

LA PARTECIPAZIONE “PARZIALMENTE SMATERIALIZZATA”: IL GRIMALDELLO DEL CONSENSO A FAVORE DELL’ECONOMIA PROCESSUALE

di Eleonora A.A. Dei-Cas

(*Assegnista di ricerca in diritto processuale penale,
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*)

Sommario: 1. Introduzione: l’eccezione stabilizzata e, ora, “codicizzata”. – 2. Il nuovo “statuto” della partecipazione a distanza. – 3. Gli atti di indagine: della p.g. ... e del p.m. – 4. L’interrogatorio di garanzia. – 5. La convalida dell’arresto e del fermo. – 6. Ancora sulla videoconferenza in alternativa alla “rogatoria interna”: riesame e altre udienze camerali. – 7. L’istruttoria dibattimentale: il nodo del consenso delle parti. – 8. Qualche considerazione finale.

1. Se è vero che una delle caratteristiche che contraddistinguono l’essere umano (addirittura, «la sua migliore definizione»¹, secondo Dostoevskij) è l’attitudine ad abituarsi in fretta alle condizioni date, non era imprevedibile che gli anni di pandemia avrebbero irrimediabilmente prodotto un lascito tale da intaccare, per quanto concerne il nostro ristretto campo di interesse, pure il volto della giustizia penale. Anche senza emergenza sanitaria, l’abitudine all’uso di un mezzo – per quanto lo stesso possa essere inizialmente invisio ai più – tende a normalizzarlo e a stemperare i motivi di sfiducia². A riguardo, risultano esemplificative le parole di uno dei primi studiosi dell’IT e dell’IA collegati al mondo del diritto, Richard Susskind³, il quale riporta che, quando negli anni ’90 scrisse che nel futuro gli avvocati avrebbero utilizzato l’e-mail come strumento principe di comunicazione con i propri assistiti, venne sommerso dalle critiche indignate dell’avvocatura inglese.

¹ «Sì, l’uomo è resistente! È un essere che si abitua a tutto e questo, credo, è la sua migliore definizione»: F. Dostoevskij, *Memorie da una casa di morti*, trad. it. di M. Gallenzi, Milano 2023, 20.

² Già nel 2001 S. Quattrococo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, in *LP* 2001, 434, si chiedeva se «il tenore della discussione che ha accompagnato l’iter di conversione del d.l. 341/2000 [...] non [stesse] ad indicare l’avvenuta assimilazione dell’“anomalia” della video-conferenza nel panorama del processo penale ed a “consacrare” l’efficacia di simile strumento».

³ R. Susskind, *Online Courts and The Future of Justice*, Oxford 2019, 2-3.

Quanto detto è certamente vero (e non vi era nemmeno motivo per dubitarne *ex ante*⁴) per la partecipazione a distanza, che dal periodo della giustizia “in lockdown” ha ricevuto un impulso senza precedenti⁵, a diverse latitudini⁶ e non solo nel settore penale⁷.

D'altra parte, l'istituto in discorso, nato nell'alveo della legislazione emergenziale anti-mafia⁸, aveva vissuto nel nostro Paese, già prima che fosse imposto all'umanità di

⁴ Si vedano, tra gli altri, R. Aprati, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in www.sistemapenale.it, 23.2.2021, 131 ss.; S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, in PPG 2020, 1000; F. Ruggieri, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18.5.2020, 7.

⁵ Usa l'efficace similitudine della digitalizzazione della giustizia che avanzava a passo di biga, cui il covid ha inferto un colpo di frusta, A. Procaccino, *Between a rock and a hard place. La faticosa “digitalizzazione” del processo penale tra fonti tradizionali e soft law*, in CP 2021, 1432.

⁶ Sul punto, J. Della Torre, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in PPG 2021, 226 ss. Nella dottrina estera, ad esempio, A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, in *International Journal For Court Administration* 12(2)/2020, 1 ss. Per una valutazione comparativa del durante e del post-pandemia, si veda il sito (presieduto dallo stesso Richard Susskind) www.remotecourts.org.

⁷ Si allude all'introduzione, ad opera del d.lgs. 10.10.2022 n. 149, dell'art. 127-bis nel codice di rito civile, rubricato «Udienza mediante collegamenti audiovisivi», accompagnato dall'art. 196-duodecies NAttCpc «Udienza con collegamenti audiovisivi a distanza».

⁸ Il riferimento è ovviamente agli artt. 146-bis e 147-bis NAttCpc, in relazione ai quali, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano 1998; M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in DPP 1998, 158 ss.; Ead., *La teleconferenza*, in *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Milano 1999, 19 ss.; P. Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, III, coordinato da M. Montagna, Torino 2011, 983 ss.; D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano 2006; M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012; E. Marzaduri, *sub art. 2 l. 7.1.1998 n. 11*, in LP 1999, 877 ss.; A. Melchionda, *sub art. 146-bis NAttCpc*, in *Commento Chiavario, Aggiornamento IV*, Torino 1998, 165 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2012, 281 ss.; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti, L. Lupária Donati, Bologna 2020, 526 ss.; G.P. Voena, *L'esame a distanza*, in DPP 1998, 116 ss.; Id., *Il telesame*, in *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Milano 1999, 81 ss.

ragionare in termini di “*new normal*”, uno sdoganamento ad opera della riforma Orlando⁹, all’esito del quale ciò che prima era “eccezione” è divenuto “regola”¹⁰.

La riforma Cartabia¹¹, come si dirà a breve, ha fatto il resto, attribuendo per un verso dignità codicistica a ciò che, fino ad ora, era invece, «sapientemente “relegat[o]” dal legislatore nella normativa d’attuazione quasi a volerne sminuire la portata»¹² e, per l’altro verso, operando una lunga serie di interventi su norme regolanti singoli comparti e attività procedimentali.

Non è chiaramente questa la sede né per ripercorre i mutamenti che hanno interessato la disciplina negli ultimi decenni¹³, né tantomeno per tentare una

⁹ Ancora a titolo meramente esemplificativo, S. Buzzelli, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino 2018, 73 ss.; D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Milano 2017, 509 ss.; G. Di Chiara, «Come s’uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi. Atti del Convegno di Campobasso, 13-14 ottobre 2017*, Milano 2018, 125 ss.; A. De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *DPP 2017*, 1333 ss.; M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.12.2017; S. Lorusso, *La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il vulnus delle garanzie difensive*, in *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. Lorusso, Torino 2020, 147 ss.; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell’imputato in giudizio*, in *AP 2018 (supplemento al n. 1 del 2018. La giustizia penale riformata)*, 567 ss.; P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in www.penalecontemporaneo.it, 31.7.2017; S. Signorato, *L’ampiamiento dei casi di partecipazione a distanza dell’imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in www.la legislazione penale.eu, 20.11.2017; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, cit., 538 ss.

¹⁰ In questi termini anche A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell’imputato al dibattimento*, in *DPP 2018*, 458.

¹¹ Per i primi commenti, sotto il profilo che qui rileva, alla legge delega e al decreto delegato, G. Di Paolo, “*Riforma Cartabia*” e digitalizzazione del processo penale. *Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *RIDPP 2022*, 102 ss.; R. Lopez, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento a distanza*, in *PPG 2022*, 18 ss.; C. Minnella, *Remote justice, da eccezione a realtà sempre più crescente*, in *GD 2022* [45], 51 ss.; F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in *La Riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 86 ss.

¹² Come ricordava S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”*, in *DPenCont 2017*, 218.

¹³ Sulla riforma del 2000, che prorogava la durata della disciplina, seppure introducendo significativi mutamenti, si veda, per tutti, S. Quattrococo, *sub Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341*, cit., 428 ss.

Sull’estensione dell’esame e della partecipazione a distanza ai reati con finalità di terrorismo (con l’intervento normativo che rendeva l’istituto in parola non più “norma a tempo”), S. Quattrococo, “*Disposizioni urgenti di contrasto al terrorismo internazionale (d.l. 18.10.2001 n. 374)*”, in *LP 2002*, 70 s.; L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell’imputato al procedimento*, in *Il decreto “antiscarcerazioni”*, a cura di M. Bargis, Torino 2001, 135 ss.

ricognizione puntuale della estremamente farragginosa legislazione anti-coronavirus in materia, sulla quale, peraltro, la letteratura è ormai più che copiosa¹⁴.

Parimenti, non sembra neppure opportuno ribadire i termini del dibattito sviluppatosi, dagli anni '90, circa i *vulnera* inferti ai canoni fondamentali del processo equo – contraddittorio e immediatezza *in primis* –, ad opera di una partecipazione “mediata” dallo schermo, e alla formazione della prova in dibattimento¹⁵. A tal riguardo, invero, pare essersi scatenata in dottrina una “guerra di religione” (a che ne dicano i partecipanti), tra una fazione, la più nutrita¹⁶, impegnata in una strenua quanto meritoria difesa dei valori costituzionali, contro i rischi provenienti (anche) dal

¹⁴ E. Amodio, E.M. Catalano, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in www.sistemapenale.it, 20.5.2020; G. Barone, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *CP* 2021, 698 ss.; M. Bontempelli, *Emergenza covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2021; C. Di Bugno, *L'amministrazione della giustizia alla prova della pandemia: brevi riflessioni sul (difficile) rapporto tra misure a tutela della salute e processo penale*, in www.la legislazione penale.eu, 17.5.2020; M. Gialuz, J. Della Torre, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in www.sistemapenale.it, 9.11.2020; L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *DPP* 2020, 920 ss.; L. Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *DPP* 2020, 910 ss.; E.M. Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del CODIV-19*, in www.giurisprudenzapenale.com, 10.5.2020; S. Lorusso, *Il cigno nero del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 11.5.2020; L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in www.discrimen.it, 26.4.2021; G. Pestelli, *Le attività di indagine e di udienza “da remoto” nel c.d. decreto Ristori*, in *DPP* 2021, 160 ss.; F. Ruggieri, *op. cit.*, 1 ss.; L.G. Velani, *Gestione dell'emergenza covid-19 e processo penale: un prodotto discutibile destinato a imporsi stabilmente?*, in www.la legislazione penale.eu, 7.5.2020.

¹⁵ Per l'analisi di questi, fondamentali, profili, si rinvia, per tutti, a M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., 14 ss.; e a D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 451 ss.; Id., *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 282 ss. Volendo, si veda E.A.A. Dei-Cas, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 7.4.2022, cui si rimanda anche per la trattazione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea che si è espressa in materia. Sul tema, si veda anche R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *RDP* 2021, 815, il quale, trattando delle differenti ricadute di videoregistrazioni e videoconferenze, puntualizza che, a differenza delle prime (che realizzerebbero una forma di scrittura «arricchita» (in particolare, a p. 816, nota 18), «l'esame testimoniale in videoconferenza è manifestazione di immediatezza, atta ad assicurare un contraddittorio “per” la prova, benché in forma velata e meno pregnante dell'esame in presenza» (corsivo dell'Autore).

