazioni provenienti dall'esterno vengono recepite attraverso uno dei cinque sensi e vengono codificate.

Tuttavia, il processo non è immune da disfunzioni determinate da vari fattori alcuni dei quali legati a meccanismi psichici¹¹⁵ con riverberi anche sull'apparato uditivo: l'orecchio infatti, è in grado di recepire una voce attraverso una selezione e una sintesi delle informazioni contenute nel segnale, ma il nostro cervello deve, necessariamente, coordinare queste informazioni con altri dati che ha già acquisito (ciò che già si sa)¹¹⁶, che ha visto e che si aspetta¹¹⁷.

¹¹¹ G. GULOTTA, *Psicologia della testimonianza*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, 491, mette in risalto che il meccanismo ricognitivo si fonda sulla memoria acustica, cioè la capacità di ritenere informazioni apprese mediante il canale acustico.

¹¹² Al riguardo, F. ALBINO LEONE, P. MATURI, *op. cit.*, 317, rilevano che tale misura, definita "rapporto di verosimiglianza" è indicata con la sigla L.R. (*likelihood ratio*).

¹¹³ Così C. PANSIERI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2004, 9.

¹¹⁴ In questi termini si è espresso A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 9.

¹¹⁵ Osserva E. ALTAVILLA, *La psicologia giudiziaria*, Torino, 1925, 3, la coscienza è di natura essenzialmente dinamica per cui ha un'inesauribile potenzialità creativa.

¹¹⁶ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, 196.

¹¹⁷ Cfr. C. CICIARELLI, *Percezione, attenzione, memoria e attendibilità della testimonianza secondo l'ottica neuropsicologica*, in *Manuale di psicologia investigativa*, a cura di A. L. FARGNOLI, Milano, 2005, 49.

La sintesi percettiva va, poi, associata ad una naturale attività di selezione: alcuni dati vengono registrati (magari perché considerati significativi) altri, viceversa, vengono trascurati¹¹⁸.

Accanto a queste variabili definite “*endogene*” poiché dipendono dal soggetto e dalle sue capacità di gestire le informazioni sia dal punto di vista razionale che emozionale¹¹⁹, ve ne sono altre “*esogene*” capaci anch’esse di incidere sull’affidabilità del risultato¹²⁰.

Insomma, la percezione uditiva non ha la precisione e la determinatezza di quella visiva: il tono e il timbro vocale hanno tali sfumature da non rendere possibile un’esatta (e corretta) registrazione¹²¹.

Nella fase di ritenzione, invece, il dato di già acquisito si trasforma in ricordo: il soggetto archivia ciò che ha acquisito e gli attribuisce un senso.

Gli studi di psicologia hanno dimostrato che l’“*impressione*” non riposa staticamente nella memoria, ma è sottoposta ad un processo di ricostruzione e rimaneggiamento, un lavoro continuo suscettibile di determinare sostanziali modifiche dell’originaria percezione¹²².

In questa fase le disfunzioni sono condizionate dal fattore tempo responsabile di alterare, fondere e sbiadire le informazioni acquisite.

Infine, nella terza fase avviene il “*recupero*” delle informazioni: il soggetto richiama il complesso delle impressioni uditive immagazzinate e le confronta con quelle alle quali è sottoposto in quel momento formulando un giudizio di corrispondenza o di dissimiglianza tra le due esperienze.

In questa fase una delle insidie capaci di ingannare il dato cognitivo è costituita dal rischio di traslazione inconscia del ricordo: si tratta dell’eventualità che una persona o una cosa siano riconosciute, ma venga confuso il contesto nel quale le si è incontrate.

In altre parole, il *deja vu* prova che di un oggetto abbiamo già avuto esperienza, ma di rado consente di richiamare anche in quale occasione questa è maturata.

Ciò determina che se le occasioni sono più di una, il ricordo può venire inconsapevolmente trasferito da una circostanza ad un’altra poiché la memoria

¹¹⁸ In questi termini E. ALTAVILLA, *Il riconoscimento e la ricognizione delle persone e delle cose*, Roma, 1934, 73.

¹¹⁹ M. BIRAL, *L’identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, cit., 1849.

