

Misure cautelari personali

Cassazione Penale, Sez. VI, 24 gennaio 2017 (16 dicembre 2016), n. 3624 - Pres. G. Fidelbo - Re. O. Villoni

In sede di riesame o appello cautelare, se il difensore non può conoscere le videoregistrazioni dalle quali sono estrapolati i fermo-immagine utilizzati per identificare l'indagato, il tribunale non può fondare il proprio convincimento su detti fotogrammi, estratti da filmati non depositati ai quali la difesa non ha avuto accesso, ma deve annullare l'ordinanza se, effettuata la prova di resistenza, l'ulteriore materiale indiziario non è di per sé idoneo a rappresentare i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p. (massima redazionale).

In tema di misure cautelari personali, la valutazione giudiziale deve passare attraverso la dovuta considerazione e l'approfondita valutazione degli elementi di critica e confutazione del quadro indiziario provenienti dalla difesa dell'indagato, la cui omissione comporta violazione dell'art. 292, comma 2 ter, c.p.p. laddove concernenti specifiche allegazioni difensive oggettivamente contrastanti con gli elementi accusatori, come tali distinte da generiche deduzioni o indicazioni di elementi ritenuti favorevoli dalla difesa e la cui specifica confutazione si impone, pertanto, al giudice della cautela così come a quello del riesame.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 31362; Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 3742; Cass., Sez. I, 15 novembre 2011, n. 4777; Cass., Sez. II, 13 marzo 2008, n. 13500; Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2005, n. 13919; Cass., Sez. I, 6 maggio 1999, n. 3473; Cass., Sez. II, 28 novembre 1997, n. 6757.
Difforme	Non si rinvencono precedenti difformi.

La Corte (omissis).

Il Tribunale del riesame confermava l'ordinanza con cui era stata applicata la custodia cautelare in carcere nei confronti di G. F., provvisoriamente accusato di concorso nella coltivazione di trecentodieci (n. 310) piante di canapa indiana, valorizzando il contenuto di alcuni filmati eseguiti dagli inquirenti in cui si notavano più persone impegnate a raccogliere essenze arboree e riporle in alcune cassette poi trasferite altrove.

Per quanto riguarda il ricorrente, si dava atto che il suo riconoscimento era stato effettuato dai carabinieri (poiché il soggetto era agli stessi noto per ragioni di servizio) tramite comparazione dei *frames* estratti dalle sequenze video con le varie effigie fotografiche presenti agli atti d'ufficio. L'esito di detta comparazione veniva confermato dalla consulenza antropometrica disposta dal pubblico ministero.

Il Tribunale, inoltre, respingeva l'eccezione di nullità e/o inutilizzabilità dell'informativa e dei brogliacci con cui la p.g. aveva attestato le attività avvenute all'interno della piantagione, ritenendo non indispensabile - per la loro utilizzabilità - la produzione del relativo filmato.

Per quanto riguarda le esigenze cautelari, i giudici di seconde cure ritenevano attuale il pericolo di reiterazione del reato nonostante fossero trascorsi circa due anni e mezzo dalla commissione del fatto di reato alla luce della personalità criminale di uno dei co-indagati, diverso dalla persona del ricorrente, nonché tenuto conto delle specifiche modalità e circostanze della condotta criminosa contestata.

Avverso l'ordinanza ricorreva il G. F., proponendo plurime doglianze: l'omesso esame di un elemento indizia-

rio a scarico dedotto con la richiesta di riesame (in particolare: omessa considerazione della consulenza tecnica di parte, con la quale venivano censurate la metodologia impiegata e i risultati della relazione del consulente tecnico del p.m.); l'impossibilità di giustificare i gravi indizi di colpevolezza attraverso immagini estrapolate da un filmato neppure allegato alla richiesta cautelare (circostanza, questa, che impediva all'organo giudicante di apprezzare direttamente il contenuto della prova), peraltro oggetto di visione esclusiva da parte della polizia giudiziaria, con p.m. e giudice obbligati a fidarsi delle valutazioni degli operatori di p.g.; la non attinenza della motivazione, in punto di esigenze cautelari, sulla persona del G. F., essendo la medesima tarata su altro indagato coinvolto nell'indagine (il P.G.); la violazione di legge e il vizio di motivazione per estraneità della condotta imputata (raccolta di essenze arboree) rispetto la contestazione provvisoriamente mossa (coltivazione illecita).

La Corte di cassazione accoglie il ricorso.

Rileva innanzitutto che il principale motivo di censura attiene alle modalità con cui si è proceduto all'identificazione del ricorrente, avvenuta sulla base delle video riprese effettuate dagli inquirenti e attraverso il riconoscimento diretto compiuto dal personale di p.g., confortato dalla comparazione dei *frames* estratti dalla sequenza video con varie immagini fotografiche presenti agli atti d'ufficio.

La Corte osserva che l'ordinanza impugnata richiama condivisibili precedenti giurisprudenziali, secondo i quali "ai fini dell'identificazione degli interlocutori coinvolti in conversazioni intercettate, il giudice può ben utilizzare le dichiarazioni degli ufficiali e agenti di polizia

giudiziaria che abbiano asserito di aver riconosciuto le voci di taluni imputati” (Cass., Sez. VI, 20.03.2014, n. 13805; Cass., Sez. II, 13.10.2015, n. 42655).

Secondo i giudici di legittimità, le deduzioni del ricorrente - secondo cui il problema non è tanto come si sia giunti all'identificazione quanto, piuttosto, chi vi abbia proceduto: venendo in gioco l'effettività del controllo giudiziale sul contenuto degli atti posti a sostegno della domanda cautelare - rievocano il tema della mancata trasmissione al Tribunale del riesame delle video riprese eseguite dalla polizia giudiziaria.

In merito, la S.C. ricorda di aver più volte affermato che “non costituisce violazione dell'art. 309, comma 5 c.p.p. la circostanza che il p.m., selezionando gli atti da produrre a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare, abbia trasmesso, in luogo della video registrazione del fatto oggetto di indagine, annotazioni di servizio in cui erano riportati i dati relativi a quanto videoregistrato, posto che all'accusa compete la direzione dell'inchiesta e la scelta degli atti su cui basare la richiesta della misura” (Cass., Sez. II, 20.11.2013, n. 8837; Cass., Sez. VI, 12.06.2008, n. 39923).

Detta giurisprudenza, secondo la Cassazione, fa da *pendant* a quella sedimentatasi in tema di intercettazioni telefoniche qualora sia contestata l'identificazione dei colloquanti: ipotesi in cui “non è indispensabile disporre perizia fonica per il relativo accertamento, ben potendo il giudice trarre il suo convincimento da altri elementi che consentano di risalire all'identità degli interlocutori” (Cass., Sez. IV, 22.02.2008, n. 16432; Cass., Sez. IV, 18.10.2007, n. 43409), ivi comprese “le dichiarazioni degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che hanno riferito sul riconoscimento delle voci di taluni imputati” (Cass., Sez. VI, 28.02.2012, n. 18453), senza che tale giudizio sia sindacabile in sede di legittimità ove correttamente motivato (Cass., Sez. VI, 08.01.2008, n. 17619).

Ebbene, la peculiarità della vicenda in esame rispetto ai casi considerati dai suddetti arresti giurisprudenziali risiede nel fatto che all'identificazione dell'indagato si è addivenuti non solo per mero raffronto dei fermo-im-

magine (*frames*) estrapolati dalle videoriprese con elementi esterni di confronto (*i.e.* i cartellini foto segnalatici) ma altresì attraverso una valutazione demandata a consulente tecnico officiato dal pubblico ministero, conclusasi con un giudizio di piena compatibilità delle caratteristiche antropometriche di uno dei soggetti ripresi all'interno della piantagione con quelle del ricorrente.

Alla Corte “*la centralità di tale passaggio pare indubbia, atteso che il mancato esame visivo diretto dei filmati da parte di G.i.p. e Tribunale è stato ritenuto superfluo proprio in virtù di un apprezzamento ritenuto affidabile perché eseguito da soggetto esperto*”.

Assodato il carattere decisivo del giudizio demandato al consulente tecnico del p.m., i giudici di legittimità ribadiscono la validità della giurisprudenza sopracitata in tema di identificazione e rinvergono tuttavia una grave omissione argomentativa da parte del Tribunale, il quale ha liquidato le considerazioni critiche della difesa, corroborate anch'esse da una consulenza tecnica, in scarse e anodine notazioni (righe 10-14 di pag. 17 del provvedimento impugnato).

L'ordinanza viene ancora ulteriormente censurata sotto il profilo dell'attualità delle esigenze cautelari, per le quali si rileva la mancanza di motivazione a fronte di fatti assai risalenti nel tempo rispetto la cautela adottata, che avrebbero invece richiesto una disamina puntuale e specifica.

Disattesa, infine, la doglianza sulla non configurabilità del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti - poiché l'accertamento compiuto, seppur circoscritto alle fasi del taglio e della raccolta delle essenze arboree, riguarda l'esecuzione di attività che non escludono ma anzi logicamente presuppongono, in difetto di elementi indiziari di segno contrario, che le stesse siano precedute da quelle più propriamente riferibili al concetto di coltivazione (semina, concimazione, innaffiatura, etc.) -, la Corte conclude ritenendo assorbite le residue censure, giacché non immediatamente rilevanti ai fini della decisione, ed annulla l'ordinanza con rinvio.