¹⁶ M. Bontempelli, *Imputato e difensore nel processo “a distanza”*, in *L'emergenza covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità. Atti del II convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, 15-18 marzo 2021*, a cura di M. Biasi, F. Ferraro, D. Greco, S. Zirulia, Milano 2021, 33 ss.; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in www.archiviopenale.it, 4.4.2020; F. Ruggieri, *op. cit.*, 5.

«tecno-inquisitorio»¹⁷, e dei “rituali” propri del processo penale¹⁸ e un'altra parte che glorifica i prodigi, sotto il profilo dei risparmi di costi e di tempo, del progresso¹⁹. Al centro, si posizionano poi quegli autori²⁰ che richiamano la comunità degli studiosi e degli operatori del diritto all'imperativo di fare seriamente i conti con il nuovo, senza posizioni preconcepite, ma rimanendo *open minded*²¹, al fine di vagliare con lucidità quanto di positivo se ne possa trarre²², senza in alcun modo «idolatrare la tecnica»²³, da una parte, e tenendo sempre presente il *gap* tra come i diritti costituzionali appaiono *on books* e come invece risultano *in action*²⁴, dall'altra parte.

Opinione, quest'ultima, che trae linfa guardando alle fonti sovranazionali, specie in tema di cooperazione giudiziaria tra Stati ove l'impiego dei *link* è quanto mai utile e opportuno²⁵.

¹⁷ Il termine è stato utilizzato, di recente, da Daniele Negri durante la presentazione del Convegno di Ferrara, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, del 15.12.2022. La registrazione è visibile al link <https://www.radioradicale.it/scheda/684940/forme-riforme-e-valori-per-la-giustizia-penale-futura-prima-giornata>.

¹⁸ L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, cit., 19. Sul tema, anche M.R. Guglielmi, *Quel “rito” al quale non possiamo facilmente rinunciare*, in www.dirittodidifesa.eu, 22.4.2020.

¹⁹ Principalmente, L. Poniz, *Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento*, in www.giurisprudenzapenale.com, 10.5.2020, e L. Ponzoni, *Unorthodox: in favore del processo penale da remoto*, in www.discrimen.it, 28.4.2020.

²⁰ Tra questi B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, Milano 2022, la quale, a 218, sottolinea come «[l]’integrazione, limpida e meditata, di queste ulteriori vie di realizzazione delle investigazioni nella trama del codice potrebbe insomma migliorare la qualità del lavoro di tutti i protagonisti del procedimento [...] e l’efficienza complessiva del sistema, eliminando farraginosità che nulla aggiungono in termini di garanzie». Si vedano, inoltre, R. Aprati, *op. cit.*, 142, e S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., 1000 ss.

²¹ La richiesta che rivolge ai propri lettori R. Susskind, *op. cit.*, 3 e 255.

²² Si vedano, in tal senso, la Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, predisposta dalla Commissione Lattanzi, leggibile in www.sistemapenale.it, 25.5.2021, 16: «Oggi la tecnologia offre nuove forme di partecipazione, che non vanno escluse a priori, ma devono essere valutate con cura per verificare se e in che misura possano essere contemplate per garantire effettività al diritto di accesso al giudice, tanto all'imputato, quanto alle vittime del reato».

²³ Ammoniscono contro il rischio predetto persino A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it. a cura di M.R. Ferrarese, Bologna 2021, 104.

²⁴ A riguardo, S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., 1000 ss. Sul tema della distanza tra diritti proclamati e diritti effettivi, si veda magistralmente P. Ferrua, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *PPG* 2020, 7 ss.

²⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 11 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche.

Prima di allora, il d.lgs. 21.6.2017 n. 108, in attuazione della dir. 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, i cui artt. 18 e 39 sono rispettivamente rubricati «Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva» e «Richiesta di audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva». Su questi profili, in dottrina, M. Bolognari, *Le videoconferenze*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 257 ss.; S. Buzzelli, *Le videoconferenze transnazionali*, in *PPG* 2017, 326 ss.; R. Piccirillo, *Le videoconferenze*

Si tratta, insomma, di valutare se forme di partecipazione a distanza ad atti o alle udienze siano compatibili con un procedimento «“virtuoso”»²⁶, accogliendo così l’invito proveniente da un illustre Studioso, il quale suggeriva di impegnarsi nello «sforzo di rimeditare su taluni modi tradizionali di concepire certe garanzie, sempre badando a salvaguardarne intatto il nucleo più essenziale, ma senza escludere *a priori* che ne possa venire almeno parzialmente oscurata qualche componente del tradizionale bagaglio garantistico, e cercando piuttosto di “inventare” nuove componenti, *sostitutive*, o comunque *compensative*, delle “perdite”»²⁷.

Questo non prima, però, di aver esaminato quello che può essere definito il nuovo «statuto della partecipazione a distanza»²⁸.

2. Come già si è anticipato, la riforma in discorso ha anzitutto posto fine alla marginalità topografica che, fin dalla sua introduzione, angustiava la disciplina dei collegamenti a distanza, collocando nel libro II un apposito titolo – il II-*bis* – composto, appunto, dagli artt. 133-*bis* e 133-*ter* Cpp. Tra questi, il primo svolge un ruolo introduttivo, come se fungesse da *incipit* al secondo²⁹. La somma delle due disposizioni richiamate dà quindi luogo a una norma «“di genere”»³⁰, applicabile a tutti i casi di partecipazione “remotizzata”, in assenza di disposizioni speciali ad essa derogatorie; una nuova norma “paradigma”, in altri termini, come fosse l’equivalente “tecnologico” dell’art. 127 Cpp³¹. In essa sono stati trasfusi molti dei contenuti prima contemplati dall’art. 146-*bis* NAttCpp, talvolta con significative varianti.

e le conferenze telefoniche transnazionali, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di procedura penale all’Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, Milano 2019, 511 ss.

Prima ancora, con riguardo alla Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea del 29.5.2000, si vedano M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., 138 ss., e B. Piattoli, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano 2002, 175 ss.

²⁶ Richiamando il titolo del volume di Benedetta Galgani sopra citato.

²⁷ M. Chiavario, *La “videoconferenza” processuale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi in onore di Mario Pisani, II, Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Piacenza 2010, 98.

²⁸ F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 90.

²⁹ F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 91, fa notare che l’art. 133-*bis* si presenta simile, per funzione, al primo comma dell’art. 127 Cpp.

³⁰ Etichetta utilizzata, a proposito dell’art. 127 Cpp, da G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano 1994, 165.

³¹ In tal senso anche, F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 91.

Tra queste, in primo luogo, si ravvisa una «nuova tassonomia»³², che contempla sia il compimento di atti a distanza, sia la partecipazione a distanza al compimento dell'atto o alla udienza; sulla scia dell'esperienza acquisita durante l'emergenza sanitaria – e in linea con una riforma definita a «trazione anteriore»³³ –, l'uso dei *link* non è più appannaggio della fase dibattimentale, ma pure delle indagini.

Merita qui precisare che il delegato non si è spinto alla smaterializzazione completa: non vi è (o meglio: non vi è *ancora*³⁴) nel nostro ordinamento un *virtual hearing*³⁵, cui ogni attore o comprimario prende parte da luogo diverso; rimane, insomma, un fulcro spaziale individuabile nell'aula ove siede il giudice insieme all'ausiliario.

Conseguentemente all'estensione, dal punto di vista dell'arco procedimentale, del campo operativo, muta anche il soggetto chiamato a emettere il provvedimento, sotto forma di decreto motivato – avverso il quale non è consentita impugnazione – con cui si dispone il compimento dell'atto/la partecipazione all'atto o all'udienza a distanza: non più il presidente del Tribunale o della Corte d'assise, oppure il giudice nel corso del dibattimento, ma, genericamente, l'autorità giudiziaria. Detto decreto, se pronunciato fuori udienza, dovrà essere reso noto alle parti, nonché alle autorità interessate, unitamente al provvedimento che fissa la data per il compimento dell'atto o dell'udienza, «in ogni caso, almeno tre giorni prima della data suddetta»: sul punto si tornerà, trattando dei singoli istituti, poiché non sono pochi i casi in cui le peculiarità, caratterizzate da cadenze temporali normativamente imposte, impediscono il rispetto della regola il cui operare, secondo la dizione impiegata dal legislatore, dovrebbe essere generalizzato («in ogni caso», appunto).

Al pari della normativa previgente, poi, è prevista l'attivazione di un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza – oppure l'ufficio giudiziario, in virtù della variata latitudine della disciplina – e la postazione ove si trova la persona partecipante a

³² Lo ha rilevato B. Galgani, durante il già citato Convegno di Ferrara, la cui registrazione è visibile sul sito di radio radicale, al link indicato *supra*.

³³ G. Spangher, *Riforma Cartabia: un processo a “trazione anteriore”*, in *DPP* 2022, 1485 ss.

³⁴ D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 452, ad esempio, intravede un percorso già tracciato in quella direzione.

³⁵ Ad onore del vero, nella letteratura straniera la dizione in parola non viene sempre usata soltanto per alludere all'udienza del tutto smaterializzata: si veda, ad esempio, R. Susskind, *op. cit.*, 58 s., il quale distingue due ipotesi di *virtual hearing*, ovvero la forma totalmente e quella parzialmente dematerializzata.

A. Sanders, *op. cit.*, 3, invece, utilizza *remote-hearing* per significare «a court hearing where one, several or all participants including witnesses, experts, parties, advocates and judges are not present in one courtroom, but connected via telephone or video-conference systems», in alternativa a *video-hearings* laddove «all or some participants are connected through a video-conference system which allows participants to see each other using a camera».

distanza, che a essa viene equiparata. Ora come allora, l’espressa equiparazione sta a significare che siamo in presenza di cosa “altra” rispetto a quella che per secoli è stata la forma di celebrazione del rituale giudiziario.

Ma il cuore dello “statuto” della partecipazione a distanza è racchiuso nel comma 3. Qui si dice che il collegamento debba essere attuato «con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti all’atto o all’udienza e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di esse di udire quanto viene detto dalle altre». Rispetto al suo antecedente (l’art. 146-bis co. 3 NAttCp), è stato inserito un *caveat* che ha il sapore della tautologia³⁶ o, forse, della *excusatio non petita*. Come a dire, sapendo che lo strumento in questione non può – pure con l’utilizzo della più evoluta delle tecnologie³⁷ – essere equiparato in tutto e per tutto alla partecipazione mediante presenza fisica³⁸ nel “luogo sacro”³⁹ ove si celebra la giustizia, il legislatore ha sentito l’esigenza di ribadire l’ovvio, ovvero che i rituali della giustizia (in parte) «“despazializzata”»⁴⁰ devono essere compatibili con la regola aurea del

³⁶ A ben vedere, una simile previsione era stata inserita anche nella legislazione anticovid: si veda T. Alesci, *Processo da remoto*, in *DigDPen*, Agg. XI 2021, 568.

