

Unid. VI – Reconhecimentos e acareações

Facultativa:

DEAN, Giovanni., In tema di "libertà" e "tassatività" delle forme nell'acquisizione probatoria (a proposito delle "ricognizione fotografica"), *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 826-842.

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

FONDATA DA
GIACOMO DELITALA

DIRETTA DA

G. LEONE	-	T. DELOGU	-	G. VASSALLI
G. GUARNERI	-	G.D. PISAPIA	-	M. GALLO
A. CRESPI	-	C. PEDRAZZI	-	G. DE LUCA
M. SINISCALCO	-	D. SIRACUSANO	-	M. PISANI
F. BRICOLA	-	A. PAGLIARO	-	V. CAVALLARI
C.F. GROSSO	-	G. LOZZI	-	G. MARINUCCI
F. MANTOVANI	-	F. STELLA	-	M. ROMANO
T. PADOVANI	-	E. DOLCINI	-	A. GIARDA
		F.C. PALAZZO		

NUOVA SERIE - ANNO XXXII

1989



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

B) Giudizi di Cassazione

CASSAZIONE PENALE - Sez. I - 19 dicembre 1987

Pres. Piccinini — Rel. Pompa

P.M. (concl. conf.) Panura — Ric. Resta ed altro

Prova in genere — Riconoscimenti — Riconoscimento dell'autore del reato mediante fotografia — Valore probatorio — Sussistenza — Condizioni (C.p.p. art. 360).

In virtù del principio generale della non tassatività dei mezzi di prova il giudice penale può trarre il convincimento circa la individuazione dell'autore del reato anche dal riconoscimento in base ad una fotografia nel corso delle indagini di polizia giudiziaria, allorché tale riconoscimento — che pur non costituisce una ricognizione in senso tecnico — presenti garanzie di assoluta sicurezza; in tal caso la certezza della prova non deriva dal riconoscimento (1).

(1) In tema di « libertà » e « tassatività » delle forme nell'acquisizione probatoria (a proposito delle « ricognizioni fotografiche »).

1. La decisione in esame è in linea con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di utilizzabilità delle c.d. « ricognizioni fotografiche ». Secondo tale indirizzo, il riconoscimento dell'autore del reato mediante fotografia, anche se effettuato nel corso delle indagini di polizia giudiziaria senza l'osservanza di alcuna formalità, costituisce legittima fonte di convincimento per il giudice, purché offra garanzia di assoluta certezza ed il risultato sia adeguatamente vagliato soprattutto in riferimento ad altri riscontri probatori (1).

La conclusione muove da un'articolata premessa, la quale investe due ordini di questioni: da una parte, quella relativa all'ammissibilità dei mezzi di prova atipici; dall'altra, quella concernente l'utilizzabilità di risultanze probatorie acquisite in violazione delle formalità prescritte.

Quanto alla prima, è affermazione pacifica in giurisprudenza che il giudice, in virtù del generale principio del libero convincimento ovvero del principio di libertà dei mezzi di prova (2), può avvalersi, ai fini della decisione, di

(1) In tal senso, oltre alla sentenza citata in motivazione (Cass., Sez. II, 29 marzo 1985, Pretorio, in Riv. Pen., 1985, 1140), cf. anche Cass., Sez. II, 7 dicembre 1985, Soccoletto, in Cass. Pen., 1987, 1206, 977; Id., Sez. II, 23 gennaio 1985, Annatelli, *ibidem*, 174, 111; Id., Sez. III, 26 ottobre 1982, Carpi, *ibid.*, 1984, 159, 129; Id., Sez. I, 12 novembre 1981, Iacono, *ibid.*, 1983, 137, 94; Id., Sez. I, 29 aprile 1981, Turaleo, *ibid.*, 1982, 1582, 1452; Id., Sez. I, 21 ottobre 1980, Consoli, *ibidem*, 583, 524; Id., Sez. I, 20 giugno 1979, Radoni, *ibid.*, 1981, 1104, 976; Id., Sez. I, 26 febbraio 1979, Lo Presti, *ibidem*, 267, 293.

(2) Negli enunciati giurisprudenziali il rinvio al principio del libero convincimento è di regola equivalente, sotto il profilo funzionale, al più specifico richiamo al principio di libertà dei mezzi di prova, poiché, dei due canoni, il secondo si reputa assorbito negli ambiti operativi del

lo, come strumento probatorio, ma dalla attendibilità accordata alla deposizione di colui che esamina la fotografia dell'imputato si dichiara certo della sua identità fisica (1).

qualiasi elemento probatorio, a condizione che non esistano al riguardo espressi divieti legislativi (3). Già sotto questo profilo, appare d'immediata evidenza la notevole dilatazione degli ambiti operativi della regola del libero convincimento, la quale, assumendo ormai valenze universali in materia probatoria, costituisce il criterio primario cui si richiama la giurisprudenza per giustificare tanto la tendenza limitare dei poteri del giudice nella ricostruzione del fatto, quanto la facoltà accordata al medesimo di utilizzare, in sede decisionale, tutti gli elementi di prova disponibili, indipendentemente dalla loro tipicità e, soprattutto, indipendentemente dalla ritualità della loro acquisizione (4).

Di qui la conseguenza, specificamente inerente alla seconda questione, di ammettere la rilevanza probatoria di una ricognizione fotografica anche se eseguita senza l'adempimento di alcuna formalità e — soprattutto nelle ipotesi in cui tale accertamento venga effettuato nel corso delle indagini di polizia giudiziaria — senza l'osservanza delle garanzie difensive imposte dagli artt. 304-bis, -ter e -quater c.p.p. (5).

primo, derivando da esso il proprio fondamento: fra le più significative, cf. Cass., Sez. I, 20 giugno 1978, Agostinelli, in Cass. Pen., 1979, 1576, 1515 (il principio del libero convincimento « comporta, tra l'altro, che le prove non sono soggette alla regola della tassatività »); Id. Sez. VI, 18 febbraio 1972, Franzò, *ibid.*, 1974, 628, 945 (« nel processo penale, dominato dal principio del libero convincimento del giudice, questi è autorizzato ad avvalersi di qualsiasi mezzo di prova »); Id., Sez. II, 25 novembre 1970, Della Gatta, in Giust. Pen., 1972, III, 504, 621 (« vige nel nostro ordinamento processuale penale il principio del libero convincimento e non quello della tipicità e tassatività dei mezzi di prova »).

(3) Oltre alle decisioni citate alla nota precedente, v. Cass., Sez. I, 6 maggio 1987, Giardina, in Giust. Pen., 1988, III, 122, 92 (in tema di ricognizioni atipiche); Id., Sez. VI, 17 marzo 1987, Del Rosso, *ibidem*, III, 189, 140 (in tema di dichiarazioni della parte offesa); Id., Sez. VI, 11 aprile 1984, Cudia, in Cass. Pen., 1985, 2087, 1377 (in tema di analisi di laboratorio); Id., Sez. II, 9 aprile 1975, Terantolo, in Giust. Pen., 1975, III, 688, 546 (in tema di registrazioni magnetiche); nonché per una pronuncia di contenuto puramente nozionistico, Id., Sez. I, 14 ottobre 1980, Amura, *ibid.*, 1981, III, 583, 500.

(4) Tra i primi a segnalare il pericolo di una degenerazione ingiustifera della regola del libero convincimento, G. GUARNERI, *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in questa Rivista, 1958, 595; e, nell'ambito del dibattito sulla riforma del processo penale, F. CONRADO, *Diatribe sul processo accusatorio, in ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 212 e 229. Per un'analisi critica degli attuali orientamenti giurisprudenziali cfr. AMONICO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in questa Rivista, 1973, 311; BERTOCCHI, *Libero convincimento, prova, indizio: verifica giurisprudenziale*, *ibid.*, 1978, 712; FASSONE, *La valutazione della prova, in Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di VIOLANTE, Milano, 1986, 141; FERRUVA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, 71, 86-87, 143-144, 229, 264 e 317; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudice di primo grado*, Milano, 1964, 506; NOSTRI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 267; ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 106; nonché, per le imprecisioni più specificamente inerenti al tema delle ricognizioni, PANSINI, *Le ricognizioni nel processo penale*, in Arch. Pen., 1983, 679.