¹²⁰ In tema S. PRIORI, *La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 374.

¹²¹ E. ALTAVILLA, *Il riconoscimento e la ricognizione*, cit., 117.

¹²² S. MORETTI, *Processi mnemonici, aspetti relazionali e suggestivi nella costruzione del “falso ricordo”*, in *Manuale di psicologia investigativa*, cit., 84.

è vischiosa e funziona per (inconsapevoli) sovrapposizioni: pertanto, l'unico "vero" riconoscimento è solo il primo in quanto gli altri sono condizionati, sul piano psicologico, dalle precedenti esperienze individuative¹²³.

Dunque, in generale, la correttezza del giudizio sull'identità delle voci, può essere pregiudicata dal contenuto e dalle condizioni nelle quali esso si forma. Nel quotidiano l'attività ricognitiva è, per lo più, spontanea: vi sono, però, alcune circostanze nelle quali essa avviene in conseguenza di una precisa sollecitazione.

In questi casi bisogna fare attenzione alle modalità di svolgimento dell'atto che, se non opportunamente calibrate, possono contaminare il risultato: è necessario considerare che il giudizio del ricognitore sia "guidato" verso un determinato esito: per questo, per evitare tale evenienza, occorre creare i presupposti affinché la memoria emerga liberamente, in assenza di manovre suggestive da parte di chi stimola l'operazione cognitiva¹²⁴.

7. Segue: L'itinerario procedimentale.

Per quanto riguarda il procedimento va sottolineato che il riconoscimento vocale si sostanzia in un'attività che non può prescindere dalla collaborazione della persona da identificare la quale è tenuta a rilasciare un saggio vocale in modo che si possa esprimere il giudizio di similarità o dissimilarità rispetto alla voce da identificare.

Anche in questo caso (come per gli atti ricognitivi) si pone il problema di reperire il campione di confronto (sia esso da registrare su un supporto digitale o una "viva" voce): si tratta di un problema di rilievo posto che, da un lato, è ontologicamente connesso ai presupposti e ai limiti del dovere (*rectius* obbligo) di collaborare all'accertamento del fatto e, dall'altro, impone di ragionare sull'utilizzo di procedure acquisitive che superino l'eventuale rifiuto di collaborare¹²⁵.

Ciò in considerazione del fatto che il rilascio di un campione vocale è un *facere* incoercibile.

¹²³ Cfr., A. M. CAPITTA, *Ricognizioni ed individuazione di persone nel diritto delle prove penali*, cit., 105, F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, 770; S. PRIORI, *La ricognizione di persone*, cit., 375.

¹²⁴ Si veda diffusamente, M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, cit., 1850.

¹²⁵ Sullo specifico profilo, v. M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento e tutela dei diritti individuali*, cit., 1867.

La *questio*, di conseguenza, va impostata in questi termini: il rilascio del saggio fonico è un atto coercibile giuridicamente, cioè dal rifiuto di procedere derivano conseguenze processuali o di altra natura?

Ebbene, la prova vocale si presta all'identificazione sia dell'imputato sia di altre persone la cui condotta, nelle circostanze del fatto, appaia meritevole di attenzione: la possibilità di imporre un comportamento (obbligo di cooperare) assume aspetti differenti a seconda del soggetto destinatario della richiesta: pertanto, le direttrici del ragionamento sono due e sono differenti tra loro.

Se il campione dovesse essere acquisito da un soggetto terzo allora l'obbligo è giustificato dai “*doveri di solidarietà sociale*” previsto dall'art. 2 Cost.¹²⁶: d'altro canto l'intromissione nella sfera di libertà del singolo sarà ritenuta legittima soltanto se compiuta nel rispetto delle garanzie costituzionali.

A tal uopo, rileva anche l'art. 23 Cost. la cui *ratio* è ispirata alla tutela della libertà individuale contro ogni illegittima imposizione di obblighi e divieti, se non espressamente previsti dalla legge.

L'art. 23 Cost. assolve ad una funzione di completamento dell'art. 2 Cost. stabilendo la regola valida con riguardo a qualunque applicazione del principio solidaristico, per cui ogni dovere imposto deve trovare fondamento in una disposizione di legge¹²⁷.