³⁷ Ci si rende conto che questa affermazione potrebbe attirare la critica di “miopia tecnologica” (uno dei tre *biases* descritti da R. Susskind, *op. cit.*, 43 ss.): in altri termini, in un futuro non troppo remoto, le nuove tecnologie (telepresenza, realtà virtuale, realtà aumentata e chissà cosa altro) consentiranno esperienze sensoriali prossime al reale, in grado di coinvolgere non solo vista e udito ma anche tatto e olfatto (delle tecnologie citate tratta R. Susskind, *op. cit.*, 254 ss.). Sia consentito comunque avanzare perplessità sul fatto che partecipare tramite questi strumenti consenta “l’esperienza comune della giustizia” di cui parlavano A. Garapon, J. Lassègue, *op. cit.*, 148 («La tecnica impoverisce l’esperienza della giustizia, che diventa un coordinamento di propositi tenuti separati, anche se nell’immediato diventano oggetto di scambio. Non c’è più un’esperienza comune, un vissuto condiviso») e che, di recente, è stata plasticamente descritta da Emmanuel Carrère in *V13*, libro che narra l’esperienza di mesi e mesi passati sulle scomode panche dell’aula (la «scatola», situata nell’Île de la Cité) allestita per processare i terroristi del Bataclan. «Sapevo, sapevamo che stavamo vivendo insieme qualcosa di completamente diverso da uno sfoggio di virtù a beneficio della Storia, da quell’happening giudiziario faraonico e inutile che all’inizio avevamo buoni motivi per paventare. Qualcosa di completamente diverso: un’esperienza unica di terrore, pietà, vicinanza, presenza. Soltanto tardi mi sono reso conto che la scatola somiglia a una chiesa moderna e che al suo interno si è svolto qualcosa di sacro»: E. Carrère, *V13*, trad. it. di F. Bergamasco, Milano 2023, 250.

³⁸ Sul binomio presenza fisica/partecipazione, ritenuto dalla Consulta non inscindibile, si veda C. cost., 22.7.1999 n. 342, in *DPP* 2000, 76 ss., con nota critica di C. Conti, *Partecipazione e presenza dell’imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*

³⁹ Pagine bellissime sulla architettura giudiziaria e sulla separatezza dei luoghi ove si celebra la giustizia – evincibile, quest’ultima, anche dai nomi utilizzati in Francia per designare parti e soggetti (*siège, parquet, barreau*) – sono contenute in A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it. a cura di D. Bifulco, Milano 2007, 7 ss. In modo analogo, R. Susskind, *op. cit.*, 56, sottolinea che l’etimologia in francese, latino e greco antico delle parole che significano “corte” rimanda a un luogo separato e racchiuso («an enclosed space or yard»), per poi (p. 260) arrivare a chiedersi se non possa un domani significare «a safe online space».

⁴⁰ Ancora una volta il riferimento è agli studi di Antoine Garapon: in particolare, A. Garapon, *La*

contraddittorio e garantire la partecipazione effettiva delle parti. Partecipazione effettiva che, chiaramente, passa attraverso la contestuale, effettiva e reciproca visibilità, nonché la capacità di ognuno di udire quanto viene detto dagli altri. Il che significa che non si è davvero partecipi se non si può percepire con vista e udito, e senza scarti temporali significativi, quello che avviene nel luogo di compimento dell'attività e nella postazione remota⁴¹. Solo così può dirsi realizzato quel «“realismo partecipativo”» di cui parla la Corte costituzionale (sent. 342/1999).

Al di là delle petizioni di principio⁴², la norma di nuovo conio introduce alcune varianti, mostrando in questo di fare tesoro di quanto lamentato dalla dottrina dagli albori della disciplina.

Anzitutto, viene comminata espressamente la sanzione della nullità⁴³, qualora non siano rispettate le garanzie del contraddittorio e della effettiva partecipazione. Viene da chiedersi, allora, quale sia la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere una nullità speciale. La risposta all'interrogativo impone di considerare se situazioni tali da pregiudicare l'effettiva partecipazione via etere possano essere ricomprese tra le nullità generali, a regime intermedio o assoluto, di cui agli artt. 178 co. 1 lett. b e c, 179 e 180 Cpp. Ebbene, dal momento che una partecipazione a distanza deficitaria, nel suo concreto svolgersi, può divenire partecipazione non effettiva, è difficile sostenere che la stessa non possa incidere quantomeno sull'intervento e sull'assistenza delle parti, di cui alla lett. c⁴⁴; se poi venisse estromesso il difensore da una udienza a partecipazione necessaria, si avrebbe una nullità assoluta. Resterebbe comunque esclusa dalla previsione la persona offesa, contemplata dalla nullità generale soltanto per quanto concerne la citazione a giudizio... persona offesa nominata, come si vedrà, in riferimento al conferimento dell'incarico al consulente tecnico per l'accertamento tecnico irripetibile, sebbene alcuni vi abbiano convincentemente ravvisato un vero e proprio errore del delegato⁴⁵.

despazializzazione della giustizia, Milano-Udine 2021.

⁴¹ A proposito dei quali, D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 173 ss.

⁴² T. Alesci, *op. cit.*, 568.

⁴³ Tra le, molteplici, occasioni perdute dell'intervento riformatore del 2000, S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, cit., 441, annoverava anche la mancanza di una disciplina espressa delle invalidità derivanti dall'inosservanza delle norme che presiedono alla partecipazione a distanza.

⁴⁴ Per una pronuncia datata in cui si sosteneva l'inesistenza di un rimedio, nel caso in cui fosse stato disposto di procedere in videoconferenza in assenza dei presupposti di legge: Cass. 12.11.1999 n. 3955, in *CEDCass.*, m. 215445. Sulla quale, C. Conti, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, in *IP* 2000, 1275 ss.

⁴⁵ D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 482, ritiene che la facoltà di partecipare in collegamento andava conferito soltanto ai titolari del diritto di essere

Maggiormente degno di rilievo è però l’aver introdotto un profilo fino a ora totalmente negletto: quello della pubblicità degli atti compiuti a distanza. La mancanza era stata messa in luce dalla dottrina⁴⁶, ma, specie con l’emergenza sanitaria, era divenuto di palmare evidenza il divario tra l’approccio al problema nel nostro Paese rispetto ad altri⁴⁷. Eppure, sull’importanza della pubblicità del dibattimento basta richiamare la dottrina tradizionale che le affida il ruolo, fondamentale in democrazia, di controllo dei consociati sull’operato dei giudici e, in generale, sul buon andamento dell’amministrazione della giustizia, contro il rischio di arbitrii e di abusi⁴⁸, tratto che permette di distinguere, a livello di modelli ideali, il rito accusatorio dall’inquisitorio... tant’è che Paolo Ferrua vi ravvisa «ciò che non si perdona al modello accusatorio – e, al tempo stesso, costituisce il suo eterno titolo di gloria – [...] amministrare giustizia alla luce del giorno»⁴⁹.

La pubblicità ha ricevuto una nuova linfa, come noto, dalla giurisprudenza della Corte europea, fin dai tempi della ormai non più recente sentenza *Bocellari e Rizza c. Italia*⁵⁰, che la definisce un principio «volto a tutelare i singoli da una giustizia che sfugge al controllo del pubblico e rappresenta così uno degli strumenti per contribuire al mantenimento della fiducia nei tribunali»⁵¹.

presenti di persona: *id est*, ai difensori e ai consulenti eventualmente nominati.

⁴⁶ Segnalano le ricadute sulla pubblicità derivanti da partecipazione ed esame a distanza, tra gli altri, M. Bontempelli, *Imputato e difensore nel processo “a distanza”*, cit., 35, e B. Galgani, *Il processo penale in ‘ambiente’ digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in www.questionegiustizia.it, 17.1.2022, 14.

⁴⁷ J. Della Torre, *L’espansione del processo a distanza negli itinerari dell’emergenza pandemica*, cit., 252.

⁴⁸ Sul tema si vedano, nella dottrina risalente, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*³, II, Milano 1984, 277 ss.; G. Foschini, *Dibattimento*, in *ED*, XII, 1964, 349; G. Giostra, *Processo penale e informazione*², Milano 1989, 13 ss.; G.D. Pisapia, *Pubblicità e procedimento penale*, in *Jus* 1959, 259 ss.; G.P. Voena, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano 1984, 1 ss.

⁴⁹ Testualmente, P. Ferrua, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma ‘Cartabia’*, in *CrD* 2/2022, 238.

⁵⁰ C. eur., 13.11.2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, in www.echr.coe.int. In dottrina, a riguardo G. Di Chiara, «Against the administration of justice in secret»: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra corte europea e assetti del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino 2008, 293 ss.

⁵¹ Nel testo ufficiale: «it is a fundamental principle enshrined in Article 6 § 1 that court hearings should be held in public. This public character protects litigants against the administration of justice without public scrutiny; it is also one of the means whereby people’s confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the principles of any democratic society». Così C. eur., 8.2.2000, *Stefanelli c. San Marino*, in www.echr.coe.int, § 19. Il principio è stato ricordato, di recente, da A. Marandola, 2022 *e la mutazione genetica del processo: dalla cessazione dell’emergenza al passaggio (automatico) all’efficienza*, in *DPP* 2022, 576.

Ciò nonostante, nel picco della pandemia, il legislatore nostrano aveva scelto di valorizzare unicamente la norma (art. 472 co. 3 Cpp) che consente la celebrazione delle udienze a porte chiuse, sterilizzando così il valore della pubblicità esterna, pur avendo a disposizione strumenti diversi, ugualmente atti allo scopo⁵². Altrove, invece, erano state previste dirette *streaming* o forme simili. Dall’esperienza comparata si era dunque tratto che la partecipazione a distanza non è *ex se* incompatibile con la pubblicità, ma lo era stato l’approccio del legislatore italiano⁵³. A emergenza terminata, quest’ultimo, dunque, ha colto l’occasione per rimediare nell’attuazione della delega, prescrivendo ora che, per l’udienza pubblica, debba essere assicurata una adeguata pubblicità a quanto avviene in collegamento virtuale. Più di questo, però, la norma non dice, lasciando quindi un certo margine di discrezionalità agli uffici giudiziari, che potranno modulare secondo le dotazioni tecniche, di mezzi – *hardware* e non – e di rete disponibili. *Rebus sic stantibus*, si tratta soltanto di rendere visibile al pubblico in aula quanto vedono il giudice e le parti sugli schermi collegati alle piattaforme⁵⁴. In un futuro – con ogni probabilità, nemmeno tanto remoto –, si tratterà volenti o nolenti di fare i conti con un fenomeno molto più ampio che concerne l’intera udienza smaterializzata. Allora, più che alla mera diretta in *streaming*, che potrebbe recare con sé l’effetto indesiderato della spettacolarizzazione della giustizia⁵⁵, si potrebbe pensare a un accesso mediante previa iscrizione e identificazione, accompagnato da un divieto sanzionato di registrare e di diffondere i contenuti dell’udienza⁵⁶. Oppure, volendo evitare le dirette video, basterebbe registrare l’udienza e trasmetterla in differita, come avviene nei processi “mediatici”⁵⁷ mostrati in televisione⁵⁸. Entrambe le soluzioni

⁵² E. Amodio, E.M. Catalano, *op. cit.*, 279 ss., che indicavano, quali soluzioni alternative, l’utilizzo delle normali misure di protezione contro il contagio (mascherine, distanziamento fisico, adeguata areazione); la celebrazione delle udienze in spazi aperti; l’introduzione di paratie anti contatto.