(5) Cf., fra le tante, Cass. Sez. II, 14 ottobre 1986, Penna, in Giust. Pen., 1987, III, 570, 483; Id., Sez. III, 26 gennaio 1982, Poltroncini, *ibid.*, 1983, III, 171, 145; Id., Sez. II, 11 gennaio 1977, Franzese, in Cass. Pen., 1978, 504, 507.

(Omissis). — Questa corte rileva che, in virtù del principio generale della non tassatività dei mezzi di prova, il giudice penale può trarre il convinci-

In particolare, quest'ultimo assunto si fonda sullo specifico rilievo secondo cui le ricognizioni « atipiche » non sarebbero soggette alle garanzie processuali apprestate per le ricognizioni « tipiche » (6) e che comunque, anche ove si acceda all'opposta conclusione, le formalità per quest'ultime imposte dall'art. 360 c.p.p. non potrebbero ritenersi prescritte a pena di nullità (7), sicché il riconoscimento eseguito in difformità dal modello legale conserva sempre il carattere di risultanza processuale validamente acquisita, dalla quale il giudice può trarre utili elementi di giudizio.

In quest'ottica, l'unico temperamento che la giurisprudenza ammette all'ampiezza dei poteri giudiziari in materia probatoria è costituito da una ritrosia conoscenza diminuzione del valore dimostrativo delle ricognizioni irritualmente acquisite, valutabili alla stregua di semplici elementi indiziari (8) ovvero, più spesso, di meri accertamenti di fatto (9).

In sostanza, com'è stato puntualmente evidenziato, il riconoscimento rituale (e la conclusione vale, a maggior ragione, per il riconoscimento fotografico, per il quale l'inservenza delle formalità legali costituisce una consuetudine operativa) « è passato da una configurazione in termini di normale, anche se atipico, mezzo di prova, all'inquadramento in una semplice acquisizione di un dato di fatto » (10).

2. A fronte di questa impostazione appaiono legittimi i dissensi unanimi, anche se variamente argomentati, espressi dalla dottrina (11).

Intanto, la riconosciuta degradazione del valore probatorio delle ricognizioni irrituali non può certo costituire una risposta appagante agli interrogativi suscitati da una così manifesta chiusura ai diritti della difesa, « costretta ai margini di un procedimento probatorio su cui non può interloquere quanto

mento circa la individuazione dell'autore del reato anche dal riconoscimento in base ad una fotografia nel corso delle indagini di polizia giudiziaria, pur

a legalità del *modus* ed attendibilità degli apprezzamenti » (12) e, quindi, « chiamata non a partecipare, ma a constatare in veste quasi notarile » (13). Il fenomeno, fra l'altro, appare tanto più allarmante in un sistema nel quale la progressiva diffusione di una concezione autoritaria del principio del libero convincimento induce, sempre più di frequente, ad ammettere la possibilità di fondare la decisione anche su un solo elemento indiziario (14).

D'altro canto, per giustificare l'affidamento, tendenzialmente incondizionato, accordato nella prassi ad una ricognizione fotografica, non può nemmeno ritenersi sufficiente l'usuale richiamo giurisprudenziale alla necessità di adeguata motivazione (15), quasi che la correttezza logica del sillogismo decisionale possa sopprimere ad eventuali carenze di legalità del procedimento probatorio. Se da un lato, infatti, non si comprende come un riconoscimento irritualmente acquisito possa venir legittimato a posteriori dalla congruità delle ragioni addotte a sostegno della valutazione giudiziale, dall'altro, invece, sembra agevolmente intellegibile come, una volta avallata l'inservenza delle regole per l'assunzione della prova, il richiamo alle garanzie offerte dalla motivazione (16) finisca per avere un valore solo formale, essendo ben note le difficoltà ad individuare i requisiti da cui desumere la correttezza logica delle argomentazioni decisorie. Ed invero — a tacere della circostanza che un giudizio di fatto fondato su elementi probatori irrituali già di per sé sfuggirebbe a qualsiasi sindacato di legittimità, ove la motivazione che lo sorregge sia immune da vizi logici (17) — non può non convenirsi con chi ha precisato che in tanto il controllo di legittimità di un provvedimento può essere efficace, in

(12) L'espressione è di AMODIO, *op. cit.*, 511.

(13) Così FERRO, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 56, il quale sottolinea incisivamente il ruolo meramente secondario assunto dalla difesa nel procedimento probatorio, rilevando come « l'affievolirsi del contraddittorio nella formazione delle prove getta il difensore in uno stato passivo, d'inerzia e, per così dire, di orzo, dal quale nella migliore delle ipotesi (quando cioè la legge gli consente di assistere all'atto) può riscattarsi solo fungendo da controllore, da garante delle operazioni probatorie svolte dal giudice; con il risultato di un singolare capovolgimento del fisiologico rapporto che dovrebbe intercorrere tra parte e giudice » (p. 17).

(14) Emblematico, al riguardo, è il caso della « chiamata di corro », ritenuta di per sé elemento idoneo e sufficiente a fondare una sentenza di condanna (così, ad esempio, Cass., Sez. V, 26 novembre 1986, Cairo, in *Giust. Pen.*, 1987, III, 629, 527; e, per una più ampia rassegna giurisprudenziale in argomento, v. BARONE, *Il riscontro della chiamata di corro: un'analisi giurisprudenziale*, in *Cass. Pen.*, 1986, 1039). Per un'analisi critica di quest'istituto, v. fra gli altri, LOZZA, *La valutazione probatoria della chiamata in correità*, in *Questione giuristica*, 1986, 62.

(15) In proposito cfr. Cass., Sez. V, 30 maggio 1979, Agnelli, in *Giust. Pen.*, 1980, III, 414; id., Sez. I, 2 marzo 1978, Marchese, *cit.*

(16) In generale, sulle funzioni di garanzia della motivazione v., per tutti, AMODIO, voce « Motivazione della sentenza penale », in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 185; in particolare, sui rapporti tra le prove e la motivazione, v. F. CORDEIRO, *Il procedimento probatorio*, in *Teoria sulle prove penali*, Milano, 1965, 142; A. MELCONONDA, voce « Prova (dir. proc. pen.) », in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 656.

(17) In tal senso, fra le tante, Cass. Sez. I, 3 luglio 1980, Mezzini, in *Cass. Pen.*, 1982, 585, 529.

(6) Così, ad esempio, Cass., Sez. II, 12 novembre 1979, Clapier, in *Giust. Pen.*, 1980, III, 694, 584; id., Sez. I, 2 marzo 1978, Marchese, in *Cass. Pen.*, 1980, 500, 495.

(7) In tal senso, cfr. Cass., Sez. II, 17 giugno 1986, Terlizzi, in *Giust. Pen.*, 1987, III, 629, 528; id., Sez. I, 20 novembre 1978, Greco, in *Cass. Pen.*, 1980, 499, 494.

(8) Cfr., di recente, Cass., Sez. I, 13 gennaio 1986, Scaduto, in *Giust. Pen.*, 1987, III, 507, 430.

(9) In questi termini, cfr. Cass., Sez. IV, 23 novembre 1984, Femoglio, in *Giust. Pen.*, 1985, III, 630, 631; id., Sez. III, 26 gennaio 1982, Poltroneri, *cit.*; id., 26 febbraio 1979, Lo Presti, *cit.*

(10) Così ZAPPALÀ, *op. cit.*, 202.

(11) Con specifico riguardo alle ricognizioni fotografiche v. RAMAJOLO, *Le ricognizioni fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*, in *Cass. Pen.*, 1981, 269; SOCCANI, *Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche nell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina*, in *questa Rivista*, 1989, p. 428; TRANCENNA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persona mediante fotografia*, *ibid.*, 1965, 1005; VENTURICA, *Il valore probatorio delle ricognizioni mediante fotografia*, in *Arch. Ric. Giur.*, 1965, 784; VOENA, *Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*, in *questa Rivista*, 1975, 1013; ZAPPALÀ, *op. cit.*, 200. Più in generale, ma non senza una precisa presa di posizione sul tema in esame, v. CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 7; ID., *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, *ibid.*, 1970, 20-21.

non costituendo lo stesso una ricognizione in senso tecnico, allorché il riconoscimento presenti garanzia di certezza assoluta.

quanto esistano, e lo si deve escludere, « *standards* » obiettivi minimi di valutazione, cui il giudice debba attenersi ed ai quali la Cassazione possa riferirsi nel controllare, sia pure dall'esterno e sotto il profilo della coerenza logica, il ragionamento del giudice » (18).