Resta sullo sfondo l'art. 13 Cost. nonostante, *ictu oculi*, si potesse pensare il contrario: è vero, infatti, che secondo un'interpretazione “*evoluta*” del concetto di libertà personale, non solo le forme di coercizione fisica, ma anche l'imposizione di doveri, possono limitare la sfera di libertà tutelata dall'art. 13 Cost.¹²⁸

Ed vero, anche, che nel caso in oggetto tale effetto, indubbiamente, si verifica: l'obbligo di rilasciare un campione vocale è idoneo a limitare la libertà del soggetto di decidere il proprio comportamento.

Tuttavia, ciò non è sufficiente ad affermare la sussistenza di un *vulnus* della libertà personale: affinché ci sia una violazione occorre una “*degradazione giuridica della personalità morale*” dell'individuo, cioè deve configurarsi una

¹²⁶ Cfr., P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, cit., 31, osserva che tra i doveri di solidarietà che la legge può imporre c'è anche quello di concorrere all'accertamento del fatto oggetto del processo penale. Dello stesso avviso C. CONTI, P. TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 188.

¹²⁷ In tema G. M. SALERNO, *art. 23*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Padova, 1990, 167. Per un inquadramento storico, v., A. FEDELE, *art. 23*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Roma, 1978, 21.

¹²⁸ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 7 ss.; P. BARILE, *I diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989, 64; M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, 234.

mortificazione della dignità ovvero del prestigio della persona tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si sostanzia la violazione dell'“*habeas corpus*”¹²⁹.

Tra l'altro, questa situazione trova un riferimento codicistico nell'art. 224 comma 2 c.p.p. che conferisce al giudice il potere di adottare tutti i provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali e tra questi (sicuramente) potrebbe rientrare anche l'ordine rivolto a terzi di “*parlare*”¹³⁰.

Certo, la norma è vaga e non definisce in maniera puntuale i poteri del giudice: tuttavia, la riserva di legge può definirsi rispettata.

L'espressione “*sulla base della legge*” è, invero, sintomatica di una tassatività meno intensa rispetto a quella prevista dall'art. 13 Cost. che impone al legislatore la definizione specifica dei “*cas*” e dei “*mod*” della restrizione della libertà.

Un'ulteriore disposizione codicistica si rinviene nella norma contenuta nell'art. 189 c.p.p. la quale (come abbiamo visto *retro*) conferisce al giudice un potere “*coercitivo*” anche se in riferimento ad una particolare prova che riceve solo una parziale regolamentazione (art. 216 c.p.p.).

Ed è proprio nella sfera di azione riconosciuta al giudice da tale norma (“*provvede all'ammissione, sentite le parti, sulla modalità di assunzione di tale prova*”) che è possibile ricondurre il potere di ordinare al terzo di rilasciare il campione vocale.

Certo, anche in questo caso la norma è generica ma, tuttavia, è sufficiente a ritenere soddisfatta la “*blanda*” riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost.¹³¹

La *questio* muta angolazione se ad “*offrire*” il suono è l'imputato: in questo caso l'orizzonte costituzionale di riferimento è fissato dall'art. 24 comma 2 Cost. che tutela il diritto di difesa considerandolo inviolabile in ogni stato e grado del procedimento penale.

Il rispetto dovuto alla libertà morale dell'imputato, unitamente all'esigenza di porlo al riparo da, eventuali, pressioni che possono essere esercitate dall'autorità inquirente, hanno indotto a ravvisare nel diritto di difesa una

¹²⁹ Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 419, in *Mass. Uff.*, n. 21052.

¹³⁰ In argomento, cfr., R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1094.

¹³¹ In questi termini si è espresso M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento e tutela dei diritti individuali*, cit., 1847; N. TRIGGIANI, *Ricognizioni, mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 752, mettono in rilievo che laddove la persona ponga un rifiuto sarà soggetta alla sanzione prevista dall'art. 133 c.p.p. e 650 c.p.

componente negativa, rappresentata dal diritto a non fornire elementi *contra se* e a non collaborare con l'organo investigativo nella ricostruzione dei fatti¹³².