⁵³ In tal senso, J. Della Torre, *L’espansione del processo a distanza negli itinerari dell’emergenza pandemica*, cit., 252.

⁵⁴ Lo sottolinea D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 477.

⁵⁵ Pericolo dal quale mette in guardia E.M. Mancuso, *op. cit.*, 7.

⁵⁶ Idea sostenuta anche da B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, cit., 370.

⁵⁷ Si veda, a riguardo, la recente opera *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al “processo mediatico”*, a cura di N. Triggiani, Bari 2022.

⁵⁸ Ad esempio, volendo citare un caso noto e risalente sul quale tanto si era dibattuto, sotto questo profilo, in letteratura, si pensi al processo palermitano celebrato a carico di Andreotti, in cui il giudice aveva ammesso, riconoscendo l’interesse sociale della vicenda, soltanto la trasmissione differita, ritenendo che la diretta televisiva avrebbe portato alla spettacolarizzazione, nuocendo altresì alla genuinità dell’acquisizione della prova: ne danno conto M. Chiavario, *L’impatto delle nuove tecnologie tra diritti umani e interessi sociali*, in *DPP* 1996, 139 ss., e

sarebbero in linea con quanto stabilito nelle *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*⁵⁹ della CEPEJ, le quali ai nn. 12 e 13 («Publicity and recording»), suggeriscono la possibilità di collegarsi al *remote hearing*, oppure, quella di caricare la registrazione dell’udienza sul sito della Corte⁶⁰, vietando ogni forma di fotografia, registrazione o divulgazione, anche parziale, dell’udienza, senza autorizzazione del Giudice⁶¹. In tal modo, si realizzerebbe non una degenerazione del principio di pubblicità esterna, bensì un impulso⁶² alla sua forma meno prospera (la c.d. «pubblicità immediata») – spodestata da tempo da quella filtrata attraverso i *media*⁶³ – che verrebbe così “rafforzata” dalla nuova modalità di esplicazione⁶⁴: una nuova forma di pubblicità mediata “virtuale”⁶⁵, sottratta anch’essa da oneri di spostarsi e di subire tempi di attesa; elementi, questi ultimi, che hanno reso la pubblicità immediata

G.P. Voena, *La ripresa audiovisiva del dibattito*, in *DPP* 1996, 76 ss.

A proposito, si veda anche N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, in *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al “processo mediatico”*, a cura di N. Triggiani, Bari 2022, 379 ss. (in particolare, sul tema diretta/differita, a 405 ss.).

⁵⁹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, Document adopted by the CEPEJ at its 36th plenary meeting (16 and 17 June 2021), leggibile al link <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/10706-guidelines-on-videoconferencing-in-judicial-proceedings.html>.

⁶⁰ «12) The court should preserve the public nature of remote hearing by creating a comprehensive procedure for public participation. The publicity of the remote hearing can be ensured, for example, by allowing the public to join the remote hearing in real time or uploading the recordings to the court’s website».

⁶¹ «13) No photographing, recording, broadcasting or any other form of dissemination of any part of the remote hearing (including the audio track) may be made unless previously authorised by the court».

⁶² Sui giovamenti, in termini di *open justice*, che deriverebbero dalla smaterializzazione completa tramite le *online courts*, specie in ordinamenti come quello inglese che per tradizione non ammettono l’accesso delle telecamere (e neppure delle macchine fotografiche) alle aule di giustizia, R. Susskind, *op. cit.*, 194 ss. Questo almeno fino al 2020, quando è stata permessa la trasmissione dalle *Crown Court* di Inghilterra e Galles per la prima volta: si veda il *press release Cameras to broadcast from the Crown Court for the first time*, pubblicato sul sito istituzionale del governo britannico, <https://www.gov.uk/government/news/cameras-to-broadcast-from-the-crown-court-for-first-time>, 16.1.2020.

Sul tema, anche con recenti esempi in cui sono stati trasmessi via web momenti procedurali, House of Commons Justice Committee, *Open justice: court reporting in the digital age. Fifth Report of Session 2022-23*, 1.11.2022, leggibile al link <https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmjust/339/report.html>.

⁶³ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*³, cit., 281; G. Giostra, *Processo penale e informazione*², cit., 19 ss.; N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 382.

⁶⁴ Si badi che, anche così, non si realizza una pubblicità equivalente a quella immediata: si veda G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari 2020, 29, il quale osserva «[c]hi è in udienza può decidere se fissare la sua attenzione sull’atteggiamento della vittima o dell’imputato, se controllare particolarmente le reazioni emotive dei protagonisti di un confronto, se seguire con speciale cura una certa dichiarazione o le delucidazioni offerte da un perito, se ascoltare attentamente le conclusioni del pubblico ministero o della difesa».

⁶⁵ O di «pubblicità mediata tecnologica», alludendo alla formula di G. Di Chiara, *Televisione e dibattito penale. Esperienze e problemi della pubblicità mediata «tecnologica» in Italia*, in *FI* 1998, V, 277, ripresa di recente da N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 383.

appannaggio, almeno per quanto riguarda la generalità dei processi, per lo più di un ristretto novero di «“sfaccendat[i]”» frequentatori dell’aule dei tribunali⁶⁶.

Ritornando all’attualità, in caso di inosservanza non pare essere prevista una sanzione processuale: da una parte, infatti, la nullità speciale di cui si è detto sopra è confinata alla prima parte del comma 3 («Il collegamento audiovisivo è attuato, a pena di nullità, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti all’atto o all’udienza e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di essa di udire quanto viene detto dalle altre»), dall’altra, è noto come la pubblicità delle udienze sia presidiata, *ex art.* 471 Cpp, da una nullità relativa⁶⁷, che quindi esula dal campo di applicazione dell’art. 178 Cpp. Allora, anche solo per analogia con la norma generale in tema di pubblicità dell’udienza in dibattimento, sarebbe forse stata opportuna una formulazione del comma in parola che permettesse di riferire la nullità speciale anche al secondo periodo («Nei casi di udienza pubblica è assicurata un’adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza»), dal momento che, si sa, una previsione sprovvista di sanzione rischia di apparire un *flatus vocis* dal valore meramente simbolico.

Degno di plauso, almeno in questo contesto⁶⁸, è l’aver prescritto sempre la registrazione audiovisiva di quanto avvenuto a distanza. In primo luogo, si ricorda come la forma rappresenti, sul piano della funzione, un «lusso supremo»⁶⁹, il cui costo, al contempo, è infinitamente minore oggi rispetto al passato. In secondo luogo, pare coerente con l’impulso ricevuto, per effetto del medesimo comma della legge delega che interessa in questa sede, dalla videoregistrazione (l’art. 1 co. 8, dedicato appunto,

⁶⁶ M. Chiavario, *L’impatto delle nuove tecnologie tra diritti umani e interessi sociali*, cit., 141.

⁶⁷ Di recente, si veda Cass. 6.7.2022 n. 29943, in *CEDCass.*, m. 283613. In precedenza, Cass. S.U. 21.4.1995 n.7227, in *CEDCass.*, m. 201378.

Si veda, per tutti in dottrina, N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 380, con la bibliografia indicata a nota 1.

⁶⁸ S’allude allo spinoso tema del decadimento dell’immediatezza, derivante dal rimedio al fuoco incrociato della Corte costituzionale e delle Sezioni unite, abbattutosi sull’art. 525 Cpp. Non essendo possibile nell’ambito del presente lavoro indugiare su una vicenda tanto pregnante – che, proporzionalmente alla sua importanza, ha polarizzato l’interesse della dottrina recente –, si rinvia, per tutti, a M. Bargas, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in www.sistemapenale.it, 6.4.2020, 41 ss.; M. Daniele, *L’immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in www.sistemapenale.it, 15.2.2021; P. Ferrua, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in www.archiviopenale.it, 10.6.2019.

⁶⁹ F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 332.

nella lettera a, alla videoregistrazione dell’interrogatorio e della prova dichiarativa), forma «arricchita» di «scrittura»⁷⁰.

Seguono una serie di prescrizioni attinenti al *locus* dal quale si attua il collegamento. Luogo che dipende dalla condizione soggettiva dell’interessato: se si tratta di persona *in vinculis*, si collegherà dal luogo di detenzione/custodia/internamento, la qual cosa è coerente con la *ratio* primigenia dell’istituto *de quo*: permettere di abbattere i costi di traduzione dei detenuti e, insieme, i pericoli derivanti – specie in relazione a una determinata criminalità – dal “turismo giudiziario”, sotto il duplice profilo dei rischi per la sicurezza collettiva e individuale e dell’impedire occasioni di contatto con i sodali.

Se il partecipante a distanza è un difensore, questi potrà collegarsi dal proprio ufficio o da altro luogo idoneo: sarebbe, infatti, indecoroso (oltreché lesivo della dignità della professione) un difensore connesso su *Teams* da un mezzo pubblico. Ovviamente, si assicura pur sempre la possibilità al legale sia di essere presente accanto all’assistito, eventualmente designando un sostituto da inviare presso l’aula collegata, sia di potere comunicare riservatamente con esso⁷¹. Fuori da questi casi, e sempre che l’autorità giudiziaria non autorizzi il collegamento da luogo diverso, regola generale è che il collegamento avvenga da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria, previa verifica della disponibilità delle dotazioni tecniche necessarie. Vedremo nel prosieguo come, specie in relazione a certe attività, il fatto di sapere l’indagato/l’imputato nell’ufficio di polizia giudiziaria possa ingenerare una certa inquietudine. A riprova dell’impressione, una “spia” della non-neutralità del luogo è individuabile nel fatto che l’ufficiale di polizia giudiziaria presente (in alternativa a un ausiliario del giudice o del pubblico ministero), al fine di attestare l’identità del soggetto collegato e di redigere il verbale, debba essere «designato tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione nei confronti dell’imputato o in relazione ai fatti a lui riferiti». Basterà questa sorta di “incompatibilità” con la funzione di ausiliario al collegamento a distanza a evitare abusi o prevaricazioni?

⁷⁰ R. Orlandi, *op. cit.*, 816, nota 18.