Appare evidente, d'altronde, come il nucleo centrale della questione sia rappresentato dalle anomale applicazioni del principio del libero convincimento, costantemente invocato dalla giurisprudenza al fine di salvaguardare attività d'inchiesta sempre più impegnative e di sempre più elevata rilevanza sociale (19), con tutte le conseguenze che se ne fanno derivare non solo in ordine alla valutazione della prova, ma anche in ordine all'ammissibilità ed alle modalità di assunzione di questa.

Sembra da condividere, allora, l'opinione di chi ha rilevato, in senso apparentemente critico, come siffatto principio sia stato trasformato in una sorta di « sanatoria atipica » (20), in uno strumento, cioè, destinato a regolarizzare, per consentirne l'utilizzabilità ai fini della decisione, qualsiasi mezzo di prova irrisultantemente acquisito e, in particolare, gli atti ricognitivi compiuti senza il rispetto delle formalità legali.

Ma, anche a prescindere da quest'ultima considerazione, peraltro efficacemente rappresentativa delle degenerazioni operative cui conduce la versione autoritativa della regola del libero convincimento, preme qui rilevare come il rinvio a tale regola, almeno per le conseguenze che se ne fanno discendere in tema di ricognizioni fotografiche, sia tutt'altro che pertinente, poiché il regime di libertà riservato al giudice si sostanzia unicamente in un'assenza di vincoli nella valutazione della prova e non già nelle modalità della sua acquisizione (21). Questo aspetto, del resto, venne evidenziato anche in un'isolata ed « eterodossa » pronuncia della Corte di cassazione, ove si affermò che il principio del libero convincimento « non implica che alcuna prescrizione legislativa sia superata dall'anzidetto regime di libera valutazione delle prove, giacché, se così non fosse, si riporterebbe il libero convincimento, che è negazione degli schemi inquisitori, proprio alla logica di siffatti schemi » (22).

(18) Così TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. Dir. Proc., 1973, 427. Fra gli altri contributi della dottrina processualistica sull'argomento in esame v., di recente, PATRÌ, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari*, Torino, 1966, 39, cui si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

(19) Per questo rilievo cfr. RASSONE, *op. cit.*, 143, il quale, al riguardo, parla esatamente di « giurisprudenza di copertura » e di trasformazione di un « processo di forme in un processo di fini ».

(20) V. PANSINI, *op. cit.*, 682.

(21) Sulla effettiva valenza del libero convincimento e, in particolare, sulla contrapposizione tra tale principio ed il regime della « prova legale » v., per tutti, NORRIL, *op. cit.*, 14, 32 e passim; nonché, per un'interessante analisi comparatistica sulle medesime tematiche, v. NOVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Trentanni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, 502-503 e 505-506.

(22) Così Cass., Sez. I, 24 settembre 1976, Mancini, in *Giust. Pen.*, 1981, III, 269.

In tal caso la certezza della prova non deriva dal riconoscimento, come strumento probatorio, ma dalla attendibilità accordata alla deposizione di co-

3. Per altro verso, a giustificare l'utilizzabilità delle ricognizioni fotografiche, numerose decisioni, compresa quella in esame, si richiamano (anche) al principio di libertà dei mezzi di prova (23).

Come già accennato, però, non si tratta di un criterio alternativo a quello poc'anzi esposto, poiché negli enunciati giurisprudenziali è pacifica l'intima correlazione tra il principio del libero convincimento e quello della libertà dei mezzi di prova, al punto che il secondo viene costantemente, pur se a vario titolo, ricondotto nell'ambito di operatività del primo (24).

Si tratta, come da più parti rilevato, di un'assimilazione concettuale improporzionabile (25), destinata soltanto a fungere da ulteriore supporto argomentativo all'ormai consueta prassi di recuperare, a fini decisionali, un patrimonio probatorio altrimenti inutilizzabile.

Piuttosto, sembra opportuno evidenziare come il richiamo al canone di libertà della prova consenta, in linea di metodo, di ristabilire un'ortodossa prospettiva d'indagine in tema di riconoscimenti fotografici, purché se ne considerino le sue effettive valenze e si prescinda da improprie sovrapposizioni funzionali con principi di diversa portata.

Avendo riguardo, in sostanza, ai rapporti di precedenza giuridica che caratterizzano le diverse fasi del procedimento probatorio (26), appare inevitabile

(23) Così, ad esempio, Cass., Sez. II, 23 gennaio 1985, Annali, *cit.*; Id., Sez. I, 29 aprile 1981, *Turatello*, *cit.*; Id., Sez. V, 30 maggio 1979, *Agnellini*, *cit.*

(24) Sul rapporto tra libero convincimento e libertà dei mezzi di prova v., ampiamente, ZAPPALÀ, *op. cit.*, 106; nonché, Dosi, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957, 42 e 67-68, secondo il quale entrambi i principi sarebbero geneticamente riconducibili alla regola della « prova libera », indicando con tale espressione il regime probatorio contrapposto a quello della « prova legale » (p. 38). In diversa prospettiva cfr., invece, FERARSI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Milano, 1927, 221; FORIANI, *Delle prove penali*, 3ª ed., Varese-Milano, 1961, 131; MANZANI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, 6ª ed., a cura di CONSO e PISARVA, Torino, 1968, 233, i quali collegano nel principio della « ricerca della verità materiale » il canone fondamentale dal quale discendono tutte le altre regole processuali in materia probatoria e, in particolare, libero convincimento e libertà dei mezzi di prova (criticamente, sul punto, v. CONSO, *Natura giuridica*, *cit.*, 20, rilevando che « il principio della ricerca della verità storica è un principio fondamentale del nostro processo penale, ma ciò significa soltanto che il giudice ha libera iniziativa nell'assunzione delle prove, vale a dire che il giudice può procedere a tale assunzione anche senza richiesta di parte, mentre non significa affatto che egli può ricercare prove liberamente, sino ad escogitare forme non previste dal legislatore »). Per un'analisi storica di quest'ultima impostazione, v. NOBILI, *op. cit.*, 251.

(25) Sottolineano, tra gli altri, la netta autonomia funzionale dei due principi, AMODEO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritti di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *questa Rivista*, 1970, 90; F. CONDERO, *Il procedimento probatorio*, *cit.*, 65; Id., *Procedura Penale*, 8ª ed., Milano, 1985, 959; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, 171-178; NOBILI, *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento*, in *questa Rivista*, 1971, 275; R. PANNAN, *La certezza della prova*, in Riv. Pen., 1959, I, 235; ZAPPALÀ, *op. cit.*, 114.

(26) Sul punto, in particolare, F. CONDERO, *Il procedimento probatorio*, *cit.*, 52; Id., *Procedura Penale*, *cit.*, 922. Più in generale, De Luca, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *La Scuola Positiva*, 1965, 35, il quale sottolinea che in tanto il procedimento probatorio si risolve

lui che esaminata la fotografia dell'imputato si dichiara certo della sua identità fisica (Sez. II, 29 marzo 1985, r.c. Prezioso).

bile soffermarsi sul pregiudiziale problema dell'ammissibilità delle ricognizioni fotografiche, con ciò ritornando, appunto, al ben noto dibattito concorrentemente l'antinomia tra libertà e tassatività dei mezzi di prova. Ed in proposito, per quanto la stessa dottrina sia ormai prevalentemente propensa a recepire il primo dei due principi (27), pur se postulando « l'adozione di un programma di contenimento e di regolamentazione dei poteri di iniziativa e di valutazione del giudice in campo probatorio » (28), sembra doversi più correttamente convenire con chi ritiene operante nel nostro sistema l'opposto canone della tassatività dei mezzi di prova (29).

Stante, invero, l'impossibilità di ricavare dai dati normativi (quali, ad esempio, gli artt. 299, 308 e 368 c.p.p.) elementi ermeneutici di inequivoca valenza a favore dell'una o dell'altra tesi (30), quest'ultima impostazione sembra accreditata, sul piano sistematico, da rilievo facenti capo ad una duplice, indeclinabile esigenza: da una parte, quella di garantire il regolare svolgimento del processo penale; dall'altra, quella di salvaguardare i fondamentali diritti di difesa delle parti interessate (31).