La prospettiva appena delineata trae conforto anche dalla giurisprudenza della Corte europea che si è espressa sui rapporti tra il principio del *nemo tenetur se detegere* e le indagini che si svolgono sul corpo dell'accusato.

Innanzitutto, il diritto di non rispondere e di non contribuire alla propria incriminazione vengono ricondotti alla nozione di giusto processo delineata dall'art. 6 Cedu e trovano la propria *ratio* nella tutela dell'accusato contro la coercizione abusiva da parte dell'autorità¹³³: dunque, la protezione dell'individuo appare calibrata sulla legittimità o meno della coazione esercitata per raccogliere elementi di prova¹³⁴.

La regola del *nemo tenetur se detegere* trova coerente, ed opportuna, trasposizione anche a livello codicistico nelle norme che tutelano il diritto al silenzio¹³⁵.

Quest'ultimo non rappresenta l'unica forma di manifestazione della tutela delle autoincriminazioni: si tratta solo della punta di un *iceberg* che affiora dalla superficie dell'ordito codicistico.

A fronte della inviolabilità del diritto di difesa si riconosce una generale incoercibilità dei comportamenti *contra se*, siano essi di natura dichiarativa che reale (come il riconoscimento vocale)¹³⁶: pertanto, l'imputato non può essere

¹³² Si veda, in proposito, M. SCAPARONE, art. 24, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., 87.

¹³³ Emblematica Corte EDU, 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 68: in proposito v. A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, KOSTORIS, ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 383.

¹³⁴ Tuttavia, a parere dei giudici europei, le operazioni che forniscono al processo tutti quei dati che esistono indipendentemente dalla volontà del sospettato e che sono ottenibili anche ricorrendo alla coercizione (es. prelievi di sangue, urina e tessuti corporali in vista di un'analisi del *dna*) sono mezzi intrusivi estranei all'area protetta del diritto al silenzio e, quindi, in via di principio leciti. cfr., Sent. Saunders c. Regno Unito, cit., § 69; dec. 15 giugno 1999, ricorso n. 43486/1998, Tirado Ortiz e Lozano Martin c. Spagna; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, 129. Tuttavia, secondo A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, cit., 382., la raccolta coattiva di dati utilizzabili contro l'accusato, rischia di compromettere la protezione dall'abuso, alla quale il diritto al silenzio è funzionale, qualora l'interessato non possa conoscere la possibilità di impiego processuale degli elementi raccolti e non venga assistito da un difensore. Sul tema, P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 36..

¹³⁵ In argomento P. M. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 172.

¹³⁶ In giurisprudenza è stato messo in rilievo che la richiesta rivolta all'indiziato, nella fase delle indagini preliminari, di pronunciare delle espressioni verbali, al fine di consentire il riconoscimento della voce da parte della persona offesa costituisce atto atipico di indagine della polizia giudiziaria pienamente legittimo a norma degli artt. 55 e 348 c.p.p., che non influisce sulla libertà di autodeterminazione della persona interessata, se non è effettuato con metodi coercitivi, e che non impone la partecipazione ob-

obbligato a “*parlare*” e ne, tantomeno, dal rifiuto possono trarsi particolari conseguenze a lui sfavorevoli¹³⁷.

Tuttavia, il mancato rilascio del campione non impedisce che il riconoscimento vocale (da effettuarsi con prova tecnica) possa avere, comunque, luogo utilizzando un saggio acquisito *aliunde* (si pensi all’esistenza di una registrazione o di una intercettazione)¹³⁸.

Il principio della libertà delle autoincriminazioni non è, invero, in grado di impedire l’acquisizione al processo di qualsiasi emissione vocale riconducibile all’imputato, ma comporta, soltanto, il divieto di questi a non essere costretto ad “*offrirla*”.

Pertanto, il problema si riverbera su un’angolazione differente: posto che il riconoscimento vocale non offre risultati probatori certi, occorre chiedersi se esiste una *best evidence*.

Quando il principale elemento che collega l’imputato al fatto di reato deriva da un riconoscimento vocale di carattere soggettivo (o, come spesso accade nella prassi, dal contenuto di un’intercettazione) è ipotizzabile in capo al giudice un obbligo di disporre una perizia fonica per attribuire la paternità della voce?