Custodia in carcere e comparazione fra cartellini foto-segnalatici e fermo-immagine

di Marco Cecchi (*)

Il Tribunale del riesame, nell'ipotesi in cui la difesa presenti confutazioni del quadro indiziario, non può confermare la misura cautelare della custodia in carcere disposta nei confronti di un indagato identificato unicamente in base a una comparazione tra fermo-immagine estratti da videoriprese non depositate (c.d. *frames*) e fotografie presenti agli atti d'ufficio della polizia giudiziaria (nella specie: cartellini anagrafici e foto-segnalatici). La Suprema Corte, avvalorando l'applicazione del paradigma falsificazionista al processo decisionale del giudice, sostiene che l'apprezzamento dell'organo giudicante debba essere completo. In tal senso, afferma che non si può prescindere dalla "considerazione e approfondita valutazione di quegli elementi di critica e confutazione del quadro indiziario provenienti dalla difesa dell'indagato, la cui omissione comporta violazione dell'art. 292, co. 2-ter c.p.p. ove concernente specifiche allegazioni difensive oggettivamente contrastanti con gli elementi accusatori, come tali distinte da generiche deduzioni o indicazioni di elementi ritenuti favorevoli dalla difesa e la cui specifica confutazione s'impone, pertanto, al giudice della cautela così come a quello del riesame".

Premessa

In via preliminare occorre premettere che vi sono almeno tre differenti poli giuridici intorno ai quali ruota la sentenza in commento, sebbene la massima redazionale si riferisca, poi, a uno di essi soltanto.

Si ritiene opportuno, pertanto, svolgere qualche breve considerazione per ciascun tema individuato, suddividendo le presenti annotazioni in altrettanti paragrafi e condensando il succo di queste riflessioni in una nota conclusiva.

Le problematiche che emergono dalla lettura della pronuncia sono le seguenti: a) identificazione mediante videoriprese e utilizzabilità di fermo-immagine estratti da atti processualmente inesistenti; b) riconoscimento operato attraverso la prova scientifica; c) completezza della valutazione cautelare.

a) Identificazione mediante videoriprese e utilizzabilità di fermo-immagine estratti da atti processualmente inesistenti

Lo snodo centrale della vicenda processuale al vaglio della Suprema Corte attiene alle modalità con cui si è proceduto all'identificazione del ricorrente.

In particolare, quest'ultimo è stato individuato per il tramite di videoriprese effettuate all'interno di una piantagione di canapa indiana e attraverso il riconoscimento diretto compiuto dalla polizia giudiziaria, che ha comparato i *frames* estratti dalle sequenze-video con le immagini fotografiche presenti agli atti di ufficio.

A tale raffronto ha inoltre fatto seguito una valutazione demandata al consulente tecnico del pubblico ministero, conclusasi con un giudizio di piena compatibilità delle caratteristiche antropometriche di uno dei soggetti ripresi con quelle dell'indagato. Il *punctum dolens* in questa ricostruzione si rinviene nel fatto, incontestato, che nessun filmato è stato messo a disposizione dell'autorità giudiziaria: né il G.I.P., né il Tribunale del riesame né, addirittura, il P.M. hanno avuto accesso alle videoriprese (1). Si tratta di una prassi, purtroppo non infrequente nelle aule di Giustizia, che non pare ammissibile alla luce della normativa in materia ma che viene, pure stavolta, giustificata dai giudici di prime e seconde cure.

Ed altresì in sede di legittimità trova conferma quella giurisprudenza, richiamata in via analogica con riferimento alle intercettazioni (2), che con-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Tant'è che la Cassazione rileva "che la visione degli stessi [cioè dei filmati] è stata compiuta unicamente dal personale di polizia giudiziaria addetto alle indagini, come del resto è lo stesso Tribunale ad attestare a pag. 18 dell'ordinanza ('Ed invero la visione da parte della P.G. dei filmati effettuati nei giorni 2 e 4 ottobre 2013...')".

(2) In merito alla mancata trasmissione al Tribunale del riesame di videoriprese eseguite dalla polizia giudiziaria, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui "non costituisce violazione dell'art. 309, co. 5 c.p.p. la circostanza che il p.m., selezionando gli atti da produrre a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare, abbia trasmesso, in luogo della videoregistrazione del fatto oggetto di indagine, annotazioni di servizio in cui erano riportati i dati relativi a

sente di identificare i soggetti coinvolti ricorrendo a qualsiasi elemento che permetta di risalire alla loro identità, ivi comprese le semplici dichiarazioni degli operatori di polizia giudiziaria, a prescindere dal deposito e dall'analisi, in prima persona, del materiale intercettato o video-ripreso (3).

Sul punto, conviene fin d'ora svolgere due rilievi critici.

Innanzitutto, si osserva che l'affermazione secondo cui "all'accusa compete la direzione dell'inchiesta e la scelta selettiva degli atti su cui basare la domanda cautelare" (4) presuppone logicamente che gli stessi siano effettivamente presenti all'interno del fascicolo del pubblico ministero (5), anche se poi non vengono depositati: evenienza, questa, non riscontrabile nel caso di specie, ove delle videoriprese ha avuto esclusiva disponibilità solamente la polizia giudiziaria.

In secondo luogo, si assiste a un'evidente deformazione della base conoscitiva dell'organo giudicante. Pur in assenza di previsioni legislative che limitino il contatto immediato e diretto del giudice con la fonte di prova una volta che questa è "venuta allo scoperto" per opera delle parti (6), la giurisprudenza tollera due fattori che ne alterano la cognizione: la selezione del pubblico ministero (che magari opta per non allegare nessuno dei file registrati); gli

apprezzamenti della polizia giudiziaria, espressi in verbali o note di servizio, riguardanti quelle intercettazioni o videoregistrazioni che sono poi sottratte, più o meno interamente, alla valutazione giudiziale.

Tali circostanze si riflettono inevitabilmente sia sull'effettività del controllo giurisdizionale, sia sull'esercizio del diritto di difesa (7).

Per evidenziare questo duplice pregiudizio, discendente dalle combinazioni e distorsioni pratiche che gli istituti dell'identificazione e delle videoriprese subiscono, è necessario ricostruirne per sommi capi la relativa disciplina giuridica.

L'identificazione è un atto non garantito il cui scopo è quello di dare un nome a un volto. Possono essere sottoposte a identificazione tutte le persone che hanno avuto a che fare con il reato, direttamente o indirettamente. Nello svolgimento delle operazioni, al rifiuto di farsi identificare, la polizia può ricorrere all'accompagnamento coattivo (art. 349, comma 4, c.p.p.) (8).

A differenza di tanta linearità, le videoriprese si inseriscono in un terreno solcato da interessi divergenti di rango costituzionale (quali il diritto di difesa, l'efficienza delle indagini, la segretezza delle comunicazioni e la riservatezza) ove non sempre la servitù di Giustizia vale a giustificarne una com-

quanto videoregistrato, posto che all'accusa compete la direzione dell'inchiesta e la scelta degli atti su cui basare la richiesta della misura" (Cass., Sez. II, 20 novembre 2013, n. 8837, Chinzeagulov e altro, in *CED*, 258788; Cass., Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 39923, Cristiano, *ivi* 241874).

(3) Secondo la quale "ai fini dell'identificazione degli interlocutori coinvolti in conversazioni intercettate, il giudice può ben utilizzare le dichiarazioni degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che abbiano asserito di avere riconosciuto le voci di taluni imputati" (Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 13805, in *CED*, 259478; Cass., Sez. II, 22 ottobre 2015, n. 42655, *ivi* 265128).

(4) Cass., Sez. VI, 8 aprile 16, n. 18448, in *Guida dir.*, 2016, 30, 87, secondo la quale, peraltro, "il termine "elementi" contenuto nell'art. 291, comma 1, c.p.p., richiamato dall'art. 309, comma 5, c.p.p., comprende non solo atti integrali, ma anche stralci di essi, il che non impedisce il contraddittorio, che comunque si sviluppa sulla valutazione della entità e rilevanza degli elementi concretamente presentati e concretamente valutati dal giudice della misura". Analogamente: Cass., Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 39703, in *Guida dir.*, Dossier II, 78; Cass., Sez. I, 27 maggio 2013, n. 34651, in *CED*, 257440; Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2014, n. 22145, *ivi* 263635; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 19198, *ivi* 263798; Cass., Sez. I, 14 settembre 2016, n.

46228, in *D&G*, 2016, 11. Contrariamente a tale indirizzo, una risalente giurisprudenza di legittimità afferma la necessità che il pubblico ministero presenti al giudice tutti gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari, non essendogli riconoscibile alcuna discrezionalità nella cernita degli atti da trasmettere: Cass., Sez. I, 19 ottobre 1993, n. 4276, Quesada, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 584; Cass., Sez. V, 20 agosto 1991, n. 811, Mercuri, *ivi*, 1992, 127. In dottrina, a favore dell'integrale

trasmissione degli atti da parte del P.M.: M. Pinelli, *Elementi a sostegno della richiesta cautelare e profili di invalidità ravvisabili*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 3922; C. Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 81.