Per ciò che concerne la prima esigenza — ad evitare, cioè, che la logica risolutiva del principio della libera ricerca della verità storica possa continuare ad avallare forme improvvisate di reperimento del materiale probatorio (32)

in un *metodo*, « in quanto obbedisce non al capriccio o al caso, ma a determinati criteri diretti, vi che impongono un ordine alle diverse tappe che esso deve percorrere per raggiungere un determinato fine ».

(27) In tal senso, sia pur con diversità di espressioni lessicali, cfr. F. CONSENZO, *Procedura Penale*, cit., 915; DOSI, *op. cit.*, 42; FIORUINI, *op. cit.*, vol. III, 224; R. PANNAN, *op. cit.*, 293; GUS. SABATINI, voce « Prova (dir. proc. pen. mil.) », in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 315; VANNINI-COCCARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1973, 177.

(28) Così AMODIO, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *questa Rivista*, 1974, 375; e, per un'impostazione analoga, v. NOLANI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 27-28, secondo il quale nell'attuale sistema si impone una « scrupolosa osservanza di un metodo legale probatorio, il quale diviene appunto valore nel momento in cui mira ad impedire la degenerazione della libertà del giudice in dispotismo, assicurando anche in caso di condanna, il rispetto di determinati principi ».

(29) Tale tesi è sostenuta da CONSO, *Premesse per una discussione*, cit., 7; ID., *Natura giuridica*, cit., 20; CONSO, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, 1975, 12; G. LEONE, *op. cit.*, 180; IRANCIANA, *op. cit.*, 1007; ZAPPALÀ, *op. cit.*, *passim*.

(30) Sul punto, ampiamente ZAPPALÀ, *op. cit.*, 99.

(31) Così IRANCIANA, *loc. cit.* Tali esigenze, peraltro, ne riflettono una terza, di portata più generale, ma certamente di importanza non trascurabile: quella della « certezza del diritto ». La quale, pur presentandosi come « ... un dato troppo sfuggente per assicurare a base della pretesa che tutti i magistrati la pensino allo stesso modo e, tanto meno, della pretesa che qualcuno possa imporre ad altri le proprie interpretazioni », rappresenta, comunque, « un obiettivo, beninteso soltanto tendenziale, cui ogni giurista deve far costante riferimento » (così CONSO, *La certezza del diritto: ieri, oggi, domani*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1970, 547).

(32) Sulla verità materiale come scopo del processo penale cfr., tra gli altri, FERARAI, *op. cit.*, 218; MANZINI, *op. cit.*, vol. I, 231; R. PANNAN, *op. cit.*, 292; GUS. SABATINI, *op. cit.*, 311. In senso contrario, invece, FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 10 e 28.

Ora, i giudici di merito, integrativamente, hanno fatto legittima applicazione di tale principio, perchè hanno affermato la colpevolezza del Resta sulla base del riconoscimento fotografico da parte del Cernolin, ritenuto avvenuto,

— appare pienamente condivisibile l'affermazione secondo cui « quando il codice nella sua ben architettata struttura prevede un quadro di mezzi di prova, è intorno ad esso che deve roteare la vicenda giudiziaria; essendo evidente, tra l'altro, che la mancata previsione di un mezzo di prova sta a significare che le prospettive di politica criminale che hanno presieduto alla formazione della legge lo hanno escluso » (33).

Quanto alla seconda esigenza, il principio di tassatività dei mezzi di prova appare una delle regole primarie cui riferirsi per assicurare un'effettiva esplicazione delle garanzie del contraddittorio e, quindi, un'adeguata tutela dei diritti difensivi dell'imputato e delle altre parti private (34), risultando chiaro che in tanto gli interessati potranno recare un efficace contributo dialettico al procedimento formativo della prova (35), in quanto si riconosca l'esistenza di un divieto ad applicare le norme ad esso relative al di fuori dei casi e dei modi preventivamente stabiliti dal Legislatore (36). Tale conclusione, del resto, riflette la più generale premessa secondo cui « le norme sulle prove penali — inserite in un sistema processuale che, sotto il profilo probatorio, presenta caratteristiche tipicamente inquisitorie, stante il potere del giudice di assumere le prove *ex officio*, nella libera ricerca della verità storica — si pongono come norme di garanzia per le parti interessate » (37); garanzia, questa, che si rivelerebbe meramente illusoria se si ammettessero aperture del sistema ai mezzi di prova atipici, poiché in tal caso, anche a prescindere da quegli accertamenti che risultano in palese contrasto con i principi generali del nostro ordinamento (narcoanalisi, *lie detector*, ipnosi ecc.), si legittimerebbe il giudice ad assumere prove in mancanza di qualsiasi modalità prestabilita, esponendo gli interes-

(33) Così, G. LEONE, *op. cit.*, 178, ritenendo, altresì, « che anche in caso di sopravvenimento del nuovo strumento di acquisizione della prova non è l'interprete, bensì il legislatore a dover aggiornare il sistema ».

(34) Sui rapporti tra difesa e contraddittorio v., fra gli altri, CAVALLARI, voce « Contraddittorio (dir. proc. pen.) », in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 750; CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *questa Rivista*, 1966, 412; DALLA, *Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale*, Napoli, 1970, 77 e 94; e, di recente, GOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del Diritto*, 1986, 13.

(35) Sul punto, in particolare, FERARAI, *La difesa nel processo penale*, cit., 12, il quale precisa come la regola del contraddittorio assuma significati diversi a seconda che si tratti di prove « preconstituite » o « costituite » nel processo; osserva, cioè, che « per le prime, l'attività difensiva acquista un senso principalmente in ordine alla valutazione della prova », mentre « per le seconde deve essere garantito il diritto della parti di partecipare attivamente all'assunzione della prova con modalità variabili a seconda del mezzo ». Al riguardo, cfr. anche CHIAVARO, *Processo e garanzia della persona*, 2ª ed., vol. II, Milano, 1982, 159.

(36) Per la tesi secondo la quale il principio di tassatività dei mezzi di prova rappresenta uno degli obiettivi primari da perseguire per assicurare alle norme sulle prove penali una significazione eminentemente garantistica, soprattutto nella prospettiva di una piena attuazione del precetto di cui all'art. 24, 2ª comma, Cost., v., per tutti, CONSO, *Natura giuridica*, cit., 10, 12 e 20; ID., *Premesse per una discussione*, cit., 6-7.

(37) Così CONSO, *op. cit.*, 6.

tra più fotografate, nella immediatezza dei fatti dimanzi alla polizia giudiziaria e con sicurezza da parte dello stesso Cenolin che in dibattimento aveva appunto affermato di « non avere avuto dubbi sul riconoscimento fotografico ».

sati al rischio dell'arbitrio o, peggio, dell'abuso (38).

Né, in senso contrario, pare concludente il richiamo al principio del libero convincimento per trarne il corollario che il giudice può assumere qualsiasi prova, anche al di là delle specifiche previsioni legislative.

Anzi, una volta chiarito che « libero convincimento » e « libertà dei mezzi di prova » non si pongono in rapporto di indefettibilità reciproca e che, per converso, « libero convincimento » e « tassatività dei mezzi di prova » non sono principi tra loro incompatibili (39), è proprio la presenza del potere discrezionale del giudice nell'apprezzamento della prova ad imporre vincoli rigorosi all'attività di selezione e di raccolta degli strumenti conoscitivi utilizzabili a fini decisori (40). Se mai potrà discutersi sulle connotazioni di tali vincoli, ora più genericamente, qualificandoli alla stregua di prova imponderanti, ora, più genericamente, qualificandoli alla stregua di rigorosi equilibri tra libertà e legalità probatoria; ma, francamente, non si comprende come la proposizione argomentativa possa essere ribaltata, al punto di desumere dal principio del libero convincimento l'assenza di qualsiasi formalismo nelle attività di ammissione e di assunzione della prova.