Rispetto a quegli arresti giurisprudenziali che negano (o, per lo meno, limitano l’ambito applicativo) tale possibilità¹³⁹, ci sono valide ragioni per sostenere il contrario.

bligatoria del difensore. Cass. Sez. II, 24 ottobre 2012, P.M. in proc. Savignoni, in *Mass. Uff.*, n. 253829. In dottrina per un approfondimento del tema, cfr. P. FELICIONI, *Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell’autodeterminazione dell’imputato*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 42.

¹³⁷ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1443.

¹³⁸ In questi termini A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 245. In giurisprudenza, cfr. Cass. Sez. II, 12 aprile 2013, Santonastasio, in *Mass. Uff.*, n. 255754, secondo cui il saggio fonico, pur non costituendo prova “*diretta*” in quanto non è attività tipica di documentazione fornita di una propria autonomia conoscitiva, non rientra tra le prove illegittimamente acquisite di cui è vietata l’utilizzazione ai sensi dell’art. 191 c.p.p., ma tra quelle “*atipiche*” non disciplinate dalla legge (art.189 c.p.p.), ed è da considerarsi legittima perché volta ad assicurare l’accertamento idoneo dei fatti, senza pregiudizio per la libertà morale dei dichiaranti (In motivazione la Corte ha precisato che il saggio fonico non è equiparabile ad una intercettazione tra presenti in quanto è del tutto indifferente il contenuto delle frasi pronunciate, non valutabile né a favore né contro chi le pronuncia, ma utilizzabile come mero parametro di riferimento ai fini dell’espletamento di una perizia e, quindi, acquisibile senza formalità).

¹³⁹ Ai fini dell’identificazione degli interlocutori coinvolti in conversazioni intercettate, il giudice ben può utilizzare le dichiarazioni degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che abbiano asserito di aver riconosciuto le voci di taluni imputati, così come qualsiasi altra circostanza o elemento che suffraghi detto riconoscimento, incombendo sulla parte che lo contesti l’onere di allegare oggettivi elementi sintomatici di segno contrario. In questi termini, cfr., Cass. Sez. II, 16 marzo 2017, De Cieco, in *Mass. Uff.*, n. 269900; Id. Sez. VI, 20 marzo 2014, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 259478; Id. Sez. VI, 15 maggio 2012, Cataldo, in *Mass. Uff.*, n. 252712; Id. Sez. VI, 12 aprile 2011, Belluso, in *Mass. Uff.*, n. 249731.

Innanzitutto, va sottolineato che rispetto alle valutazioni soggettive (difficilmente sindacabili), il ricorso all'esperto consente, comunque, di sottoporre l'elemento probatorio alle garanzie del contraddittorio.

Inoltre, con riguardo al secondo profilo, va considerato che l'organo inquirente che ascolta le conversazioni, espleta le proprie funzioni in favore del pubblico ministero: ed è proprio questa situazione che “*dovrebbe rafforzare*” il diritto della parte ad ottenere una perizia tecnica che fughi ogni dubbio.

In ogni caso, bisogna tener presente che, in generale, non esiste un metodo probatorio migliore (tra il riconoscimento vocale effettuato dal soggetto e quello disposto con l'ausilio di un *software*) per cui è necessario tener conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto, poiché il giudice è, comunque, libero (art. 192 c.p.p.) di accordare maggior credito all'uno o all'altro metodo utilizzato: quello che rileva è che dia conto delle ragioni che lo hanno indotto a tale decisione se vuole evitare che il provvedimento risulti viziato¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Per un approfondimento, O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 602. In giurisprudenza, cfr., Cass. Sez. II, 19 febbraio 2013, Stagno, in *Mass. Uff.*, n. 255196, secondo cui il principio di libera valutazione della prova concerne anche la prova tecnica e, pertanto, il giudice, quale “*peritus peritorum*”, può esprimere il proprio giudizio in motivato contrario avviso rispetto a quello del perito. (Fattispecie in tema di ascolto diretto da parte dei giudici dei “*files*” audio relativi agli originali delle intercettazioni ambientali, pur dopo l'espletamento di perizie foniche).