(5) L'indispensabile disponibilità materiale di quanto videoregistrato da parte dell'organo d'accusa è ulteriormente desumibile dal fatto che il difensore deve rivolgere la richiesta di visione ed estrazione copie al pubblico ministero e non al giudice (Cass., SS.UU., 22 aprile 2010, n. 20300, in *CED*, 246906).

(6) Dal momento che l'indagato nei cui confronti è disposta la misura cautelare è senz'altro a conoscenza dell'indagine, non si ravvisa più alcuna esigenza di segretezza investigativa. Sempre in questa prospettiva, è interessante rammentare che la giurisprudenza ha riconosciuto la facoltà del giudice di visionare, non necessariamente in contraddittorio, una videocassetta ritualmente acquisita senza che questo comporti esecuzione di attività tecnica poiché non si tratta di attività diretta alla formazione della prova (Cass., Sez. VI, 16 luglio 2008, Portoghese, in *CED*, 241402: fattispecie relativa a videoriprese di atti violenti compiuti in uno stadio).

(7) Mancando agli atti processuali le videoregistrazioni: né la difesa può averne diretta conoscenza e, quindi, articolare le proprie argomentazioni circa l'(in)attendibilità delle medesime; né il giudice può compiere un vaglio che possa dirsi completo, essendo poste a fondamento della richiesta cautelare prove che potremmo definire di "seconda mano", nel senso che sono frutto di operazioni decisionali già compiute da altri soggetti (per di più estranei al circuito giurisdizionale, appartenendo alla polizia giudiziaria) sugli elementi originali (le sequenze videoregistrate) dai quali le prove acquisite (i *frames*) provengono.

(8) In merito, si veda P. Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, XVII ed., 2016, 527-528.

promissione. Da ciò ne deriva una complessa regolamentazione, intesa a bilanciare esigenze fra loro contrastanti (9).

Sinteticamente, può definirsi videoripresa “la registrazione (effettuata attraverso strumenti tecnici di captazione visiva) di quanto accade in un luogo, all’insaputa di chi in esso si trovi” (10).

Nell’ipotesi in cui l’attività captativa sia posta in essere da soggetti privati, il risultato costituisce un documento, utilizzabile nel procedimento ai sensi degli artt. 234 ss. c.p.p. (11).

Quando, al contrario, è la polizia giudiziaria a compiere la videoregistrazione, le cose si complicano e l’assenza di prescrizioni legislative ha portato la Corte costituzionale e le Sezioni Unite a edificare *ex novo* il sistema, “a colpi di sentenze” (12).

Ripercorrendo a grandi linee quanto stabilito dalle due Corti, può dirsi che: in prima battuta, bisogna distinguere se la ripresa di immagini abbia ad oggetto comportamenti comunicativi o non comunicativi (13); effettuata questa distinzione: nel caso di comportamenti comunicativi, si seguono le regole delineate per le intercettazioni (artt. 266 ss. c.p.p.); nel secondo caso, la videoripresa di comportamenti non comunicativi sottostà a una disciplina che diverge in base al luogo nel quale le riprese si realizzano.

Se la captazione avviene in ambito domiciliare, opera la riserva di legge e di giurisdizione di cui al-

l’art. 14 Cost. e, poiché il nostro ordinamento è privo di una legge che regoli i casi e i modi in cui possa venir limitata l’inviolabilità del domicilio, la videoripresa è vietata e, perciò, inutilizzabile nel procedimento *ex art.* 191 c.p.p. (14).

Se la registrazione si compie in luogo riservato, la norma costituzionale violata non è l’art. 14 bensì l’art. 2. Di conseguenza, la videoripresa - utilizzabile nel procedimento come prova atipica (art. 189 c.p.p.) - può essere disposta anche in assenza di specifiche previsioni di legge, purché vi sia un provvedimento autorizzativo motivato dell’autorità giudiziaria (15).

Se, infine, la ripresa visiva si realizza in luogo pubblico, ove non è configurabile alcuna aspettativa di riservatezza, la registrazione è del tutto legittima - e utilizzabile nel procedimento come prova atipica - anche se eseguita dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa (16) o da un privato.

Se questo è il quadro generale, deve ulteriormente aggiungersi che, per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari, la S.C. (17) ha precisato che in sede cautelare è ammissibile l’utilizzo dei verbali delle operazioni di videoregistrazione, anche per procedere all’identificazione delle persone ritratte nei fotogrammi, indipendentemente dal deposito del relativo supporto magnetico (18).

E nella fattispecie in esame i giudici di merito hanno concesso persino di più dato che, in mancanza

(9) È una materia della modernità, caratterizzata - come gran parte degli istituti che “nascono” sulla scorta dello sviluppo tecnologico (es. intercettazioni) - dal fatto che il codice non riesce a darne una compiuta definizione e, pertanto, il lavoro di (ri)costruzione del sistema è rimesso all’opera della dottrina e della giurisprudenza.

(10) Per un’analisi complessiva, si rinvia a C. Conti - P. Tonini, *Diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 473 ss. Sul punto, si veda altresì F. Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale l’uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 1832B.

(11) Cass. Sez. II, 12 febbraio 2013, n. 6812, V. L., in questa *Rivista*, 2013, 584; Cass., Sez. II, 12 novembre 2014, n. 46786, in *CED*, 261053.

(12) Ci riferiamo, in particolare, alle due sentenze cardine in materia: Corte cost. 24 aprile 2002, n. 135, in *Foro it.*, 2004, I, 390; Cass., SS.UU., 28 luglio 2006, Prisco, in questa *Rivista*, 2006, 1349, con nota di C. Conti.

(13) Secondo un apprezzamento da effettuarsi *ex ante* rispetto lo svolgimento dell’attività captativa: Cass., Sez. IV, 20 marzo 2008, Fera Andali, in *Guida dir.*, 2008, 18, 97.

(14) Per completezza, si richiama la sentenza costituzionale n. 149 del 16 maggio 2008 (in *Cass. pen.*, 2008, 11, 4109), secondo la quale le videoriprese di immagini effettuate in luoghi domiciliari “degradano” a videoriprese effettuate in luoghi pubblici se il comportamento videoregistrato non è in concreto riservato e può tranquillamente essere osservato dall’esterno senza particolari accorgimenti.

(15) Cass., Sez. I, 10 luglio 2007, Sussini, in *CED*, 237502.

(16) Cass., Sez. II, 24 aprile 2007, Caruso e altro, in *CED*, 237848; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2009, Galati, *ivi*

242876; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2008, n. 4422, G. e altro, *ivi* 242743.

(17) Cass., Sez. V, 17 luglio 2008, n. 33430, Biviera, in *CED*, 241386; Cass., Sez. V, 17 luglio 2008, n. 37698, Stranieri, *ivi* 241947; Cass., Sez. IV, 12 aprile 2016, n. 19200, *ivi* 266845 (in motivazione); Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2016, n. 52595, in *CED*, 268936 (in motivazione).

(18) Riguardo tale consolidato orientamento giurisprudenziale, si rileva criticamente che nella quasi totalità delle pronunce che affermano un simile principio è dato rinvenire una circostanza non irrilevante: nell’ambito di quei procedimenti, a differenza di quanto avvenuto nel caso che si commenta, la difesa ha sempre avuto la possibilità di esercitare i propri diritti, nel senso che ha avuto a disposizione i supporti magnetici o informatici contenenti le registrazioni, anche se poi gli stessi non sono stati allegati alla richiesta cautelare (cfr. Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2016, n. 52595, in *CED*, 268936; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 53425, *ivi* 262334) oppure ha avuto accesso ai medesimi (e cioè ha visionato i filmati o ascoltato i file audio originali), anche se non è stata successivamente garantita la copia materiale (Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012, n. 41530, in *CED*, 253741). Considerata la progressiva valorizzazione delle garanzie difensive nella fase cautelare, discendente dalle affermazioni di principio espresse dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost., 8 giugno 1994, n. 219, in *Giur. cost.*, 1994, 1820) nonché dalle modifiche legislative succedutesi dalla metà degli anni Novanta ad oggi (cfr. L. n. 332 del 1995; L. n. 63 del 2001; L. n. 47 del 2015), non può più considerarsi valida la tesi secondo cui “i verbali di polizia giudiziaria relativi alla attività svolta effettuando riprese filmate dei movimenti degli indagati possono esser valutati (...) indipendentemente

delle videoriprese nemmeno trasmesse al magistrato inquirente, si sono affidati ai soli fermo-immagine estratti dalle medesime. In tal modo, hanno ritenuto di potersi pronunciare nonostante la richiesta cautelare e le consulenze tecniche di parte si siano sviluppate proprio a partire da quella (fonte di) prova (19) della quale né difesa, né accusa hanno mai avuto disponibilità (20).

Dalla sequenza ora descritta, non può che emergere una palese invalidità processuale.

Ammesso infatti che “in tema di riesame di misure cautelari personali sussiste il diritto del difensore di chiedere e ottenere dal p.m. copia dei supporti magnetici o informatici delle registrazioni di videoriprese utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare, poiché la prova dei fatti dalle stesse rappresentati non deriva dal riassunto effettuato negli atti di p.g. ma dal contenuto stesso delle registrazioni documentate nei relativi suppor-

ti” (21), ove il materiale probatorio sul quale si basa l’istanza cautelare sia stato oggetto di sintesi e cesure da parte della polizia giudiziaria e neppure sia integralmente a disposizione dell’accusa, si assiste a una pesante compromissione del diritto di difesa (22).