In definitiva, per tornare al problema dell'ammissibilità dei riconoscimenti fotografici, sembra che per esso s'imponga la soluzione negativa, giacché « non tutti gli elementi idonei a determinare il convincimento del giudice

(38) La prassi giudiziaria, peraltro, ha dimostrato come l'eventualità di « aprire la via a veri e propri voli di fantasia » (ZAVARÀ, *op. cit.*, 207) nella determinazione delle modalità esecutive di un atto istruttorio non sia ipotizzabile soltanto per le prove atipiche, ma riguardi anche le prove espressamente disciplinate dalla legge, come nel caso in cui, ad esempio, l'imputato rifiuti di sottostare all'accertamento al quale è chiamato a collaborare. Al riguardo, *cf.* Cass., Sez. I, 26 marzo 1979, *Alunni*, in *Mass. Dec. Pen.*, 1979, n. 142901, la quale — pur dichiarando inammissibile un conflitto sollevato dall'ufficio istruttore del tribunale di Torino (Trib. Torino, Uff. Istruzione, 17 ottobre 1978, *Alunni*, in *questa Rivista*, 1980, 326, con nota di PASCARELLI, *In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale*) nei confronti dell'ufficio istruttore di Roma che aveva ritenuto impossibile procedere all'atto delegato di ricognizione personale per il rifiuto opposto dall'imputato — ha esplicitamente indicato tra le varie possibilità risolutive del caso, quella di procedere all'accertamento istruttorio secondo modalità discrezionalmente stabilite dal giudice delegante (« quando il delegato ritenga praticamente impossibile il compimento dell'atto istruttorio tipico, il delegante o rinnova la richiesta precisando con quali modalità diverse da quelle tipiche l'atto dev'essere compiuto oppure procede personalmente al compimento dell'atto al senso dell'ultimo capoverso dell'art. 296 c.p.p. »).

(39) In proposito, *cf.* CONSO, *Natura giuridica*, cit. 20, il quale precisa che « il libero convincimento è un qualcosa che si ritrova pure nei processi di tipo dispositivo, là dove il giudice non ha nessuna iniziativa probatoria, là dove sicuramente i mezzi di prova sono soltanto quelli indicati in modo tassativo dalla legge ».

(40) In tal senso, per tutti, G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *questa Rivista*, 1968, 28-29, sottolineando come « sul tema della prova un certo ritorno al formalismo e ad un maggior vincolo dell'attività del giudice non può che essere un ritorno alla giustizia. Tanto più grande è il potere discrezionale del giudice nella valutazione delle prove raccolte, tanto più riconosciuta è la sovranità del suo libero convincimento, e tanto più rigoroso è bene che sia il limite posto al potere del giudice nella scelta delle prove ».

e sul rilievo che quest'ultimo non risulta avere inimicizia con l'imputato, precisando, peraltro, che costui era in possesso delle facoltà mentali e che il dubbio da lui esplicitato solo di fronte al Resta, pur dopo il sicuro riconoscimento assicurato al rango di mezzi di prova, tali dovendosi considerare soltanto quei determinati strumenti di acquisizione del materiale probatorio espressamente disciplinati dal codice di procedura penale, tra i quali, appunto, la ricognizione fotografica non trova luogo » (41).

4. Ad analoga conclusione, peraltro, sembra potersi pervenire anche in diversa prospettiva.

Si è già accennato come, attualmente, una parte della dottrina, pur escludendo che la tipologia normativa delle prove penali rappresenti un *numerus clausus*, sia tuttavia incline a mediare la rigorosa antinomia tra libertà e tassatività dei mezzi di prova, auspicando una « flessibilità » del sistema probatorio da intendersi « non solo come espressione del possibile alternarsi della legalità alla libertà della prova, ma pure come manifestazione di una possibile articolazione di scelte in tutto il settore del diritto probatorio » (42). In quest'ottica si colloca la proposta di utilizzare criteri d'indagine di carattere esegetico, e non meramente aprioristico, finalizzati a svelare le potenzialità espansive dei modelli probatori legali e a selezionare tra le prove atipiche quelle che, per affinità strutturali o funzionali, appaiono concretamente assimilabili ad uno di tali modelli (43); ciò, ovviamente, allo scopo di individuare precisi parametri normativi cui richiamarsi per stabilire le modalità di assunzione della prova innominata ed il complesso delle garanzie difensive ad essa riferibili (44), e con la conseguenza di elevare la ritualità dell'atto acquisitivo al rango di condizione primaria per l'utilizzabilità dei risultati dell'accertamento in sede decisionale.

Ora, anche a voler aderire a quest'impostazione, non sembra che per i riconoscimenti fotografici possa utilmente rinviarsi alla disciplina normativa dettata per le ricognizioni tipiche (artt. 360 e segg. c.p.p.), alla quale, il più delle volte, ci si riferisce per stabilire le regole formali da osservare nell'assunzione di tali accertamenti.

In effetti, pur prescindendo dalle riserve formulabili in ordine all'applicazione analogica di norme — quali quelle sulle prove — di natura eminentemente

(41) Così TRANCONA, *op. cit.*, 1008.

(42) Così AMORIO, *Libertà e legalità*, cit. 325.

(43) Per tale impostazione v., per tutti, F. CONARDO, *Il procedimento probatorio*, cit. 32, n. 81, il quale afferma che « se una prova innominata possa aver ingresso, non è questo che ammetta risposte date a priori; occorre verificare se essa sia compatibile con il sistema delle prove nominate. La conclusione è certamente affermativa, quando ricorre una somiglianza tra il caso non previsto e quello regolato; è sufficiente peraltro che il primo non introduca nell'ordinamento una nota dissonante. Il criterio della diagnosi si riva con il procedimento d'astrazione, a cui corrisponde la figura della cosiddetta *analogia juris*: in breve, occorre rifarsi al complesso delle norme sull'ammissione delle prove ».

(44) Al riguardo *cf.*, ad esempio, VORNA, *op. cit.*, 1018, osservando come « nella maggior parte dei casi la prova « innominata », per elementi strutturali o per analogia di funzioni, potrà essere equiparata ad una prova già disciplinata ... facendola fruito del medesimo trattamento anche sotto il profilo difensivo. Nel caso, invece, che non sia assimilabile ad alcuna altra prova contemplata dal sistema legislativo, le si dovrà attribuire lo « standard » di garanzie apprestato dagli artt. 304-bis, 304-ter, 304-quater c.p.p. ».

mento fotografico suddetto, era giustificato dal lungo tempo trascorso e dalla comprensibile situazione ambientale del confronto, ed osservando come le indicazioni non univoche rilevate nel racconto del Cernolin, quali l'altezza della

garantistica, l'operazione etnometrica appena prospettata potrebbe praticabile soltanto nell'ipotesi in cui l'atto probatorio atipico ed il modello legale di riferimento siano suscettibili di un'effettiva commisurazione (45), quanto meno in rapporto ai connotati essenziali delle rispettive fattispecie (46).

Ebbene, sotto tale profilo, non sembra che i riconoscimenti fotografici siano assimilabili al paradigma delle ricognizioni di persone ovvero a quello delle ricognizioni di cose.

Per ciò che concerne le prime, il riconoscimento fotografico, pur condizionandone genericamente le funzioni, presenta una marcata diversità dell'oggetto su cui ricade l'accertamento, poiché è innegabile che nel costruire la fattispecie di cui all'art. 360 c.p.p. « il legislatore ha richiesto ... come elemento essenziale la presenza delle persone da riconoscere nella loro essenza fisica » (47).

Quanto alle seconde, invece, il riconoscimento fotografico presenta una evidente distonia funzionale, poiché esso non mira a stabilire l'identità materiale di una « cosa » che si pone in una qualche relazione con il fatto illecito, risultando piuttosto finalizzato ad un esame critico di più persone in vista dell'identificazione del presumibile autore del reato (48). Da ciò, in sostanza, discende l'irrefutabile rilievo secondo cui i riconoscimenti fotografici presentano anche un'assoluta carenza del « nucleo essenziale » della fattispecie le-

(45) Sul punto cfr., in generale, F. CORDEIRO, *Prove illecite nel processo penale*, in *questa Rivista*, 1961, 53 (scritto successivamente inserito, con parziali rielaborazioni, nel già citato volume *Le studi sulle prove penali*, con il titolo *Prove illecite*); nonché, con riguardo ad ipotesi specifiche, TRANCHINA, *op. cit.*, 1006-1007; Id., voce « *Ipotesi* », in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 739.