⁷¹ In un noto caso, le comunicazioni telefoniche tra difensore e assistito – in regime di *41-bis* Op, e in quanto tale, partecipante a distanza al dibattimento – erano state ascoltate e trascritte dall’ausiliario, il che aveva provocato una condanna della Corte europea: C. eur., 27.11.2007, *Zagaria c. Italia*, in www.echr.coe.int. Sulla pronuncia si vedano le osservazioni di M. Chiavario, *La “videoconferenza” processuale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 105 ss.

3. Come si è anticipato, l’esperienza maturata durante l’emergenza sanitaria (in uno con l’abitudine consolidatasi con essa) ha favorito una seconda “mutazione genetica” dell’istituto, imponendo al legislatore – a scongiurare la paralisi dell’attività investigativa – di consentire il compimento degli atti della fase delle indagini a distanza⁷². Si trattava di un inedito: fino ad allora, ogni discussione sul tema *de quo* aveva riguardato, lo si ribadisce, il dibattito, cuore pulsante di un processo accusatorio⁷³. A fronte della normativa emergenziale “salvifica” per le indagini, la dottrina maggioritaria non aveva tuttavia ravvisato gravi *vulnera* per i diritti di difesa⁷⁴. Si è detto, a riguardo, che «atti e attività di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero [...] se unilaterali, non mettono in crisi»⁷⁵ le garanzie tipiche del procedimento probatorio. L’assunto pare però contraddetto dalla norma emergenziale (si allude all’art. 23 co. 2 del decreto Ristori) che conferiva un potere di opporsi al difensore dell’indagato: potere, quest’ultimo, quanto meno bizzarro, dal momento che veniva attribuito al patrono ciò che non spettava allo stesso interessato, e che finiva quindi per tradire la sfiducia nel mezzo tecnologico⁷⁶, anche con riguardo agli atti di indagine.

Ebbene, nella “stabilizzazione dell’eccezione”, si è posto rimedio all’incongruenza, disponendo, per quanto riguarda le sommarie informazioni della persona soggetta alle indagini (art. 350) e l’interrogatorio di essa (art. 370), che a impedire lo svolgimento digitale sia non solo l’opposizione del legale, ma pure dell’indagato. L’equiparazione, da parte della riforma Cartabia, delle due attività, sotto il profilo del loro compimento con l’indagato collegato via etere, è evidente, tanto che le rispettive disposizioni – il co. 4-*bis* dell’art. 350 Cpp e il co. 1-*bis* dell’art. 370 Cpp – sono sostanzialmente uguali,

⁷² La possibilità per il titolare delle indagini e per la polizia giudiziaria di avvalersi di collegamenti virtuali, in modo tale da compiere atti investigativi salvaguardando, insieme, la necessità di mantenere il distanziamento fisico, viene introdotta con l’art. 83 co. 12-*quater*, inserito nel d.l. Cura Italia (d.l. 17.3.2020 n. 18) dalla legge di conversione l. 24.4.2020 n. 27, e prevista, in seguito, pure dall’art. 23 co. 2 del d.l. Ristori (d.l. 28.10.2020 n. 137, convertito, con modificazioni, in l. 18.12.2020 n. 176).

⁷³ B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, cit., 208, la quale sottolinea come fosse «rimasto sostanzialmente inesplorato il tema dello svolgimento “telematico” della raccolta degli elementi investigativi».

⁷⁴ Si veda però il documento dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale del 13.4.2020, in cui si paventava uno spostamento del baricentro istituzionale dell’attività giudiziaria impropriamente nell’ufficio di p.g.: nel caso delle sommarie informazioni del sottoposto alle indagini, si temevano condizionamenti dell’indagato connesso dalla caserma, con il difensore collegato da altro luogo.

⁷⁵ S. Lorusso, *Un patto tra magistrati e avvocati*, in *Il Sole 24-ore*, 25.5.2020, 27.

⁷⁶ Critiche, soprattutto a causa della totale assenza di tipizzazione, sono state mosse, a riguardo, da B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, cit., 212-213.

con soltanto qualche variante lessicale dovuta alla diversa titolarità dell'atto, per cui, in un caso il *dominus* della fase investigativa ne autorizza lo svolgimento virtuale, su richiesta della polizia giudiziaria, nell'altro, lo dispone. Il che ci pare coerente: basti ricordare l'insegnamento tradizionale della dottrina⁷⁷, secondo cui, a scanso del nome, nel caso delle sommarie informazioni di cui all'art. 350 Cpp siamo in presenza, in sostanza, di un interrogatorio condotto dalla polizia giudiziaria⁷⁸. Impresione peraltro avvalorata dal richiamo all'art. 64 Cpp, che regola appunto l'interrogatorio⁷⁹. A far trasparire, tuttavia, una certa preoccupazione del legislatore nei confronti di questo «interrogatorio di p.g.»⁸⁰, vi è la disposizione (art. 350 co. 1 Cpp) che ne preclude lo svolgimento nei confronti degli indagati sottoposti a misura precautelare, in virtù dello stato di soggezione in cui essi si trovano «specie nei confronti di chi ve l'ha costretta»⁸¹, che quindi raccomanda l'intervento del magistrato, tenendo sempre in mente «le tensioni che fatalmente scaturiscono dal rapporto diretto fra indagato e organi di polizia»⁸².

Viene da chiedersi se simili ragioni di preoccupazione valgano anche per il compimento via etere, il che dovrebbe portare il difensore o l'assistito indagato a negare il consenso. Ebbene, nel caso in questione non riteniamo che ci siano necessariamente ricadute sul piano della garanzia quanto a una possibile maggiore soggezione derivante dal luogo – e dai soggetti che in esso si trovano – di compimento: in altri termini, qualora fosse autorizzato *ex art. 133-ter* co. 6 Cpp, il collegamento a distanza “da altro luogo” permetterebbe all'indagato di evitare la pressione “da caserma” o “da questura”, consentendogli pure, pragmaticamente, un risparmio di tempo se avesse necessità di spostarsi per raggiungere fisicamente il luogo⁸³. Diverso

⁷⁷ G. Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano 2006, 92.

⁷⁸ Cfr. C. cost., 22.12.1992 n. 476, in *GCos* 1992, 4333 ss., secondo cui l'interrogatorio svolto dall'autorità giudiziaria integrerebbe uno strumento di difesa, le sommarie informazioni della polizia giudiziaria un mezzo di indagine.

⁷⁹ ... ma non all'art. 65 Cpp, come specifica la pronuncia del Giudice delle leggi da ultimo richiamata. In dottrina, sul punto, O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 187 s.

⁸⁰ Di «interrogatorio di polizia» parlava M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 79. La nomenclatura è varia: preferisce «quasi-interrogatorio» F. Cordero, *Codice di procedura penale*², Torino 1992, 419, dizione utilizzata anche da O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 185.

⁸¹ G. Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, cit., 92.

⁸² O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 186.

⁸³ Della stessa opinione P.P. Paulesu, sub art. 350 Cpp, in *Codice Giarda-Spangher*, II, Milano 2023, 1689, il quale, in ordine alle ragioni che potrebbero portare la difesa a dare il consenso, ravvisa, da un lato, «contingenti istanze di tipo logistico», dall'altro «situazioni in cui il difensore abbia un preciso interesse ad evitare il contatto diretto tra l'ufficiale e il proprio assistito: il distanziamento assicurato dalla tecnologia potrebbe forse anche consentire

discorso riguarda invece l’assistenza tecnica del difensore (che, si ricorda, ha l’obbligo di presenziare all’atto), nel caso in cui un legale oberato – e, magari, geograficamente distante – scegliesse di intervenire dal proprio studio, suggerendo all’assistito di recarsi nell’ufficio di polizia giudiziaria. Resta fermo, ovviamente, il diritto, previsto dalla norma generale, di collegarsi dal luogo ove si trova l’assistito e di consultarsi riservatamente con esso... ma, se l’avvocato non intendesse avvalersene, al cliente intimorito non resterebbe che procurarsi un nuovo legale.

Lasciando per ora da parte la questione dell’interrogatorio “per rogatoria” (art. 370 co. 3 Cpp, sul quale ci si riserva di tornare, trattando dell’interrogatorio di garanzia), merita spendere qualche considerazione sulla partecipazione in videoconferenza al conferimento dell’incarico per il compimento di accertamenti tecnici non ripetibili o agli accertamenti stessi. Anche in questo caso, il decreto delegato ha previsto che il pubblico ministero possa autorizzare, su loro richiesta, l’indagato, la persona offesa, i difensori e gli eventuali consulenti tecnici a parteciparvi a distanza (art. 360 co. 3-bis Cpp). Il che equivale a dire che i soggetti predetti, parti potenziali, hanno diritto a presenziare al conferimento dell’incarico insieme ai componenti del polo difensivo: come già si è anticipato, così non è, stante l’inequivoco tenore letterale dell’art. 360 co. 3 Cpp⁸⁴. Dall’asimmetria tra i due commi richiamati deriva ora che indagato e persona offesa, che (lo si ribadisce) non vantano un diritto a presenziare al conferimento dell’incarico, possano chiedere alla parte pubblica di autorizzare una partecipazione virtuale; andando così a implementare il, già vasto, campo decisionale del rappresentante dell’accusa quanto agli accertamenti di cui si discorre: «[è] il p.m. il soggetto deputato a decidere se procedere o meno all’accertamento; è lui a sceglierne l’oggetto ed il consulente; è lui a valutare l’esistenza dei presupposti di non ripetibilità per l’applicazione dell’una o dell’altra norma»⁸⁵.

Ciò posto, e venendo al rapporto tra l’ipotesi in discorso e lo statuto della partecipazione a distanza, merita ricordare che nella materia che stiamo trattando, gli “avvisi” debbano essere dati «senza ritardo», lasciando alle parti ampia libertà di forma quanto alle modalità di instaurazione del contraddittorio⁸⁶, secondo un meccanismo

all’indagato di fornire risposte più serene e, soprattutto, più ponderate».

⁸⁴ D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 482.

⁸⁵ Così D. Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova 2013, 229, la quale prosegue sottolineandone la natura di «atto d’indagine dal profondo contenuto strategico».

⁸⁶ F. Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Milano 2009, 110.

comunicativo «semplificato e informale»⁸⁷. Scelta quest’ultima in linea con lo scopo di realizzare il suddetto contraddittorio «compatibilmente con i tempi stretti in cui deve svolgersi l’atto»⁸⁸. Pertanto, la previsione dell’art. 133-ter, secondo la quale «in ogni caso» la notificazione circa l’uso del collegamento *inter absentes* debba avvenire almeno tre giorni prima, pare incompatibile, con tempi, *ratio* e forme dello specifico atto da compiersi a distanza, caratterizzato dalla non rinviabilità. Farraginosità operative a parte, proprio l’esigenza di contenere la tempistica rende allora quanto mai utile la possibilità di partecipare virtualmente al conferimento dell’incarico: si pensi, ad esempio, a un consulente tecnico che si trova momentaneamente all’estero e impossibilitato a rientrare in tempo utile per parteciparvi. Di contro, non si comprende perché la partecipazione in video delle parti private potenziali sia stata estesa agli accertamenti veri e propri: e per la natura, e per i tempi degli stessi⁸⁹, dovrebbero restare appannaggio dei soli contraddittori tecnici.