Se il fine, che si tratti di intercettazioni o videoriprese (23), è quello di garantire che quantomeno il difensore (24) possa conoscere gli originali delle registrazioni, l’impossibilità di accesso ne limita, fino ad escluderlo, l’intervento (che potrebbe consistere, ad esempio, nel contestare la conformità e la provenienza dei *frames* estratti dai filmati).

Quale sanzione ne deve discendere?

Il pensiero corre subito all’invalidità. Tuttavia, se è pacifico che non possa trattarsi di una mera irregolarità, la giurisprudenza e la dottrina sono divise nel ricondurre tale vizio alla nullità intermedia (25) ovvero all’inutilizzabilità (26).

dal formale deposito del supporto magnetico (videocassette *et similia*) contenenti le registrazioni e della loro messa a disposizione delle parti [essendo] l’acquisizione di tale materiale necessaria solo per l’inserimento nel fascicolo del dibattimento e per la conseguente utilizzazione come prova in sede di giudizio, mentre, in relazione alla fase delle indagini preliminari, caratterizzata da esigenze di rapidità ed essenzialità delle forme e connotata da costante evoluzione del materiale probatorio, non può invocarsi una indebita compromissione del diritto di difesa, le cui modalità vanno ragionevolmente adattate ai diversi momenti e alle peculiarità del rito” (Cass., Sez. V, 5 giugno 2008, n. 22602, in *Guida dir.*, 2008, 27, 91).

(19) Sul fatto che sia la registrazione e non il fermo immagine (o, nel caso dell’intercettazione, il brogliaccio) né tantomeno il verbale delle operazioni a costituire la (fonte di) prova, la giurisprudenza è oramai costante: Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45984, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2159; Cass., Sez. VI, 22 novembre 2005, n. 10890, Palazzoni, in *CED*, 234101; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2003, n. 4892, Franzese, *ivi* 227884; Cass., Sez. I, 6 ottobre 2000, Ippolito, *ivi* 217345. Ne segue pertanto un’interpretazione in tal senso orientata di quanto statuito da Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8940, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 3921, secondo cui “in materia di misure cautelari, la richiesta formulata dal p.m. ai fini dell’adozione del provvedimento coercitivo deve essere corredata dai documenti che costituiscono le fonti di prova oggetto di utilizzazione, e non può basarsi sulla trascrizione, pur fedele, del contenuto dell’atto nella richiesta del p.m. e, di riflesso, nel provvedimento cautelare”; in senso analogo: Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2016, n. 52595, in *CED*, 268936; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 50963, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, 3, 268.

(20) A voler essere realisti, si è indotti a pensare che, molto probabilmente, i *frames* estratti da videoriprese mai entrate nella disponibilità delle parti processuali fanno comunque ingresso nel procedimento nella veste di prove atipiche (essendo utili all’accertamento dei fatti e non pregiudizievoli della libertà morale della persona). Tuttavia, un simile modo di procedere non è soltanto eticamente eccezionale, ma intrinsecamente viziato dal punto di vista della legalità processuale. Ci troviamo dinanzi a una patente “truffa delle etichette” poiché il problema dell’attendibilità dei suddetti fermo-immagine resta in quanto non sono presenti le registrazioni originali dalle quali sono estratti e rispetto alle quali alla difesa è tolta la possibilità di verificarne la conformità. Sul c.d. “principio di non sostitui-

bilità”, in giurisprudenza: Cass., SS.UU., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 30; Cass., Sez. I, 25 giugno 2009, Bellocco, in *CED*, 244039; Cass., Sez. II, 18 marzo 2008, Fiacabrino, *ivi* 239746. In dottrina: C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 274 ss.

(21) Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45984, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2159. Nello stesso senso: Cass., Sez. VI, 11 luglio 2013, n. 41362, in *CED*, 257804; Cass., Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43654, in *Guida dir.*, 2012, 21, 92.

(22) Merita richiamare la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che dopo la notificazione o l’esecuzione dell’ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore dell’indagato abbia il diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di quelle conversazioni o comunicazioni intercettate, che sono state utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare, anche se non sono state depositate: Corte cost., sent. n. 336 del 2008, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 17. Sul punto, si veda: C. Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, 3638B.

(23) Sulla tematica, le considerazioni che sono state spese dalla giurisprudenza in materia di intercettazioni valgono altresì per le videoriprese, così come stabilito da Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45880, in *Guida dir.*, 2012, 11, 71: “in tema di misure cautelari, il diritto della difesa di avere copia delle registrazioni, documentate in supporti magnetici o informatici, cui segue l’obbligo per il p.m. di provvedere sulla richiesta di copia in tempo utile rispetto alla proposta richiesta di riesame, riguarda non solo le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni ma anche le ‘video-riprese’”.

(24) L’avverbio è doveroso poiché parte della giurisprudenza riconosce anche al giudice, singolarmente, l’accesso ai supporti materiali originali delle intercettazioni o delle videoriprese al fine di decidere, senza che l’ascolto o la visione *inaudita altera parte* comporti una compromissione del contraddittorio: Cass., Sez. VI, 16 luglio 2008, Portoghesi, in *CED*, 241402.

(25) In giurisprudenza: Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2013, n. 19191, in *CED*, 255130; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 21265, *ivi* 252850; Cass., SS.UU., 22 aprile 2010, n. 20300, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 5, 569; Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 1084, in *CED Cass.* 245708 (in motivazione). In dottrina: L. Filippi, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 137.

(26) In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, n.

Giurisprudenza

Processo Penale

La soluzione corretta pare essere quella che afferma l'inutilizzabilità di tali atti, trattandosi di situazioni che ledono irreparabilmente il diritto di "difendersi provando" (27), al punto da poter essere inquadrata nella categoria della prova incostituzionale (28). La violazione, infatti, non si limita al *quomodo* ma coinvolge direttamente l'*an* dell'elemento probatorio perché la prova dalla quale dipende per intero il costruito accusatorio non è agli atti processuali e, per dirla con un brocardo, *quod non est in actis non est in mundo*.

32490, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 1, 57; Cass., Sez. I, 21 febbraio 1997, n. 2690, Mirino, in *CED*, 207271; Cass., SS.UU., 20 novembre 1996, n. 21, Glicora, in *CED*, 206955 ha ribadito che il comportamento omissivo del P.M., che non inoltra alcuni atti assunti prima della richiesta della misura e che, pertanto, il G.I.P. non ha potuto valutare, determina l'inutilizzabilità degli atti di riferimento che li presuppongono (nel nostro caso, i *frames* estratti dalle videoriprese); Cass., SS.UU., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268. In dottrina: M. Pinelli, *op. cit.*, secondo cui si dovrebbe propendere per l'inutilizzabilità data "l'assenza di una specifica previsione normativa che - al di là del possibile addentellato costituito, su un piano generale, dall'art. 178, lett. c), c.p.p. - soddisfi in termini specifici il principio di tassatività richiesto ex art. 177 c.p.p. per la nullità".

(27) In questo caso non si tratta dell'antica questione se sia preferibile accogliere la teoria dei frutti dell'albero avvelenato o la teoria del *male captum, bene retentum*. Il problema è ancora più profondo poiché non si contesta tanto l'acquisizione al procedimento dei fermo-immagini (che magari può avvenire, come sopra detto, ricorrendo alla disciplina della prova atipica: art. 189 c.p.p.), ma il fatto che procedendo in tal modo si ammutinano, nel vero senso della parola, due diritti costituzionalmente garantiti: difesa (art. 24 Cost.) e contraddittorio (art. 111 Cost.). Nella vicenda che si annota, infatti, tutto dipende dal contenuto di videoriprese possedute solo dalla polizia giudiziaria, che nessun attore processuale non ha avuto mai la possibilità di visionare.

(28) Sulla prova incostituzionale si veda, tra gli altri: A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, 1203. In giurisprudenza, fin dagli anni Settanta la Corte Costituzionale ha ribadito l'inutilizzabilità soggettiva di prove acquisite in spregio di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione: Corte cost. 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 341 (in tema di intercettazioni); Corte cost. 7 maggio 2008, n. 149, in *Cass. pen.*, 2008, 4109 (in tema di videoriprese).

(29) Ne deriva l'impossibilità di estendere in via analogica il ragionamento sviluppatosi in materia di intercettazioni circa l'eventualità di "congelare" la prova nel caso in cui vi siano contestazioni da parte della difesa per poi procedere allo "scongelo" della stessa allorché se ne sia verificata la conformità all'originale (sulla falsariga di quanto accade, ex art. 195, comma 3 c.p.p., per la testimonianza indiretta). Nel caso che si commenta, non essendovi le registrazioni originali, il congelamento sarebbe perpetuo. Sul punto: Cass., SS.UU., 22 aprile 2010, n. 20300, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 5, 569. In dottrina, si vedano le riflessioni di C. Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, *op. cit.*, 3650.