(46) Significativo, in proposito, è il caso dei « rilievi dattiloscopici », i quali, pur non trovando esplicito riconoscimento nel nostro sistema processuale, vengono tutavia ritenuti ammissibili anche da parte di chi postula la vigenza del principio di tassatività dei mezzi di prova (CORDEIRO, *Natura giuridica*, cit., 21; ZAPPALÀ, *op. cit.*, 197); e ciò proprio perché essi, in virtù delle loro caratteristiche strutturali e funzionali, possono essere considerati alla stregua di operazioni peritali, con conseguente applicazione delle norme relative. A quest'ultimo riguardo v., però, le precisazioni di VOENA, *Confini tra ispezione e perizia*, in *questa Rivista*, 1973, 919-920, il quale, distinguendo tra rilevazione ed interpretazione delle dattiloscopia, ravvisa, nella prima, un'attività ispettiva e, nella seconda, un'attività valutativa e, quindi, di natura più propriamente peritale. In generale, sull'argomento, cfr. anche MANUCCI, *Il valore probatorio della dattiloscopia*, in *Giuris. Pen.*, 1955, III, 260; SIRACUSANO, *Considerazioni sulla prova dattiloscopica*, in *questa Rivista*, 1959, 1380; e, più di recente, DELLA CASA, *La nomina del difensore come « garanzia minima » in tema di rilievi dattiloscopici*, in *ivi*, 1978, 420.

(47) Così TRANCHINA, *Il valore probatorio*, cit., 1007; in senso analogo, SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 475, il quale, affermando che nell'ipotesi prevista dall'art. 360 c.p.p. il « mezzo di prova » è costituito dalla persona, esclude implicitamente che la presenza fisica del soggetto passivo dell'« operazione probatoria » possa essere surrogata da una riproduzione fotografica del soggetto medesimo. Contra F. CORDEIRO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 339.

(48) Per l'opinione secondo la quale il riconoscimento fotografico andrebbe « più precisamente » assimilato alla ricognizione di cose, v. VOENA, *Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*, cit., 1017.

persona e il colore dei suoi capelli, riguardavano solo dettagli non decisivi, essendo difficile valutare ad occhio la prima in misura precisa o la sfumatura di colore dei capelli.

gale, in mancanza del quale, restando preclusa la possibilità di commisurare l'atto al suo modello normativo, ciò che ne risulta avrebbe soltanto la parvenza del paradigma tipo cui l'atto stesso dovrebbe adeguarsi: in altri termini, saremmo in presenza di un atto che ben potrebbe considerarsi come « giuridicamente inesistente » (49).

D'altra parte, l'eterogenea connotazione delle due fattispecie probatorie trova una significativa rispondenza anche nell'inadattabilità ai riconoscimenti fotografici dei meccanismi procedurali previsti per le ricognizioni personali. Ove si considerino, infatti, gli accertamenti in discorso sotto il profilo dinamico, potrà agevolmente constatarci come essi costituiscano, di regola, un'attività prodromica ai successivi sviluppi investigativi, tendendo ad orientare soggettivamente le indagini nell'immediatezza del fatto-reato (50); per il contrario, le ricognizioni personali rappresentano uno strumento di riscontro dell'ipotesi accusatoria, presupponendo necessariamente la preventiva identificazione del soggetto passivo dell'esperienza giudiziale. Ne deriva una prima preclusione all'utilizzabilità delle regole dettate dall'art. 360 c.p.p., giacché per i riconoscimenti fotografici, non essendo ancora stato identificato, neppure in via ipotetica, il presumibile autore del reato, non si vede, ad esempio, come possa essere procurata « la presenza di altre due o più persone che abbiano qualche somiglianza con quella che è oggetto dell'esperienza » (51).

Non basta, potendosi evidenziare un ulteriore aspetto differenziale.

Mentre i risultati delle ricognizioni personali sono suscettibili di un istantaneo vaglio critico da parte del giudice in rapporto alle risultanze istruttorie sino a quel momento acquisite, gli esiti dei riconoscimenti fotografici, invece, sfuggono a qualsiasi valutazione immediata, non esistendo ancora riscontri probatori con i quali confrontare la conformità dell'eventuale riconoscimento; e ciò, a farci d'altro, renderebbe superfluo quel complesso di formalità preliminari (52) specificamente finalizzate a chiarire l'attendibilità del

(49) Per tale conclusione v. TRANCHINA, *Il valore probatorio*, cit., 1007; e, sia pur con riferimento a diversa fattispecie, Id., voce « *Ipotesi* », cit., 739.

(50) Ciò spiega, fra l'altro, l'usuale collocazione dei riconoscimenti fotografici nell'ambito della fase delle indagini di p.g., consistendo di solito tali accertamenti nell'esame delle « fotosegnalistiche » di pregiudicati, custodite negli archivi di polizia. Per un accenno cfr. BONETTO, *Commento all'art. 360 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO e GREVI, Padova, 1987, 1049.

(51) Osevera PANSINA, *op. cit.*, 697, che « tale prescrizione non può in alcun modo essere considerata alla stregua di uno strumento di controllo della veridicità del riconoscimento, ma si inserisce nella struttura stessa dell'atto di ricognizione, essa stessa costituendo l'« essenza »; in altri termini « quel che rileverà, ai fini del concludimento del giudice, non sarà la dichiarazione di riconoscimento, ma il fatto del riconoscimento avvenuto in quelle condizioni ». Ne discende, pertanto, che in relazione alle ricognizioni fotografiche non potendosi attuare la prescrizione di cui al 2° comma dell'art. 360 c.p.p., si finirebbe con l'assegnare valore probatorio ad una semplice « dichiarazione » in luogo di un « esperimento », proprio in un caso in cui il legislatore non richiede la prima, ma impone il secondo.

(52) Ci si riferisce, in particolare, alla preventiva « descrizione della persona da ricono-

La suddetta motivazione è congrua e corretta, scvra da vizi logici e giuridici, e supera anche implicitamente, attese le valutazioni e gli apprezzamenti

contributo che il soggetto chiamato ad effettuare l'operazione probatoria è in grado di offrire.

In definitiva, anche a voler convenire sulla possibilità di ricondurre i riconoscimenti fotografici alla tipologia delle ricognizioni, il tentativo di assimilazione si rivelerebbe, comunque, di scarsa utilità pratica, poiché, stante la materiale inapplicabilità delle regole procedurali di cui all'art. 360 c.p.p., gli accertamenti in esame risulterebbero pur sempre svincolati da qualsiasi modello operativo formale.

Di qui le perplessità legate alla « stranezza di un sistema giuridico che mentre da un lato si preoccupa di circondare di particolari cautele l'operazione d'identificazione *de visu*, dall'altro consente riconoscimenti mediante fotografie, notoriamente più carichi di ambiguità e di incertezze, senza richiedere l'adempimento di alcuna modalità di svolgimento » (53).

5. Posto, infine, che « altro è stabilire se una prova sia ammissibile, altro chiedersi se sia veritiera la conoscenza ottenuta » (54), resta da esaminare il problema concernente il valore dimostrativo dei riconoscimenti fotografici, pur dovendosi condividere, già in via d'approccio, le molteplici perplessità al riguardo manifestate.

Oltre, infatti, alle alterazioni somatiche ed espressive che le riproduzioni fotografiche possono presentare in dipendenza di fattori tecnici, non va trascurato che la fotografia, diversamente da un'immagine percepita *de visu*, propone quasi sempre una « versione » del soggetto rappresentato inattuale, comunque, diversa da quella che il medesimo assumerebbe al momento del fatto, sia per la mera accessoria di specifici elementi di identificazione (per es., barba, baffi ecc.), sia per i mutamenti fisionomici, e talora morfologici, che possono essere intervenuti tra il momento in cui essa venne scattata e quello in cui si effettua la ricognizione (55).

di determinanti, ogni altra considerazione difensiva di merito, che, come tale, non può trovare adito in questa sede di legittimità. (Omissis).