4. Un ambito in cui l’utilizzo della videoconferenza può certamente dare (meglio: continuare a dare⁹⁰) frutti è quello delle misure *de libertate*. La ragione di ciò è evidente, trattandosi di soggetti *in vinculis*, il *video-link* consente di abbattere i tempi (e i costi) di traduzione⁹¹, salvaguardando così pure le esigenze di celerità che attengono ai provvedimenti coercitivi più afflittivi.

Non che sia una prerogativa esclusiva del nostro ordinamento: nel mondo anglosassone, ad esempio, è frequente il collegamento video tra il carcere e l’aula di tribunale nelle udienze sul *bail*⁹².

⁸⁷ Cass. 11.2.2000 Dolce, in *CEDCass*, m. 215805, che prosegue «di guisa che può essere impiegato qualsiasi mezzo per portare l’atto a conoscenza del destinatario purché sia idoneo a garantirne l’effettiva conoscenza. Ciò in ragione del carattere, naturalisticamente improrogabile, dell’accertamento da eseguire».

⁸⁸ F. Giunchedi, *op. cit.*, 110.

⁸⁹ Sulla necessaria repentinità, il che non esclude però una certa durata dell’accertamento, F. Giunchedi, *op. cit.*, 119.

⁹⁰ Si rammenta come S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, cit., 436, a seguito della riforma che imponeva la partecipazione a distanza per tutti i ristretti in regime di 41-bis Op, riteneva prevedibile un aumento notevole delle videoconferenze per le udienze di riesame e di appello cautelare.

⁹¹ In ciò Daniele Negri, con la consueta efficacia, ravvisava «l’autentica finalità» della riforma del 2017, cioè «alleviare gli oneri finanziari sopportati dallo Stato per la traduzione in aula degli imputati detenuti»: D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell’imputato in giudizio*, cit., 568.

⁹² Ne dà conto R. Susskind, *op. cit.*, 58.

A riguardo, più in generale, anche J. Donoghue, *The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice*, in *MLR* 80(6)/2017, 1004 ss.

Non stupisce quindi che anche in occasione del recente riassetto della materia abbiano trovato spazio modifiche alla disciplina dell'interrogatorio di garanzia, del riesame personale e della convalida dell'arresto e del fermo.

Procedendo con ordine, l'interrogatorio *ex art. 294 Cpp* era assunto a emblema di come la tecnologia avrebbe potuto costituire un *plus* e non un *minus* in termini di garanzia. Si ricorderà, al riguardo, come la Commissione Lattanzi ne abbia auspicato l'impiego, in luogo dell'interrogatorio “per rogatoria”: nella Relazione, si diceva infatti che «nell'ottica dell'indagato *in vinculis* appare preferibile che a svolgere l'interrogatorio sia il giudice per le indagini preliminari che ha studiato il fascicolo, piuttosto che un giudice che non ne ha mai avuto conoscenza»⁹³. Altrimenti, cioè onerando del compimento dell'atto un giudice che non conosce in alcun modo la vicenda, lo stesso rischia di tramutarsi in una «vera e pura formalità processuale»⁹⁴. *Prima facie*, l'impostazione appare convincente. Tuttavia, a ben vedere, forse vi sarebbero argomenti a favore dell'interrogatorio per rogatoria, legati principalmente alla necessità di contrastare la c.d. «forza di prevenzione»⁹⁵, ovvero la naturale tendenza di ogni essere umano a reiterare i giudizi già espressi. Ci si riferisce ai dubbi, in punto di imparzialità, che circondano un controllo sull'esistenza dei presupposti applicativi della misura posto in capo allo stesso soggetto che quella misura l'ha decisa⁹⁶. Vista da quest'ottica, allora, l'eventualità di un giudice diverso che conduce l'atto non si palesa poi così deprecabile, facendo perdere peso a uno degli argomenti a sostegno della introduzione di cui si discorre. Così non è, chiaramente, in relazione all'interrogatorio delegato al pubblico ministero presso il Tribunale del luogo, di cui all'art. 370 co. 3 Cpp, anch'esso surrogabile dalla partecipazione del p.m. titolare dell'indagine (purché via sia il consenso dell'indagato e del difensore) per effetto del nuovo art. 370 co. 1-bis Cpp. Essendo questi parte-imparziale – tenuto quindi, almeno nel mondo del *dover essere*, a svolgere indagini anche a favore –, il fatto che sia lo stesso

⁹³ Testualmente, la Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, predisposta dalla Commissione Lattanzi, cit., 16.

⁹⁴ A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova 2006, 256.

⁹⁵ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 205, con i riferimenti bibliografici a nota 85.

⁹⁶ L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al diritto al silenzio*, Torino 2000, 174; G. Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *RIDPP* 1999, 1403. Riconosce il problema pure A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., 257, ma sembra considerarlo recessivo rispetto all'opportunità che l'atto sia condotto da chi ha disposto la misura, «anche al fine di proporre domande su temi incompleti o insufficienti».

titolare delle indagini a porre le domande potrebbe giovare maggiormente alla posizione dell'indagato, qualora emergessero dalla sua viva voce elementi a discarico, in virtù della percezione diretta delle informazioni, che non verrebbero quindi filtrate attraverso le impressioni del collega del luogo.

Tornando all'interrogatorio di garanzia, restano, comunque, in piedi altre ragioni giustificative, per lo più legate alle tempistiche dell'attività in rilievo. Specie per la custodia cautelare in carcere, la necessità di provvedere entro cinque giorni, pena la caducazione della stessa misura restrittiva, comporta la deroga ai classici metodi di notificazione, a favore di avvisi effettuati con modalità non vincolate e atipiche⁹⁷.

Qualcosa di simile viene previsto, per effetto dell'intervento del legislatore delegato, pure per le vicende che coinvolgono autorità di altri Stati. In particolare, in caso di audizione della persona sottoposta a misura coercitiva in vista dell'estradizione per l'estero⁹⁸, su richiesta oppure quando una particolare disposizione di legge lo consente, vi è la possibilità di svolgere l'interrogatorio dinanzi al presidente della Corte d'appello a distanza (art. 717 co 2 Cpp); la qual cosa avviene pure per l'interrogatorio condotto dal Procuratore generale ex art. 703 Cpp. A tale proposito, tuttavia, pare esserci una incongruenza, dal momento che quest'ultimo, prima di procedere all'interrogatorio, dispone la comparizione davanti a sé dell'interessato, al fine di identificarlo, salvo che vi abbia in precedenza adempiuto ai sensi dell'art. 717 Cpp. Identificazione che, almeno stando alla lettera del co. 2 interpolato, non può essere condotta a distanza, contrariamente all'interrogatorio. In mancanza di richiesta di parte in tal senso, sarebbe bizzarro imporre la presenza fisica del soggetto ai fini dell'identificazione, per poi interrogarlo dalla postazione remota.

5. La novella introduce la possibilità per l'arrestato, il fermato o il difensore di partecipare *remotely*, a richiesta, all'udienza camerale di convalida; udienza in cui, come noto, la presenza dell'interessato (a differenza di quella *del* – meglio: di *un* – difensore, visto che, in caso di non comparizione, il legale viene sostituito da uno

⁹⁷ Ancora, A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., 375. Sul punto pure O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 195 s., il quale evidenzia l'esigenza di un rapido svolgimento del primo contatto fra inquisito *in vinculis* e organo giurisdizionale; la stessa efficacia del controllo dipende, infatti, anche dalla sua tempestività.

⁹⁸ Prima della riforma S. Quattrocchio, sub art. 717 Cpp, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 130, indicava le finalità dell'audizione di cui all'art. 703 co. 2 Cpp nella identificazione del soggetto, nel suo interrogatorio, nella raccolta dell'eventuale consenso alla consegna e nella rinuncia al principio di specialità.

prontamente reperibile) non è necessaria⁹⁹. Stante la previsione di cui all’art. 133-ter co. 5 Cpp, nella eventualità, è chiaro che l’interessato, se ristretto, sarà collegato dal luogo dove si trova; invece, qualora la custodia sia stata disposta presso l’abitazione, altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura e di assistenza, opera la norma generale di cui al precedente co. 4, per cui il collegamento avviene da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall’autorità giudiziaria, salva diversa autorizzazione (co. 6).

Già durante il periodo emergenziale, lo svolgimento in videoconferenza delle udienze in parola aveva suscitato un deciso sconcerto tra i commentatori, i quali non mancarono di rilevare come le garanzie del *habeas corpus* impongano che il soggetto sottoposto a misura precautelare debba essere condotto, al più presto (e comunque entro i limiti costituzionalmente imposti), davanti a un giudice¹⁰⁰; senza che sia necessario – prevalendo appunto l’esigenza di prontezza – che quest’ultimo sia il giudice competente per territorio in ordine al procedimento¹⁰¹. Nel caso di specie, poi, trattandosi di attività avente essenzialmente una finalità di difesa, di controllo¹⁰² e di garanzia¹⁰³, volta cioè a operare un controllo sulla legittimità di quanto effettuato dalla polizia giudiziaria¹⁰⁴, non poteva che lasciare perplessi¹⁰⁵ sapere che l’arrestato o il

⁹⁹ La conseguenza di ciò, secondo l’impostazione dominante, è l’esclusione del diritto al rinvio in caso di legittimo impedimento: sul punto, in senso fortemente critico – valorizzando il dato normativo contenuto nell’art. 127 co. 4 Cpp –, A. Pasta, *Necessità e tradizione. L’arresto in flagranza*, Milano 2019, 207 ss. e 239 ss.

¹⁰⁰ Si veda la direttiva n. 34 della legge delega del 1987, che parla di «obbligo del pubblico ministero di porre a disposizione del giudice, per la decisione sulla convalida, l’arrestato o il fermato»: si veda G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, Padova 1990, 278 ss. In modo particolarmente incisivo, A. Pasta, *op. cit.*, 78, fa notare come il congegno in discorso «garantisc[a] un interesse della persona la cui libertà è stata limitata dall’autorità di pubblica sicurezza: imponendo che i provvedimenti provvisori debbano essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria, la quale li deve convalidare nelle successive quarantotto, intendendosi altrimenti revocati e privi di ogni effetto, non si vuole tutelare il bene dell’efficienza del processo, della sua celerità, o il buon andamento dell’amministrazione. Si vuole esclusivamente configurare il diritto a una rapida decisione dell’autorità giudiziaria sulla legittimità della limitazione della libertà».