(30) Sulle videoriprese, dalle quali i *frames* sono estrapolati, non c'è stata alcuna forma di contraddittorio dal momento che non sono mai state sottoposte al vaglio né dell'accusa né della difesa. Ciò comporta, in prima battuta, che le registrazioni scontino la sanzione dell'inutilizzabilità fisiologica; ma que-

Inoltre, l'errore è irrimediabile (29) e coinvolge in via immediata la Costituzione poiché l'assenza delle videoriprese che permetterebbero, esse sole, di verificare l'attendibilità dei fotogrammi estratti dal filmato originale, pregiudica diritti costituzionalmente garantiti: il contraddittorio (art. 111 Cost.) (30), la difesa (art. 24 Cost.) (31) e le regole fondamentali del giusto processo (32). Rinvenuta la violazione di legge, l'effetto che ne consegue - e che sarebbe dovuto conseguire anche nell'episodio che si commenta - è l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. (33).

sto ha un rilievo relativo nell'ambito del procedimento *de libertate*. Il principio che sta alla base della sanzione, però, vale come anche in sede cautelare: è indiscutibile, infatti, che il metodo di assunzione della prova influisca sul risultato della stessa, cosicché quanto deriva da un elemento probatorio non filtrato dalla dialettica fra le parti è intrinsecamente impoverito nella sua attendibilità. Le stesse consulenze tecniche risultano qualitativamente svalutate poiché sono "costrette" a ragionare non sulla prova originaria (le videoriprese) ma sulla prova derivata (i fermo-immagini), in assenza di elementi probatori ulteriori.

(31) È imprescindibile il richiamo alla sentenza della Corte cost. 24 giugno 1997, n. 192, in *Giur. it.*, 1998, 315, secondo la quale "dopo l'esecuzione della misura cautelare deve essere consentito il pieno esercizio del diritto di difesa (cfr. in tale senso la sentenza n. 219 del 1994), assicurando al difensore la più ampia e agevole conoscenza degli elementi su cui si è fondata la richiesta del pubblico ministero, al fine di rendere attuabile una adeguata e informata assistenza". In questa prospettiva, il diritto di difesa può essere "limitato solo in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nella economia del processo, che per loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato (e salvo sempre il successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti)" (Cort. cost. 26 maggio 1994, n. 219, in *Giur. cost.*, 1994, 1820, con nota di A. Gaito). Nel caso che qui ci occupa, l'assenza totale delle videoriprese è un danno per la difesa e, indirettamente, anche per il processo (che perde atti sui quali calibrare il giudizio).

(32) Il giusto processo è violato poiché sono disattese disposizioni del codice che regolano, a livello sistematico, lo svolgimento del procedimento penale. In via analogica, sulla necessità che non manchi mai la base originaria dalla quale si estrapolano quelle informazioni che saranno oggetto di valutazione giudiziale, vengono alla mente almeno tre disposizioni di legge: l'art. 134, comma 3 c.p.p. (il quale prevede che "quando il verbale è redatto in forma riassuntiva, deve essere effettuata anche la riproduzione fonografica", a dimostrazione che l'atto integrale deve comunque essere conservato per eventuali confronti di conformità con stralci dello stesso); l'art. 268, comma 1, c.p.p. (che pretende la compresenza della registrazione e del verbale quali modalità di documentazione dell'attività captativa: l'esistenza del verbale non può in alcun modo supplire la mancanza della registrazione e viceversa); l'art. 89 disp. att. (che precisa come e dove i supporti debbano essere conservati, evocando la problematica della catena di custodia, tipica della prova scientifica, utile a garantire sia la genuinità del dato probatorio da eventuali alterazioni, sia il confronto, ove necessario, tra il file originale e i suoi derivati [nel nostro caso: videoriprese e *frames*]).

(33) Sulla natura dell'inutilizzabilità, si rinvia a C. Conti, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*,

D'altra parte, il ragionamento appena esposto s'ataglia perfettamente al principio, già espresso dalla Cassazione, secondo cui "in sede di riesame o appello cautelare, qualora il difensore non abbia ottenuto il rilascio di copia dei supporti informatici o magnetici di intercettazioni o video riprese per le quali abbia avanzato rituale e tempestiva richiesta al P.M., il Tribunale non può fondare il proprio convincimento sui "brogliacci di ascolto" [o, come nel caso in esame, sui fermo-immagine] ma deve annullare l'ordinanza cautelare se, effettuata la prova di resistenza, l'ulteriore materiale indiziario non sia idoneo a rappresentare i gravi indizi di colpevolezza richiesti dall'art. 273 c.p.p." (34).

Nella vicenda analizzata, tolti i fotogrammi estratti da videoregistrazioni processualmente assenti, non residua alcun elemento di prova a carico del ricorrente.

b) Il riconoscimento operato attraverso la prova scientifica

A prima vista, il secondo profilo d'analisi della sentenza che si annota potrebbe apparire del tutto sganciato da quello trattato nel paragrafo precedente poiché, come osservato dai giudici di Piazza Cavour, la peculiarità della fattispecie in commento si rinviene nella circostanza che "all'identificazione dell'indagato si è addivenuti non solo per mero raffronto del contenuto delle video riprese o dei fermi-immagine dalle stesse estrapolati con elementi esterni di confronto (nella specie: i cartellini foto segnaletici già a disposizione degli inquirenti), bensì attraverso una valutazione demandata a consulente tecnico officiato dal pubblico ministero".

A dire il vero, tuttavia, il sottofondo giuridico in cui si situano l'inutilizzabilità e la consulenza tecnica è sempre il medesimo. I due istituti ruotano in-

torno a un unico elemento probatorio - i frames estratti dai filmati -, contrassegnato dallo stesso vizio capitale: l'assenza, *ab origine*, delle videoriprese (cioè della base autentica di estrazione).

Le registrazioni (o meglio: i fotogrammi ottenuti dalle stesse) costituiscono sia il punto di partenza sia il punto di arrivo degli accertamenti tecnici sui quali è posta la totale attenzione, come dimostra il giudizio finale dell'elaborato del consulente del pubblico ministero, che riconosce la "piena compatibilità delle caratteristiche antropometriche di uno dei soggetti ripresi all'interno della piantagione con quelle dell'odierno ricorrente".

Il riferimento a "uno dei soggetti ripresi" è un'ammissione esplicita che dalle videoriprese non ci si è allontanati affatto. Banalmente, non essendo presenti elementi ulteriori che possano concretizzare di per sé e in via autonoma i presupposti della cautela, si finisce per dimenticare o, semplicemente, soprassedere sulla mancanza dei supporti videoregistrati e sulla conseguente impossibilità per le parti di confrontarsi con il video originale (35).

Difatti la Corte, dopo aver premesso la centralità del ruolo dell'esperto (36), individua la "grave omissione argomentativa" dell'ordinanza impugnata nel fatto che le considerazioni critiche sollevate dalla difesa, corroborate anch'esse da una consulenza tecnica di parte, siano state liquidate con "scarne e anodine notazioni".

Così facendo, però, si "aggira" la questione dell'inutilizzabilità e si sposta il problema dell'effettività del controllo giudiziale sulla tematica, meno ostica, della completezza valutativa dell'organo giudicante. A questo proposito la Cassazione gli ricorda - ma non è una novità (37) - che non può in nessun caso omettere di approfondire gli elementi di criti-

in *Cass. pen.*, 2013, 2, 485B, la quale rileva che "la violazione di legge in tema di prova richiama immediatamente l'inutilizzabilità (...) introdotta nel codice del 1988 con il precipuo scopo di effettuare una scelta decisa in relazione all'estromissione dal procedimento delle prove viziate [in quanto] negli intendimenti dei *conditores*, doveva trattarsi di un regime *ad hoc* finalizzato ad evitare che vizi anche gravi ricadessero all'interno della nullità e, conseguentemente, risultassero sanabili o comunque soggetti a limiti di deducibilità".

(34) *Cass.*, Sez. VI, 7 dicembre 2011, n. 45880, in *CED*, 251182. Analogamente: *Cass.*, SS.UU., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, 3945, con note di F. Ruggieri (*Riprese visive e inammissibilità della prova*) e M. L. Di Bitonto (*Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*); *Cass.*, Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 43654, in *CED*, 250850; *Cass.*, Sez. VI, 25 ottobre 2011, n. 38673, in *Cass. pen.*, 2012, 1406; *Cass.*, Sez. V, 3 giugno 2011, n. 22270, *ivi*, 2012, 1450; *Cass.*, Sez. I, 24 maggio 2011, n. 20547, *ivi*, 2012, 1821; *Cass.*, Sez. III, 8 settembre 2010, n. 32950, *ivi*, 2011, 3948.

(35) Così è stata vanificata la possibilità, per la difesa (ma

anche per l'accusa), di verificare la valenza dimostrativa degli unici elementi sui quali è fondata la misura cautelare. È in questo frangente che si forma l'incostituzionalità della prova e, quindi, la sua inammissibilità per violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

(36) Testualmente, nel corpo della pronuncia, si legge: "la centralità di tale passaggio pare indubbia, atteso che il mancato esame visivo diretto dei filmati da parte di G.I.P. e Tribunale è stato ritenuto superfluo proprio in virtù di un apprezzamento, ritenuto affidabile perché eseguito da soggetto esperto, dei risultati delle video riprese stesse".