Non solo, ma si pensi anche alle ipotesi, frequentissime, in cui il ricordo di chi è chiamato ad effettuare il riconoscimento si focalizzi, segnatamente, su uno specifico elemento di identificazione: in tali casi il rischio della suggestione sarebbe quanto mai elevato, poiché l'immagine riprodotta in fotografia, privilegiando la percezione del particolare rispetto al generale, dissocierebbe nella visualizzazione mnemonica di colui che esegue l'accertamento il ricordo del connotato specifico del ricordo, pur vago, delle caratteristiche generiche dell'autore del reato (per es. l'altezza), inducendo, così, a valutazioni di conformità fortemente approssimative.

Queste perplessità, del resto, appaiono indirettamente avvalorate dalla stessa giurisprudenza, la quale, sempre più spesso, tende ad aggirare il problema dell' idoneità scientifica dei risultati dei riconoscimenti fotografici, facendone derivare il valore dimostrativo di tali accertamenti non dalla verifica delle probabilità oggettive di un esito conforme, ma piuttosto, dalla maggiore o minore attendibilità attribuibile a colui che, nell'eseguire la ricognizione, si dichiara certo della identità fisica dell'imputato (56).

Sotto altro profilo, inoltre, non può trascurarsi l'effetto preclusivo che una ricognizione fotografica esercita su un successivo riconoscimento di persona, poiché, com'è stato efficacemente rilevato, « tra la immagine originariamente ritenuta nella memoria e quella successivamente osservata si insinuerebbe l'elemento estraneo della visione fotografica, in grado di modificare sostanzialmente il ricordo della prima immagine » (57). In tal senso, del resto, appare concludente lo stesso dato normativo, poiché l'art. 360 c.p.p. prescrivendo al giudice, quale atto prodromico alla ricognizione personale, di chiedere a chi è chiamato ad eseguire l'accertamento se « ha veduto immagini ritratte in fotografia » della persona da identificare, riconduce indiscutibilmente la pregressa visione fotografica al novero delle condizioni primarie « atte a prevenire il riconoscimento », contrapponendosi queste, per conseguenze finalità sinattica, alle condizioni residuali di cui è menzione (« altre ») nell'inciso successivo (58).

(56) In questo senso, oltre alla decisione annotata, cfr. anche Cass., Sez. II, 29 marzo 1983, Prezioso, cit. Id., Sez. I, 12 novembre 1981, Iacono, cit.

(57) Così VENTURCO, loc. cit.; analogamente, ARIVILLA, *Psicologia giudiziaria*, loc. cit.; GORRE, *Analyses d'erreurs de reconnaissance d'individus et leçons à en tirer*, in *Giust. Pen.*, 1957, IV, 233; TRANCHINA, *Il valore probatorio*, cit., 1009. Cfr., inoltre, PANSINI, op. cit., 696, il quale, argomentando dalle devianze cui induce il « già visto », afferma che « nell'ambito del processo penale la ricognizione costituisce l'unico caso di atto assolutamente irripetibile ».

(58) La giurisprudenza tende prevalentemente a negare che la pregressa visione fotografica sia di ostacolo ad una successiva ricognizione personale: cfr., fra le altre, Cass., Sez. II, 14 dicembre 1983, Molteni, in *Cass. Pen.*, 1987, 1206, 978; Id., Sez. II, 18 aprile 1983, Castiglia, *ibid.*, 1984, 2022, 1389; Id., Sez. II, 20 dicembre 1982, Gaglio, *ibidem*, 1498, 1026; Id., Sez. I, 30 maggio 1980, Milan, *ibid.*, 1981, 2085, 1815. In dottrina, aderisce a tale impostazione RAMAURI, op. cit., 270; ma già in precedenza, FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 1961, 80.

scarsi » (art. 360, 1° comma, c.p.p.). Sembra evidente come l'adempimento di tale formalità possieda scarsa efficacia nel caso in cui il giudice non sia in grado di valutare altrimenti gli esiti dell'operazione probatoria, poiché le maggiori o minori capacità descrittive del testimone o della parte lesa rivestono significato non in relazione ai risultati dell'accertamento (cfr., in proposito, i rilievi di ARIVILLA — citato testualmente da PANSINI, op. cit., 694, n. 92 — il quale sottolinea come « non sempre il testimone può descrivere l'oggetto o la persona che poi riconosce, senza che questa inappiaccata sia segno di errore e, ... contrariamente la descrizione corretta non prova la possibilità del riconoscimento e della conservazione detagliata del ricordo »), ma in rapporto a quel più ampio patrimonio di conoscenze già acquisite dall'autorità procedente, il quale, pur non potendo garantire l'esattezza dell'eventuale riconoscimento, permette almeno di escluderla in ipotesi di erroneità manifesta. Per uno spunto in tal senso v. SANTORO, voce « Ricognizioni e confronti » in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1966, 938.

(53) Così ZAPPALÀ, op. cit., 208.

(54) Così F. CORDESO, *Il procedimento probatorio*, cit., 64.

(55) In proposito cfr. ARIVILLA, *Psicologia giudiziaria*, 546, Torino, 1948, Id., *Il riconoscimento del colpevole dal nuovo codice di procedura penale*, in *Rev. Dir. Penit.*, 1952, 34-35; MUSARATI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Padova, 1951, 188; OTTOLENGHI, *Trattato di psicologia scientifica*, vol. I, Milano, 1910, 319; nonché, più di recente, GULLOTTA, (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria*, Milano, 1987, 559.

6. Qualche questione interpretativa, in tema di riconoscizioni fotografiche, sembra emergere anche dalla disciplina del nuovo codice di procedura penale (59). Non pare dubitabile, intanto, che l'identificazione di un soggetto tramite fotografia possa essere validamente compiuta dal pubblico ministero a fini investigativi, giacché l'art. 361, comma 2°, c.p.p. 1988 nel richiamare espressamente tale eventualità, dispone appunto che « le persone, le cose e gli altri oggetti sono presentati ovvero sottoposti in immagine a chi deve eseguire la individuazione ».

Tale norma, peraltro, ha una portata circoscritta, essendo ben noto come nel nuovo sistema processuale gli atti compiuti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari assolvono soltanto funzioni investigative e non si prestino, perciò, ad alcuna utilizzazione probatoria nelle successive fasi giudiziali (60).

In questa rigorosa prospettiva, quindi, le « individuazioni » fotografiche (questa è la terminologia impiegata nell'art. 361 c.p.p. 1988 a rimarcare, anche sotto il profilo lessicale, le note distintive tra l'« atto di indagine » ed il corrispondente « mezzo di prova ») appaiono opportunamente destinate al perseguimento di finalità che ben si conciliano con le loro effettive valenze funzionali, poiché, come già accennato, esse possono al più soddisfare, per l'incerto valore dimostrativo degli esiti dell'accertamento, soltanto esigenze di indirizzo dell'attività investigativa e necessitano, comunque, di riscontri ulteriori che confermino l'attendibilità dei risultati (61).

Quanto, invece, alle norme disciplinanti la tipologia « probatoria » delle

(59) Per i contributi di carattere generale sul nuovo codice di procedura penale, v. CHIAVATO, *La riforma del processo penale. Appunti sulla legge delega e sul progetto del nuovo codice*, Torino, 1988; A. GARO, (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale. Atti del convegno di Perugia*, Padova, 1989. Per le implicazioni più specificamente attinenti alla tematica probatoria, anche con riferimento alla disciplina del progetto preliminare del 1978, v. AMODIO, *La fase istruttoria al dibattimento nella nuova legge delega per il codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, 1982, III, 507; DOMINONI, *Il pubblico ministero come organo dell'investigazione nel progetto preliminare del codice di procedura penale*, ivi, 1979, I, 97; GAYO, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, ivi, 1988, I, 353; ID., *Indagini preliminari ed incidente istruttorio nella progettazione del nuovo processo penale: dal pubblico ministero « giudice » al pubblico ministero « parte »*, in *Cass. Pen.*, 1984, 1839; ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, cit.; A. MARCHIONDA, *Prove illegittime e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv. Pen.*, 1977, 125; MORDELLI, *Interrogativi sulla compatibilità tra progetto e delega nella disciplina concernente la prova ed il dibattimento*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, 374; PERCONUNGO, *La formazione della prova nel dibattimento del « nuovo » processo penale*, in questa Rivista, 1985, 31; PISANI, *Le prove (appunti sul problema del nuovo codice di procedura penale)*, ivi, 1978, 197; SIKACIANSKI, *Dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado*, in *Giust. Pen.*, 1979, I, 177; SOTTANI, *Il regime della « controprova »*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, cit.; VIGNA, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, 257; ID., *Investigazioni e prova nel processo penale*, ibidem, I, 321; VORNA, *Attività investigativa e indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, cit.; ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge delega 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *L. F.*, 1988, 93; nonché, i numerosi contributi di CONSO, apparsi nella rubrica, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1978, 1979 e 1988.