¹⁰¹ Sul punto, K. La Regina, *L’udienza di convalida dell’arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Milano 2011, 251 e 260 ss.; L. Scomparin, *Arresto e fermo*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino 1996, 261 s.

¹⁰² L. Scomparin, *Arresto e fermo*, cit., 263.

¹⁰³ G. Varraso, *op. cit.*, 1408, riferendosi nello specifico all’interrogatorio svolto durante l’udienza di convalida. Sulla funzione, esclusivamente volta a garantire la libertà personale dell’arrestato, insiste anche A. Pasta, *op. cit.*, 79 s.

¹⁰⁴ Cfr. A. Pasta, *op. cit.*, 189 ss., il quale ritiene che si tratti, pur sempre di «un giudizio *ex post* che verte (anche) sulla responsabilità penale dell’arrestato» (citazione tratta da p. 193), arrivando a rimarcare che «è la posizione dell’accusato che conta nel processo penale (verrebbe da dire, nel suo processo penale), non quella della polizia giudiziaria. È della sua libertà che si discorre, non della condotta degli inquirenti» (p. 196).

¹⁰⁵ Mette in evidenza la criticità derivante dal contatto ravvicinato tra l’arrestato/fermato e coloro che hanno

fermato agli arresti domiciliari vi prendeva parte da una postazione remota collocata presso gli uffici di quest’ultima, specie se le persone che lì operavano avessero effettuato materialmente l’*adprehensio*, e lontano dal difensore¹⁰⁶.

Pare utile rammentare, a questo punto, che l’art. 123 NAttCpp prevede in generale che l’udienza di convalida si svolga nel luogo dove il soggetto è custodito, per cui di norma è il G.i.p. a portarsi fisicamente sul posto, al fine di evitare problematici trasferimenti (salvo che la custodia sia presso il domicilio o altro luogo di privata dimora). In caso di necessità o urgenza, egli può però disporre la comparizione davanti a sé; così come si ha il trasferimento nel luogo in cui si trova il giudice nel caso di presentazione per la convalida e contestuale giudizio direttissimo¹⁰⁷. Tanto premesso, la richiesta dell’interessato di partecipare all’udienza mediante un collegamento audiovisivo consente un risparmio di tempo al magistrato che non dovrà recarsi sul posto, così favorendo una migliore organizzazione del lavoro.

Attesi i tempi ristretti, dovendo il G.i.p. fissare udienza entro le quarantott’ore successive al momento in cui l’arrestato o il fermato è stato messo a sua disposizione, non valgono le ordinarie tempistiche previste “da statuto” (art. 133-ter co. 1 Cpp) per il caso dell’interessato o del difensore che chieda di parteciparvi a distanza. Il che significa che, ricevuto l’avviso di fissazione con le modalità semplificate previste¹⁰⁸, interessato o difensore dovranno richiedere, e il giudice autorizzare, lo svolgimento virtuale, entro i termini.

Proprio questa ristrettezza temporale, che rende inattuabili significative attività probatorie¹⁰⁹ – e che quindi giustifica l’assunto che vede l’udienza *de qua* connotata da

eseguito materialmente la misura B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, cit., 253. Si veda, inoltre, O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, cit., 5-6, il quale pone in luce il rischio ulteriore «che la navetta fra uffici di polizia in occasione dell’esecuzione della misura precautelare, assegnazione ai domiciliari e ritorno nel volgere di poche ore presso gli stessi uffici per l’udienza si trasformi, nella prassi, in un trattenimento prolungato presso la sede della polizia, con buona pace delle ragioni garantistiche che hanno indotto il codice a limitare al massimo la disponibilità temporale del corpo dell’arrestato nelle mani della polizia (art. 386 comma 3 c.p.p.)».

¹⁰⁶ F. Ruggieri, *op. cit.*, 6.

¹⁰⁷ K. La Regina, *L’udienza di convalida dell’arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, cit., 284.

¹⁰⁸ K. La Regina, *L’udienza di convalida dell’arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, cit., 321, la quale sottolinea che l’avviso possa essere dato con qualsiasi mezzo, purché idoneo a rendere edotto il destinatario. Sul punto pure A. Pasta, *op. cit.*, 203 s., e L. Scomparin, *Arresto e fermo*, cit., 255.

In giurisprudenza, la possibilità di dare l’avviso in esame con qualsiasi forma è stata sostenuta, ad esempio, da Cass. 20.2.1990 Di Biase, in *CP* 1990, II, 281, con nota critica di G. Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*.

¹⁰⁹ A. Pasta, *op. cit.*, 177 ss.

un «ridotto tasso di oralità»¹¹⁰ –, ci porta ad esprimere un giudizio meno negativo della previsione. Come a dire, se si condivide che «non è l'individuo al servizio della convalida, ma la convalida al servizio dell'individuo»¹¹¹, allora la scelta dell'interessato, o del suo difensore, nel senso della partecipazione in video dovrebbe essere sempre accolta (salvo il problema – che si auspica di scarsa verifica nella prassi – della indisponibilità tecnica), anche se la formulazione della norma pare concedere una discrezionalità al giudice sul punto. Discrezionalità che parrebbe quindi essere stata attribuita dal legislatore proprio per far fronte all'eventualità di guasti dello strumentario... del resto, non paiono probabili altri motivi tali da spingere il G.i.p. a respingere la richiesta, specie se si considerano le peculiarità dell'udienza camerale in discorso, caratterizzata da un contraddittorio che può essere “monco”, giacché la presenza del pubblico ministero è prevista quale soltanto facoltativa¹¹².

Altro discorso, però, riguarda la formazione della volontà da parte dell'arrestato o del fermato: se la stessa sia quantomeno informata, visto l'importanza della posta in gioco; tema sul quale si tornerà trattando del consenso.

6. Analoghe esigenze di tempestività connotano l'impugnazione della misura cautelare coercitiva – esigenze da rispettarsi a pena di caducazione della misura stessa –, tant'è che pure l'art. 309 Cpp è stato oggetto di interpolazione sotto il profilo qui in interesse, nella misura in cui il co. 8-bis oggi prevede che, in alternativa al già esistente diritto di comparire personalmente per l'imputato che ne abbia fatto richiesta, vi sia la partecipazione a distanza «quando una particolare disposizione di legge lo prevede». Oppure, il collegamento audiovisivo è utilizzabile col consenso dell'imputato. Pare allora opportuno fare un passo indietro, onde ripercorre le ragioni che avevano portato all'introduzione del predetto diritto alla comparizione personale, avvenuta per effetto della l. 16.4.2015 n. 47¹¹³.

¹¹⁰ M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 68.

¹¹¹ Così, ancora una volta, A. Pasta, *op. cit.*, 211.

¹¹² Sul punto, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 221 ss. K. La Regina, sub art. 391 Cpp, in *Codice Giarda-Spangher*, II, Milano 2023, 2340, precisa che il p.m. può collegarsi a distanza dall'ufficio di Procura o dalle aule del Tribunale e che, nella richiesta di convalida, lo stesso dovrà indicare al G.i.p. gli indirizzi di posta elettronica del carcere o dell'ufficio di p.g. dal quale si collegherà l'interessato, oltre a quello del difensore.

¹¹³ Sulle ragioni della introduzione si vedano, tra molti, N.E. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Milano 2017, 117 ss.; E. Marzaduri, sub Art. 11 l. 47/2015, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.12.2015; G. Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l.n. 47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.7.2015.

Posto che il riesame è rimedio con funzione esclusivamente difensiva¹¹⁴, prima della citata riforma delle misure *de libertate*, si diceva che l'imputato fosse titolare di un diritto autonomo di presenziare all'udienza camerale di riesame, salvo il caso in cui fosse detenuto fuori circoscrizione, per il quale operava il meccanismo «tormentato»¹¹⁵ dell'audizione esterna. Quest'ultimo prevedeva che il detenuto *extra*-distretto fosse sentito di norma dal Magistrato di sorveglianza del luogo, sia per salvaguardare l'economia processuale, sia per ragioni di sicurezza¹¹⁶. L'interessato poteva però fare richiesta di comparire personalmente¹¹⁷; così come poteva disporre la presenza il giudice *ex officio*, se opportuno¹¹⁸. Per tale ragione, la Corte costituzionale¹¹⁹, pur riconoscendo l'importanza e della comparizione personale dell'imputato e dello svolgimento del contraddittorio davanti al giudice cui competeva la decisione, aveva negato che la disciplina fosse in contrasto con il diritto di difesa¹²⁰. Le incertezze operative, dovute anche a un'interpretazione giurisprudenziale ondivaga, avevano allora portato il legislatore del 2015 a intervenire, ma, a causa della formulazione letterale infelice¹²¹, i novellati co. 6 e 8-bis non indicano chiaramente che il diritto in questione è riferito solo agli imputati detenuti fuori distretto; tuttavia è in quell'ottica che si deve leggere l'innesto normativo¹²².

¹¹⁴ G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 355.

¹¹⁵ G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 361. Di «tortuoso cammino» parla D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 193. In argomento, anche P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano 2008, 220 ss.

¹¹⁶ Forti perplessità sulla legittimità costituzionale della disciplina venivano espresse, sia sotto il profilo dell'art. 24, che dell'art. 3 – essendo la regola in parola basata su un criterio del tutto casuale, ovvero il luogo di detenzione –, da G. Varraso, *op. cit.*, 1413. Dubbi sul fatto che si facciano prevalere interessi pratici sui diritti partecipativi vengono avanzati anche da P. Spagnolo, *op. cit.*, 224 s.

¹¹⁷ Sulle interpretazioni giurisprudenziali, fortemente penalizzanti, che chiedevano, ad esempio, all'istante di precisare in via anticipata lo «specifico apporto autodifensivo» da introdursi in riesame D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 225. Si vedano, sempre sulla giurisprudenza di legittimità formatasi in materia, anche D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 234 ss., e P. Maggio, *I controlli*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, a cura di T. Bene, Torino 2015, 105 ss.

¹¹⁸ A tale proposito D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 237-238, indica che qui la presenza figura come diritto e dovere, al fine di consentire il rispetto dei principi generali dell'immediatezza e dell'oralità.

¹¹⁹ C. cost., 31.1.1991 n. 45, in *GCos* 1991, 304 ss.

¹²⁰ Critiche alla pronuncia sono espresse da G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 366 s.: «l'esame diretto del tribunale del riesame [...] non costituisce un diritto soggettivo perfetto dell'interessato, ma degrada a una sorta di interesse affievolito, rimesso alla scelta discrezionale ed insindacabile del giudice».

¹²¹ E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, cit., 6.

¹²² E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, cit., 4, nota 10.