(37) *Ex plurimis*: *Cass.*, Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 31362, in *CED*, 264938; *Cass.*, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 3742, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 247; *Cass.*, Sez. I, 15 novembre 2011, n. 4777, *ivi*, 2013, 3, 1137; *Cass.*, Sez. II, 13 marzo 2008, n. 13500, *ivi*, 2009, 5, 2080; *Cass.*, Sez. VI, 28 febbraio 2005, n. 13919, Baccharini, *ivi*, 2006, 2140; *Cass.*, Sez. II, 6 dicembre 1996, Dicasona, in *Foro it.*, 1997, II, 557. Il vaglio approfondito dell'autorità giudiziaria presuppone che le contestazioni difensive non si risolvano in posizioni meramente negatorie o defatigatorie, le

ca e di confutazione del quadro indiziario che provengono dalla difesa.

Insomma, la presenza di prove scientifiche devia l'interesse del Tribunale, prima, e della Suprema Corte, poi, dalla questione principale: la fonte di prova che in questa vicenda "tutto move" (38) è processualmente inesistente.

In questi casi la comprensibile, seppur criticabile, salvaguardia di un elemento probatorio schiacciante acquisito con modalità non ortodosse (39) non può avvenire, giacché la violazione di legge incide sull'attendibilità probatoria.

L'acquisizione (come prova atipica) dei *frames* in mancanza delle videoriprese originali si scontra con il *clické* secondo cui, in materia di diritti fondamentali, quando il codice non prevede una disciplina apposita "è tutto vietato salvo ciò che è espressamente consentito, nei casi e modi stabiliti dalla legge per fini legittimi del processo penale" (40).

Ricorrere all'art. 189 c.p.p. per introdurre stralci di filmati la cui "visione è stata compiuta unicamente dal personale di polizia giudiziaria addetto alle indagini" significa consentire l'utilizzo di una prova atipica manifestamente lesiva del diritto di difesa e del contraddittorio, considerato che il grado di attendibilità probatoria - "pur senza addivenire a rigidi automatismi - può mutare in ragione (...) della disponibilità della fotografia o del fotogramma [o

della ripresa, come nell'ipotesi in esame] sulla base della quale è operato il riconoscimento" dell'indagato (41).

Come si è già avuto modo di osservare (42), si sarebbe dovuto rilevare l'inutilizzabilità di un elemento di prova chiaramente incostituzionale.

All'opposto, su di esso si è altresì incentrato il dibattito scientifico fra i consulenti, chiamati a verificare la compatibilità antropometrica del ricorrente con i tratti caratteristici degli individui ripresi e immortalati nei fotogrammi.

È in questo passaggio che la violazione di legge, legata alla provenienza dei fermo-immagine, viene dissolta e fatta scomparire all'interno del vizio di motivazione.

Nell'ambito di una simile operazione, la discussione sulla completezza della valutazione giudiziale assorbe qualsiasi altra illegittimità del panorama probatorio (43). Si circoscrive ogni vizio processuale ai soli vizi attinenti l'inadeguatezza della motivazione in punto di prova scientifica (44), ma si trascura che quest'ultima si fonda proprio su uno di quegli elementi che sono stati per così dire "assorbiti e dissolti": la genesi di quei *frames* sui quali si incentrano le consulenze e sui quali, non sussistendo altre prove, si regge l'imputazione.

Anche il test di resistenza, al quale i giudici ricorrono in sede di impugnazione (45), è condizionato dallo stesso errore prospettico: si vuol recuperare

quali possono ritenersi assorbite nel complessivo apprezzamento compiuto dal giudice, pure a fronte di una motivazione sintetica; sul punto: Cass., Sez. IV, 22 aprile 2010, n. 27379, in *CED*, 247854; Cass., Sez. II, 13 marzo 2008, Palermi, *ivi* 239760; Cass., Sez. IV, 27 giugno 2006, n. 29999, *ivi* 234820; Cass., Sez. IV, 10 giugno 2003, n. 34911, *ivi* 226289.

(38) Il riferimento, allegorico, è alla "gloria" dantesca (A. Dante, *Divina Commedia*, Paradiso, I, 1-3). Come quest'ultima, le videoregistrazioni "muovono" tutte le altre risultanze processuali poiché da esse dipendono. Per proseguire con la metafora, si rileva poi che le videoriprese "risplendono" allorché se ne valorizzano i fermo-immagine estratti (i quali fondano la misura cautelare), mentre vengono adombrate quando, anziché essere utilizzate per verificare la conformità dei fotogrammi con il filmato originale, si preferisce bypassarne l'assenza rifugiandosi negli apprezzamenti delle consulenze tecniche (che pure si sviluppano interamente e unicamente sui *frames*).

(39) Si allude alla tendenza sostanzialista di cui è portavoce quella giurisprudenza che ammette la prova, facendola salva anche se frutto di una violazione della legge processuale; e che, al tempo stesso, non manca di sanzionare l'autore della trasgressione, nei cui confronti si procede in via disciplinare: Cass., SS.UU., 20 ottobre 2009, n. 40583, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 503; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2009, Raso, in *CED*, 249021.

(40) C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in questa *Rivista*, 781 ss. In merito all'art. 189 c.p.p., l'Autrice rileva che si tratta di una disposizione che "serve per introdurre quelle sole prove atipiche

che non siano lesive di norme costituzionali e che dunque non richiedono una disciplina legislativa espressa. Letta su questo sfondo, la disposizione in oggetto non ha la funzione di aprire il sistema, bensì di chiuderlo. Una simile esegesi dissipa le nubi che il concetto di prova incostituzionale porta con sé e lo riconduce a un divieto probatorio implicito che si ricava da ciò che il codice non prevede".

(41) Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 17747, in *D&G*, 4/2017.

(42) Alle osservazioni già sviluppate, è opportuno aggiungere l'argomentazione analogica secondo cui, come avviene per la chiamata di correo o per la testimonianza *de relato*, l'impossibilità di riscontro (con altri elementi, nel caso del correo; con il teste diretto, nel secondo caso) induce a considerare la prova (nell'ipotesi *de qua*, i fotogrammi estratti dalle videoriprese, dei quali non si può verificarne la conformità per la totale assenza, *ab origine*, dei supporti videoregistrati) una non prova.

(43) Nella pronuncia si legge testualmente che "quel che viene in discussione nel caso in esame non è, come sostiene il ricorrente, l'effettività del controllo giudiziale sul contenuto degli atti posti a sostegno della domanda cautelare (...) quanto la completezza della valutazione giudiziale".

(44) Per un approfondimento su ammissione, uso e valutazione delle conoscenze scientifiche in ambito processuale, si veda P. Moscarini, *Lo statuto della "prova scientifica" nel processo penale*, in questa *Rivista*, 2015, 649 ss.

(45) La c.d. prova di resistenza consiste nel valutare se la motivazione del provvedimento impugnato resta in piedi una volta eliminato l'elemento viziato. Se la pronuncia non è basa-

l'attendibilità dei fotogrammi (dei quali non è dato controllare né la conformità all'originale né la sorgente d'origine) attraverso degli accertamenti tecnico-scientifici che danno per presupposta la bontà di una prova che è irrimediabilmente viziata (46).

Tuttavia, se si tralascia questa incongruenza argomentativa, la sentenza annotata diventa senz'altro apprezzabile nell'applicazione che essa fa dei principi elaborati in tema di prova scientifica e autonoma valutazione cautelare.

I giudici di legittimità cassano l'ordinanza che si è appiattita sulle conclusioni del consulente dell'accusa e che ha liquidato le affermazioni difensive, pure confortate da una consulenza tecnica di parte, dandone una valutazione scarna e anodina (47).

La S.C., però, non si spinge a definire come il giudice debba districarsi nel complicato rapporto tra scienza e diritto, ma si arresta a sottolineare che, tanto per le prove scientifiche quanto per le prove "comuni", non deve mai mancare "la dovuta considerazione e l'approfondita valutazione di quegli elementi di critica e confutazione del quadro indiziario provenienti dalla difesa dell'indagato, la cui omissione comporta violazione dell'art. 292, co. 2-ter c.p.p."

ta sulla prova inutilizzabile, l'impugnazione - per quanto fondata - non merita accoglimento poiché si rivela priva di interesse per il ricorrente, il quale non può comunque raggiungere il proprio scopo, dato che l'atto rimane comunque "intatto": Cass., SS.UU., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1951; Cass., Sez. V, 15 luglio 2008, Rizzo, in *CED*, 241299.

(46) La totale mancanza delle videoriprese è un danno che si ripercuote sia sull'attendibilità dei fermo-immagine, sia sull'esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio nell'ipotesi in cui, come difatti è accaduto, i suddetti fermo-immagine vengono acquisiti al processo.