(60) Sul punto, in particolare, PISANI, *La difesa del processo penale*, cit., 57; VIGNA, *Investigazioni e prova nel processo penale*, cit., 324.

(61) Non a caso la stessa Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale

« riconoscizioni » (art. 213-217 c.p.p. 1988), non sembra che esse si prestino a conclusioni altrettanto agevoli con riguardo al problema dell'utilizzazione dei riconoscimenti fotografici.

Anziutto, va preso atto che il nuovo codice di rito, diversamente dal progetto preliminare del 1978, non recepisce più il principio di tassatività dei mezzi di prova (62), consentendo al giudice di ammettere le prove « appi- che » richieste dalle parti nei casi in cui esse risultino idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti e non siano lesive della libertà morale della persona (art. 189 c.p.p. 1988).

Questa generale enunciazione di principio, pur costituendo di per sé una chiave interpretativa di inequivoco valore, può tuttavia assumere, rispetto ai riconoscimenti fotografici, un significato ambivalente.

In effetti, se da un lato essa può essere considerata indicativa di un'apertura del sistema all'utilizzazione di tali strumenti probatori, dall'altro, invece, essa potrebbe rappresentare la negazione, ove si escluda, cioè, l'attendibilità dei risultati conseguibili attraverso i riconoscimenti fotografici, ovvero, per usare la nuova terminologia legislativa, l'idoneità degli stessi ad assicurare l'accertamento dei fatti.

Né la questione esegetica appena prospettata sembra risolvibile alla luce del disposto dell'art. 216 c.p.p. 1988, il quale, accanto alle riconoscizioni di voci e di suoni (che, in quanto espressamente riconosciute, devono ritenersi sottratte al regime dell'art. 189 c.p.p. 1988), disciplina le riconoscizioni « di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale », rinviando implicitamente per quest'ultima categoria di accertamenti alla preventiva valutazione di ammissibilità del giudice, secondo il duplice criterio dettato per le « prove non disciplinate dalla legge » (art. 189 c.p.p. 1988).

Comunque, indipendentemente dalle conclusioni trahili in ordine a tale problema, sembra inevitabile, alla luce delle generali connotazioni del nuovo sistema processuale, una sostanziale rimediazione dei tradizionali approcci alle prove imponentate.

Pur prescindendo, infatti, dalla codificazione di principi fortemente innovatori in materia probatoria (63), va rilevato come la riforma incida non solo sugli aspetti formali e strutturali del processo penale, quanto, e soprattutto, sulla natura di questo, caratterizzandolo ormai definitivamente come vero e proprio « rapporto giuridico » (64). Il che comporta, tra l'altro, una rigorosa reciproca di diritti ed obblighi tra i soggetti cui fa capo il rapporto

(in *Suppl. Ord. Gazz. Uff.*, n. 250 del 24 ottobre 1988) sottolinea, sia pur con riguardo alle riconoscizioni personali, che « una marcata diffidenza verso l'attendibilità dei risultati di questo mezzo di prova e l'esigenza di assicurare nella maggior misura possibile il rispetto di regole dirette ad evitare esiti influenzati e precostituiti, hanno indotto ad accennare una regolamentazione minima delle attività preliminari alla ricognizione e dello svolgimento di questa » (p. 64). Sembra ragionevole desumere, perciò, che per le « individuazioni » — ed in particolare modo per quelle fotografiche — i dubbi circa la possibilità di esiti conformi non possano che essere maggiori, tanto più che per tali atti investigativi non è stato neppure prescritto, se non per ipotesi particolari, quel minuzioso complesso di modalità di assunzione dichiaratamente finalizzato ad attenuare le possibilità di errore.

(62) « Il giudice — così l'art. 179 del progetto preliminare del 1978 — non può ammettere prove diverse da quelle previste dalla legge »; sul punto v. PISANI, *op.cit.*, 199.

(63) Oltre alla già ricordata possibilità di ammettere prove imponentate ed al rilievo normativo attribuito a talune regole generali di valutazione probatoria (art. 192 c.p.p. 1988), merita di

stesso, reciprocità che può divenire valore effettivo soltanto ove l'ordinamento riconosca, esplicitamente od implicitamente, un generale principio di « tassatività formale » (65).

Che, nel settore probatorio, proprio questo sia stato uno degli obiettivi primari perseguiti dal legislatore è confermato dal capillare impiego di comminatorie per le ipotesi di inosservanza dei meccanismi di assunzione della prova, anche se, in quest'ultima prospettiva, lascia perplessi la tendenziale limitatezza del potere conferito al giudice nella determinazione delle modalità acquisitive della prova atipica (art. 189 c.p.p. 1988).

dot. GIOVANNI DEAN
dell'Università di Sassari

CASSAZIONE PENALE - Sez. V - 22 marzo 1988

Pres. Miele - Rel. Catalano - P. M. (concl. conf.)

Ric. Beretta

Reati contro la persona — Atti diretti a percuotere — Omicidio preterintenzionale — Sussistenza — Omicidio colposo — Esclusione (C. p. artt. 581, 584, 589).

Al fini della sussistenza della ipotesi criminosa dell'omicidio preterintenzionale, prevista dall'art. 584 cod. pen., è sufficiente che l'autore dell'aggressione abbia commesso atti diretti a percuotere o a ledere e che esista un rapporto di causa ad effetto tra i predetti atti e l'evento letale. A tal proposito, deve essere sottolineato che il termine « percuotere » non è assunto nell'art. 581 c.p. nel solo significato di battere, colpire, picchiare, bensì in quello più lato, comprensivo di ogni violenza manomissione dell'altrui persona fisica, sicché anche la spinta, concretandosi in un'energia fisica esercitata con violenza e direttamente sulla persona, integra il percuotere o, quanto meno, ai fini del delitto di omicidio preterintenzionale, l'atto diretto a percuotere (1-2).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Il giorno 11.1.1981 decedeva presso l'ospedale di Merate Maggioni Francesco, ivi ricoverato la sera precedente per

(1) Brevi riflessioni in tema di omicidio preterintenzionale.

La massima riportata in epigrafe prende in considerazione lo specifico e dibattuto problema sulle caratteristiche della condotta di base nell'omicidio preterintenzionale, senza tuttavia soffermarsi sui parametri valutativi di tale condotta ed inducendo ad alcuni rilievi di carattere generale.

La prima riflessione che viene indotta concerne il valore da attribuirsi all'espressione, contenuta nell'art. 584 c.p., « atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582 », giacché la norma non menziona i requisiti minimi dai quali ricavare la direzione degli atti, sicché la definizione di tali requisiti minimi, nonché la susseguente rilevanza penale della condotta, rimane affidata a dottrina e giurisprudenza, peraltro con interpretazioni non riconducibili ad unità di pensiero.

La dizione normativa risente di una certa genericità e, per la sua stessa formulazione, induce una spontanea analisi comparativa con la disciplina del delitto tentato: ci si chiede, in altri termini, se si debbano ritenere trasfusi nell'art. 584 c.p., prima parte, i requisiti tipici del tentativo, « atti idonei diretti in modo non equivoco », oppure ci si trovi di fronte ad una previsione di

essere sottolineato, in particolare, il riconoscimento del « diritto alla prova » (art. 190 c.p.p. 1988) del quale, già da tempo, si auspica la codificazione: in proposito, v. G. VASSALLI, *op. cit.*, 50; e, di recente, A. MELICIONONA, voce « Prova », *cit.*, 669.

(64) Al riguardo, per tutti, De Massico, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1941, 473.

(65) Per un esempio delle conseguenze che, argomentando in quest'ottica, si ricavano sul piano pratico, v. A. GARO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 229-230.