(47) D'altro canto, il valore probatorio delle indagini difensive (anche in materia scientifica) è espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza, secondo cui "la nuova disciplina delle indagini difensive [l. 397/2000], nel prevedere un'ampissima possibilità per i difensori delle parti private di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa, sia nella fase delle indagini e dell'udienza preliminare, che in quella dibattimentale" (Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, n. 13552, in *Cass. pen.*, 2003, 1248). Sul punto: Cass., Sez. II, 17 ottobre 2007, n. 43349, *ivi*, 2009, 1, 266; Cass., Sez. II, 27 maggio 2008, n. 286620, *ivi*, 2010, 3923; Corte cost., sent. n. 194 del 2009, *ivi*, 10, 3691; Cass., Sez. VI, 3 aprile 2012, n. 15701, in *CED*, 2012 (nella quale, in particolare, si afferma: "il giudice ha l'obbligo di procedere non solo all'acquisizione, ma anche alla valutazione degli elementi di prova raccolti dal difensore in favore del proprio assistito. Ne deriva che nell'ipotesi in cui l'organo giudiziario disattenda tali istanze è tenuto ad una motivazione circa le ragioni che hanno portato ad escludere il rilievo alle prove assunte dalla difesa. Ciò detto si rileva, dunque, apparente e contraddittoria la motivazione adottata dal Giudice che, nonostante le avverse istanze difensive, dato atto di non aver potuto o saputo tecnicamente ascoltare la fonte diretta delle intercettazioni, per difetto di adeguata apparecchiatura

Tali affermazioni presentano chiare venature di una concezione post-positivistica della scienza, secondo cui è necessario abbandonare il principio di verifica e ricorrere al falsificazionismo popperiano (48); il quale, se tradotto in campo giuridico, presuppone il contraddittorio e il carattere dialogico della motivazione.

Il giudice, a seguito del confronto fra le parti (49), deve rendere conto sia del conflitto sulle prove sia del conflitto sulle ipotesi, affinché nella parte motiva del provvedimento non si disperda nulla di quanto emerso dalla dialettica processuale.

A ben vedere, l'ordinanza impugnata viene annullata proprio per la carenza del suo apparato giustificativo, dal quale si desume che i giudici hanno preso in considerazione solo le prove a favore della ricostruzione accusatoria e non hanno doverosamente soppesato le prove contrarie fornite dalla difesa.

La superficiale comparazione fra le consulenze tecniche ha comportato la violazione dell'art. 292, comma 2 *ter* c.p.p. (50) perché anche quando si ha a che fare con la prova scientifica deve sempre esserci, come per tutte le altre prove, un'approfondita valutazione atomistica seguita da una altrettanto approfondita valutazione molecolare degli

elettronica, abbia per ciò solo privilegiato la versione contenuta nel brogliaccio, professando maggior fede in essa, poiché espressa dal personale della polizia giudiziaria qualificato e preparato a tale attività").

(48) C. Conti - P. Tonini, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, II, 165 ss. La svolta falsificazionista, avvenuta in campo filosofico, costituisce uno dei capisaldi del moderno approccio conoscitivo dell'uomo. La scoperta che, a differenza delle leggi della fisica, ogni costruzione umana è piena di potenziali smentite comporta che, in ambito processuale, il contraddittorio rappresenti l'unico strumento per garantire il giusto processo. Nella dialettica fra le rispettive tesi, le parti si assumono la responsabilità delle proprie azioni e con i mezzi a loro disposizione perseguono gli interessi di cui si fanno portavoce. In materia di prova scientifica, si veda C. Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011.

(49) Nel caso in cui il confronto tra le parti non ci sia ancora stato, l'autorità giudicante deve comunque sforzarsi di ricreare nella propria mente una sorta di "contraddittorio ideale", facendo del ragionamento falsificazionista il modo tipico di ragionare. L'imprescindibile schema binario (o dialogico) di ipotesi e contro-ipotesi è imposto dalla stessa struttura argomentativa dell'art. 292 c.p.p., che pretende un'"autonoma valutazione" del giudice, il quale "faccia le veci della parte assente, cioè anticipi il potenziale contraddittorio e si cali nel punto di vista dell'accusato" poiché l'antidoto alla mancanza di contraddittorio anticipato è una motivazione a struttura dialettica (cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 376).

(50) L'importanza della disposizione è indubbia, tanto che il legislatore ha ritenuto di specificare sia al comma 2, lett. c *bis*) sia al comma 2 *ter* la necessità che il giudice valuti autonomamente la rilevanza degli elementi forniti dalla difesa.

elementi sfavorevoli e degli elementi favorevoli all'indagato, secondo i criteri previsti dall'art. 192 c.p.p.

Calando il discorso nella fattispecie che si commenta, sebbene per il giudice sia certamente meno azzardato confidare sulle risultanze di una consulenza tecnica riguardante fotogrammi estratti da videoriprese piuttosto che su una consulenza avente ad oggetto comunicazioni estrapolate dal contesto in cui queste sono avvenute - giacché le immagini, contrariamente alle parole, difficilmente sono dei falsi positivi (51) -, nondimeno l'ordinanza rimane viziata. Il problema, infatti, è che la valutazione del giudice deve essere completa, non potendo privilegiare *ad libitum* le osservazioni di un esperto a discapito di un altro senza fornire di ciò un'adeguata spiegazione (52), la quale - come ribadisce la Corte - non può certo rinvenirsi in "scarne e anodine notazioni" di appena quattro righe.

c) Completezza della valutazione cautelare

Quanto finora detto mostra il duplice e insanabile pregiudizio che ha inficiato il compendio probatorio dal quale è estratta la decisione cautelare.

Da un lato, l'aver impedito l'accesso ai file registrati ha viziato il diritto di difendersi in modo pieno ed effettivo poiché il consulente nominato dalla difesa - ma lo stesso vale per il consulente dell'accusa - ha lavorato non sulle videoriprese originali,

bensì sui fermo-immagine selezionati dalla polizia giudiziaria. L'elaborato tecnico si è visto in partenza limitato nella possibilità di contestare la conformità e la provenienza dei *frames* ed ha finito per compiersi su una prova "di seconda mano".

Dall'altro lato, l'inesistenza agli atti processuali dei filmati ha reso *in nuce* impossibile quella "completezza della valutazione" pretesa dalla legge e dagli stessi giudici di legittimità.

Presentare una sola parte della registrazione (cioè, i fotogrammi scelti) quando questa è fin dall'inizio mancante e irrecuperabile, significa fornire al giudice non soltanto una conoscenza parziale, ma addirittura diversa, alterata e finanche fuorviante (53).

E la riprova di ciò è costituita dalla rilevata violazione dell'art. 274 c.p.p., diretta conseguenza di una ricostruzione accusatoria incompleta che ha fatalmente inciso sulla valutazione giudiziale.

Al riguardo, la giustificazione dell'attualità e concretezza del pericolo di reiterazione di reato, anziché essere tarata puntualmente e specificamente sul ricorrente, valorizza nientemeno che la pericolosità di un co-indagato. In questo modo, la Cassazione si allontana dal principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) per poi disperdersi nel richiamare arresti giurisprudenziali non confacenti, i quali - come osservano i giudici di legittimità - "non possono di per sé assolvere alla

(51) Un esempio può forse chiarire ciò che si vuol dire. Se pensiamo alle conversazioni telefoniche che ogni giorno abbiamo con amici o conoscenti, ci accorgiamo che spesso finiamo per esprimerci con frasi colorite se non iperboliche, che sono il frutto dello scambio di battute del momento e che potrebbero benissimo essere fraintese se estrapolate dalla globalità di quel dialogo. Differentemente, se veniamo ripresi mentre teniamo un determinato comportamento, è molto difficile che questo sia frutto di un'esagerazione o di un'azione estranea a quanto effettivamente stiamo facendo. In un caso (quello della telefonata), siamo immersi nel mondo dell'immaginazione, ambito astratto nel quale ci è possibile spostarci ovunque con il pensiero (e così passare, senza alcuno scarto apparente, dal parlare di ciò che abbiamo davanti gli occhi ai futuri programmi della giornata oppure raccontare qualunque altra storia ci venga in mente). Nell'altro caso (quello dell'agire concreto), ci troviamo a dover "fare i conti con la realtà materiale", la quale ci impedisce di infrangere quei limiti oggettivi costituiti dall'ambiente in cui ci si trova: eccetto casi particolari (come, ad esempio, durante una recita), è improbabile che una persona finga di fare una cosa al posto di un'altra. Conseguentemente, la contestualizzazione è essenziale per l'intercettazione (così da poter decifrare la realtà immaginata in cui si innesta il colloquio) mentre, seppur utile, non è indispensabile per la videoripresa perché i comportamenti immortalati sono semplicemente quello che appaiono. Pertanto, il giudice può confidare nella maggiore attendibilità intrinseca di una consulenza che abbia analizzato delle videoriprese rispetto ad una consulenza che abbia analizzato delle comunicazioni intercettate. In merito alla *realtà duale* (oggettiva e immaginaria) del pensiero umano, si veda Y. N. Harari, *Da animali a dèi*, Bompiani, Milano,

2014, 34 ss. A conclusioni analoghe, sebbene frutto di un percorso logico un poco diverso, giunge Cass., Sez. VI, 19 novembre 2013, n. 5064, in *CED*, 258767, ove si legge che è importante "l'accesso diretto alle registrazioni per interpretare e valutare l'effettivo significato delle parole e delle frasi registrate, risultando "spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione"; problemi questi ultimi che, per definizione, non si pongono per le videoregistrazioni non comunicative".

(52) Sul ruolo del giudice dinanzi alla prova scientifica, si veda: Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1670 (in motivazione). Sulla completezza della valutazione cautelare, si veda: Cass., Sez. VI, 9 luglio 2015, n. 31371, in *Foro it.*, 2016, 1, II, 25.

(53) Che non si tratti soltanto di affermazioni di principio, lo si può dimostrare richiamandosi alle recenti pronunce in materia di D.A.SPO calcistico. In questi casi, i giudici hanno avuto praticamente sempre la necessità di visionare direttamente i filmati originali perché i fotogrammi estrapolati dalle sequenze video sono immagini sgranate che non permettono di riconoscere alcuni particolari del soggetto ripreso, come ad esempio i tatuaggi. Il fatto che nel procedimento in esame si sia disposta una consulenza tecnica, dimostra la bontà di queste affermazioni in merito alla difficoltà di identificare il ricorrente a partire dai fermo-immagine. Questa evenienza, però, conferma altresì la lesione irreparabile dei diritti costituzionali di difesa e del contraddittorio: l'assenza delle videoregistrazioni ha privato irrimediabilmente le parti e il processo della prova sulla quale l'imputazione si sorregge.

funzione di dar corpo a un'argomentazione del tutto omessa".

In ogni caso, l'epilogo decisivo non avrebbe potuto essere diverso considerata l'insussistenza di elementi specifici dai quali desumere l'attuale e concreto rischio di reiterazione di reato, per giunta a fronte di fatti accaduti quasi due anni e mezzo prima l'adozione della cautela (54).

Per tale motivo, riteniamo che la carenza motivazionale rinvenuta a valle sia riconducibile a una insufficienza già presente a monte dell'intero procedimento *de libertate*.

La mancanza delle registrazioni originali dalle quali sono estratti i fotogrammi, se si tiene altresì conto dell'assenza di ulteriori elementi a carico dell'indagato, avrebbe dovuto trattenere l'accusa dal formulare una richiesta cautelare su un complesso probatorio così fragile e limitato.

Un simile senso di incompiutezza lo si avverte pure nelle conclusioni della S.C., che ha riconosciuto solo il vizio di motivazione e non anche la violazione di legge. La decisione non soddisfa appieno perché poteva essere più incisiva e stigmatizzare la gravità di un'omissione che svilisce diritti di portata costituzionale.

L'attuale assetto normativo impone che la qualità del ragionamento giudiziale sia sempre la medesima, in ogni fase procedimentale. Quello che muta sono gli standard probatori, non l'approccio cognitivo dell'organo giudicante. In questa prospettiva, è inaccettabile che la sensibilità del giudice possa venir circoscritta, già in partenza, dalla discrezionalità degli agenti di polizia giudiziaria, com'è avvenuto nel caso di specie.

Soprattutto ove si consideri la tendenza legislativa dell'ultimo ventennio in materia cautelare, segnata dalla progressiva equiparazione dello schema motivazionale dell'ordinanza alla struttura della sentenza dibattimentale (55), non ci si può permettere di coltivare la vecchia idea secondo cui le "vere" prove si formano unicamente in dibattimento mentre

ciò che si raccoglie al di fuori di esso rappresenta un elemento probatorio debole e parziale.

Questa mentalità conduce a trascurare l'importanza delle operazioni che si svolgono durante le indagini preliminari, fase che "conta e pesa" (56) eccome, ove è massima l'esigenza che nulla venga disperso, inquinato o in qualche modo censurato, per non assistere a episodi analoghi a quello che si è commentato.

Nota conclusiva

Al fondo di queste osservazioni sta il rilievo critico secondo cui la S.C. alle volte consente prassi giurisprudenziali non del tutto commendevoli poiché - come dimostra la sentenza annotata - se da una parte si esaltano le regole garantiste (ribadendo la centralità dell'autonoma e completa valutazione cautelare), dall'altra parte quello stesso garantismo si tenta in qualche modo di eluderlo o di ridimensionarlo oltremisura (allorché si ammette l'utilizzabilità di quanto estrapolato da intercettazioni o videoriprese non depositate, della cui fonte originaria non si ha, e non si è mai avuta, disponibilità). Sembrano allora venir meno quelle virtù sistematiche e ordinatrici che non possono certo costituire appannaggio esclusivo della dottrina ma debbono essere condivise anche dall'ordinamento giurisdizionale nel suo complesso.

Il contrasto teorico e la contrapposizione fra punti di vista e interessi diversi rappresentano la quotidianità per ogni operatore giuridico, sospeso tra la contingenza del caso concreto e la generalità delle disposizioni normative che si trova a interpretare. La contraddizione, invece, crea uno squilibrio che altera (fino alla rottura) la stabilità del sistema e ne compromette le fondamenta.

Una struttura teorica - qual è quella disegnata dal nostro codice di procedura penale - può ospitare al suo interno soltanto quelle idee e quelle formulazioni concettuali che siano compatibili con i principi che la contraddistinguono (57). Intrapresa una

(54) Secondo la più recente giurisprudenza, "in tema di esigenze cautelari, l'art. 274, lett. c) c.p.p. - nel testo introdotto dalla l. 16 aprile 2015 n. 47 - richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale; ne deriva che non è più sufficiente ritenere altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, ma è anche necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti della stessa specie" (Cass., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 10516, in *D&G*, 2017, 3. Analogamente: Cass., Sez. VI, 11 maggio 2016, n. 21350, in *Cass. pen.*, 2016, 11, 4169; Cass., Sez. III, 19 maggio 2015, n. 37087, in *D&G*, 2015, 9; Cass., Sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, in *CED*,

264902; Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2015, n. 1406, *ivi* 265916).

(55) In dottrina: F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 109; P. Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2016, 456; D. Truppa, *Considerazioni sparse sull'attuale sistema cautelare personale*, in *Quest. giust.*, 2014, 35. In giurisprudenza: Cass., SS.UU., 30 maggio 2006, n. 36267, in *Guida dir.*, 2006, 44, 50, con nota di G. Frigo; Cass., SS.UU., 22 marzo 2000, n. 11, Audino, in *Cass. pen.*, 2000, 2238; Cass., SS.UU., 21 aprile 1995, Costantino, in *CED*, 202002.

(56) A. Camon, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in questa *Rivista*, 2017, 4, 425 ss.

(57) L'interpretazione giuridica di un fatto deriva da un atto

Giurisprudenza

Processo Penale

strada, quella del garantismo tipico del modello accusatorio (seppur temperato), le interpretazioni del giurista devono inserirsi coerentemente in tale contesto.

Non mancheranno certo oscillazioni e bilanciamenti fra le opposte pretese dato che “nessun diritto è tiranno” (58), ma questi potranno ritenersi legittimi solo se avverranno in un “gioco di parti”, eventualmente sorretto dal giudice, che si sia svolto secondo le regole e non al di là delle regole perché ogni azione giuridicamente rilevante deve comunque ricomporsi nell’alveo della legalità processuale.

Pertanto, in un’ottica di uniformità e logicità del sistema, l’aggiustamento continuo fra esigenze di giustizia sostanziale e tutele difensive non può avvenire attraverso chiavi di lettura ogni volta differenti, ma deve ispirarsi *definitivamente* alla garanzia costituzionale della presunzione di innocenza (59). L’art. 27 Cost. *orienta*, difatti, l’intero impianto procedimentale penale e se il giudice svia l’indicazione del Costituente il rischio è che, sognando di farsi Dio, finisca - come il Faust di Marlowe o di Goethe (60) - per vendersi alle astuzie del diavolo.

(arbitrario) del soggetto che interpreta la disposizione - astraendola, a partire dal caso concreto - ed assume validità nel sistema *solo se* si inserisce in modo uniforme tra le altre regole. Per una considerazione complessiva sul ruolo della scienza giuridica, intesa come disciplina volta a strutturare uno “schema normativo” logicamente valido, si veda: A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in A. Mazzei - T. Opocher, *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, Padova, 2011, 119 ss.

(58) Corte cost. 9 marzo 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 441.

(59) Con ciò, non s’intende aderire a tesi esasperatamente innocentiste a scapito di quelle colpevoliste giacché qualsiasi eccesso è, in sé, deleterio. Semplicemente, si prende atto di una scelta fondamentale compiuta dai Padri Costituenti, ovverosia che “l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”. Si tratta di un principio che può benissimo trovare modulazioni e attenuazioni, ma che non può essere dimenticato e che, soprattutto, deve essere posto alla base di *ogni* analisi e di *ogni* ricostruzione processuale perché rappresenta il valore cardine del nostro sistema penale. La presunzio-

ne di innocenza è la chiave di volta dell’ordinamento ed ogni operazione che la eluda è illegittima poiché incrina la coerenza ordinamentale. Partire da un presupposto diverso dall’innocenza presunta sino a prova contraria presuppone muoversi/che ci si muova all’interno di un contesto giuridico completamente diverso, ispirato da altri principi e da altri valori, quando invece - e all’opposto - al giurista è consentito ragionare esclusivamente nei limiti della legge e non oltre (*praeter legem*) o contro di essa (*contra legem*).

(60) Eppure se il gesto disperato del Doktor Faust, che invoca Mefistofele e gli offre la propria anima pur di accedere alla conoscenza assoluta, è comprensibile (anzi: quasi ammirevole) nell’ambito del dramma perché lo scetticismo e l’ambiguità valoriale costituiscono l’essenza della tragedia, lo stesso non vale per quelle operazioni asistematiche e incoerenti compiute dalla giurisprudenza, la quale si colloca invece in un sistema armonico di valori che sono - a monte - ben definiti e che mira ad una verità (quella processuale) che non è esclusa in partenza, bensì ricercata con ogni sforzo e al di là di ogni ragione dubbia.