Tanto precisato, veniamo all’attuale modifica dell’art. 309 co. 8-bis Cpp: come si è visto, l’imputato – nel senso di cui sopra – ha diritto di comparire personalmente (a patto che abbia fatto richiesta), o di intervenire in videoconferenza «quando una particolare disposizione di legge lo prevede»¹²³. Altrimenti, la partecipazione via *web* può essere autorizzata dal Presidente del Tribunale della libertà col consenso dell’imputato.

Lasciando da parte per il momento l’ipotesi del consenso, vi è da interrogarsi sul significato da attribuire qui al «quando una particolare disposizione di legge lo prevede».

Merita, anzitutto ricordare che il decreto legislativo qui in commento non ha, nel tentare una risistemazione della materia, abrogato le precedenti norme delle disposizioni d’attuazione, le quali – seppure in qualche misura “amputate”, a tutto vantaggio delle nuove regole codicistiche¹²⁴ –, rimangono in vita. Occorre dunque aver riguardo, da una parte, all’art. 45-bis NAttCp – che ancora disciplina la partecipazione a distanza alle udienze in camera di consiglio –, nonché alle situazioni di cui all’art. 146-bis, co. 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater NAttCp, da esso richiamate, per quanto compatibili con l’udienza di riesame. Allo stesso modo, permane pure l’art. 205-ter NAttCp, che prescrive la modalità di partecipazione in parola per l’imputato detenuto all’estero che non possa essere trasferito in Italia.

Spiace anzitutto constatare, sul piano della tecnica normativa, che il legislatore ha perso l’occasione per mettere ordine alla disciplina, la quale, a causa del rinvio, rimane di difficile interpretazione quanto a presupposti generali e condizioni di applicabilità¹²⁵. Insomma, il richiamo al «quando una particolare disposizione di legge lo prevede»¹²⁶ pare scontare un certo timore di ingenerare vuoti, nell’elencazione delle

¹²³ Forse non è inopportuno fare presente che, già all’indomani della riforma del 2015, in dottrina si precisava che la comparizione personale era un diritto dell’imputato che l’avesse richiesta, salvo che ci fossero i presupposti dell’art. 45-bis NAttCp: P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.6.2015, 23, nota 71; E. Marzaduri, *sub Art. 11 l. 47/2015*, cit., 8.

¹²⁴ Alludo, evidentemente, ai diversi commi (2, 3, 4, 5 e 6) dell’art. 146-bis NAttCp, i cui contenuti, seppur rimaneggiati, sono stati trasfusi nell’art. 133-ter Cpp.

¹²⁵ In relazione alle versioni primigenie delle disposizioni richiamate, M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all’art. 41-bis ord. penit.*, cit., 170; D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 209; E. Marzaduri, *sub art. 2 l. 7.1.1998 n. 11*, cit., 877; G. Saccone, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano 1998, 125 ss.

¹²⁶ La medesima formulazione viene utilizzata nell’art. 422 co. 2 Cpp in relazione all’integrazione probatoria in udienza preliminare, ove si dice che il giudice dispone lo svolgimento a distanza dell’esame «quando una

ipotesi, ma finisce così per costringere l'interprete a effettuare lo sforzo di raccordo, e provoca quindi qualche riserva in punto di intellegibilità.

È scontato che il detenuto in regime di 41-bis Op vada sentito a distanza¹²⁷. Quanto ai detenuti fuori circoscrizione per reati di «“prima fascia”»¹²⁸, l'esigenza che «[I]e forme partecipative a distanza previste dalla legge [trovino] – per coerenza – [...] applicazione in ogni occasione di udienza, quale ne sia l'oggetto»¹²⁹, porta a ritenere il caso applicabile anche alle udienze in camera di consiglio: ne discenderebbe che per i gravi delitti richiamati, in luogo del diritto del custodito fuori circoscrizione di presenziare di persona all'udienza ex art. 309 Cpp, vi sarebbe automaticamente una partecipazione “da remoto”, salvo diverso provvedimento del giudice.

D'altro canto, il riferimento al dibattimento di particolare complessità, di cui all'art. 146-bis co. 1-*quater* NAttCp, potrebbe escludere la partecipazione a distanza all'udienza di riesame per una misura cautelare disposta in indagini preliminari¹³⁰,

particolare disposizione di legge lo prevede», oppure col consenso delle parti. A riguardo G. Piziali, sub art. 45-bis NAttCp, in *Codice Giarda-Spangher*, III, Milano 2023, 3218, ritiene che tra queste disposizioni non sembra potersi ricomprendere l'art. 45-bis NAttCp, giacché la stessa rinvia solo all'art. 146-bis NAttCp, e non all'art. 147-bis NAttCp, con la conseguenza di far rimanere esclusa la possibilità di procedere all'esame a distanza. L'Autore sottolinea poi che tale scelta, con ogni probabilità, dipende dalla considerazione per cui, di norma, in sede camerale non si svolge attività istruttoria; scelta non più in linea con l'attuale fisionomia dell'udienza preliminare.

L'improprietà del riferimento all'*esame*, in luogo di *audizione* o di *interrogatorio*, da parte dell'art. 422 co. 2 Cpp, viene evidenziata da D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467, eccezion fatta per l'ipotesi di osservanza delle forme dibattimentali di cui all'art. 422 co. 4 Cpp.

¹²⁷ L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, cit., 147, già all'indomani della riforma del 2000 evidenziava che «ogni udienza tenuta in camera di consiglio alla quale l'imputato o il condannato detenuto ex art. 41-bis ord. penit. avrebbe diritto a partecipare si svolgerà comunque con le forme dell'intervento a distanza».

B. Galgani, *L'art. 41 bis ord. penit.*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti, L. Lupária Donati, Bologna 2020, 1152 s., specifica, da un lato, che la riforma del 2017 non ha modificato la posizione dei sottoposti al carcere duro sotto il profilo qui in rilievo, e, dall'altro lato, che in giurisprudenza (Cass. 12.4.2018 n. 22039, in *CEDCass.*, m. 272749) si è precisato che la partecipazione a distanza è imposta solo quando la misura detentiva speciale sia ancora in essere.

¹²⁸ Chiama così i delitti di cui agli artt. 51 co. 3-bis e 407 co. 2 lett. a Cpp G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., 131.

¹²⁹ Testualmente, R. Magi, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerale (commi 77-80 L. N. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche a codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano 2017, 197.

Di analogo avviso pare essere A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, cit., 464: «[I]e modifiche sono avvenute attraverso un rinvio ai commi 1, 1 bis, 1 ter dell'art. 416 bis, per cui anche nei procedimenti camerale [...], per gli imputati per taluno dei delitti di cui agli artt., 51, comma 3 bis, 407, comma 1, lett. a), c.p.p., la partecipazione all'udienza avverrà sempre a distanza, salva sempre la possibilità, di un diverso provvedimento del giudice» (corsivo nostro).

¹³⁰ Sembra confermare questa lettura la *Relazione al d.d.l. C n. 1845* (a p. 4), richiamata da M. Bargis, *Udienze in*

quando incompatibile¹³¹, salvo letture – condivisibili – che sostituiscano al «dibattimento di particolare complessità» la dizione «procedimento di particolare complessità»¹³².

Ci si chiede poi se, ai sensi del predetto co. 1-*quater*, il Tribunale del riesame possa decidere di surrogare la comparizione fisica con la partecipazione in video anche per gravi ragioni di sicurezza. Verrebbe da dire, a tale proposito, che esigenze di quel tipo, almeno aderendo a una lettura restrittiva, siano già ricomprese nel caso del regime penitenziario speciale sopra citato. Egesi stretta che pare giustificata, specie alla luce della giurisprudenza (della Corte costituzionale e della Suprema Corte) che aveva richiamato all'importanza della partecipazione di persona dell'imputato alla udienza di riesame, ritenendo che, nell'ambito in questione, l'autodifesa assume ben maggiore pregnanza rispetto alla difesa tecnica¹³³. Ciò in virtù del fatto che, stante la natura di mezzo di gravame, la possibilità di prospettare motivi nuovi, in merito agli indizi di colpevolezza, alle esigenze cautelari e all'adeguatezza e proporzionalità della misura stessa, «connota di spiccato rilievo la presenza [dell'imputato] all'udienza camerale»¹³⁴. In altri termini, come nota attenta dottrina, «l'urgenza nasce in special modo dal tentativo di profittare della presenza fisica dell'imputato per ottenerne delucidazioni su aspetti intimamente legati alla sua persona; il giudice consapevole di dover indagare la relazione tra quel soggetto e determinati comportamenti, che si assumono tenuti in passato o si tratta di pronosticare per il futuro, più facilmente ricercherà nella percezione diretta delle qualità umane il riscontro delle attitudini individuali evincibili dagli atti»¹³⁵. Viene quindi da chiedersi se tutto questo sia ottenibile attraverso il *medium* dello schermo. Se pare condivisibile la preferibilità della partecipazione virtuale all'udienza tenuta dal Tribunale del riesame rispetto alla rogatoria interna¹³⁶, qui l'alternativa è tra comparire fisicamente davanti al giudice avente la competenza funzionale ovvero collegarsi da altro luogo con esso: ciò posto, pare lecito continuare

teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit., cit., 170, ove si legge, tra gli esempi di particolare complessità del dibattimento che potrebbero trovare applicazione anche per la partecipazione a distanza alla camera di consiglio, quelle del riesame e dell'appello «avverso ordinanze in materia di libertà personale emesse in dibattimento».

¹³¹ G. Saccone, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, cit., 127.

¹³² È la tesi sostenuta, ad esempio, da E. Marzaduri, *sub art. 2 l. 7.1.1998 n. 11*, cit., 880.

¹³³ Cass. S.U. 22.11.1995 n. 40, n.m. sul punto.

¹³⁴ Cass. S.U. 22.11.1995 n. 40, cit.

¹³⁵ D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 240.

¹³⁶ Di quest'ultimo avviso, D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 238. Parimenti, ritiene che il ricorso allo strumento in parola garantisca, rispetto all'audizione per rogatoria, l'immediatezza del contraddittorio, P. Spagnolo, *op. cit.*, 233.

a nutrire dubbi sulla reale capacità del mezzo in questione di consentire al giudice quella diretta percezione delle qualità dell'imputato, necessaria per valutare le esigenze cautelari e l'adeguatezza/proporzionalità della misura, valutazioni queste che finiscono per connotare il giudizio di aspetti personologici¹³⁷.

Convieni adesso spendere qualche parola sulle udienze camerali caratterizzate da un contraddittorio meramente eventuale e facoltativo. Ribadito che là dove “le parti sono sentite se compaiono” non esiste un diritto alla presenza, qualora si tratti di detenuti o internati fuori dalla circoscrizione del giudice, per tradizione che discende dai tempi del codice abrogato¹³⁸, gli stessi vengono sentiti dal Magistrato di sorveglianza del luogo. Con l'ausilio della tecnologia, che rende ora possibile rispettare le contrastanti esigenze sottese – di celerità e di audizione a opera del giudice competente, senza oneri di spostamento o impegnativi trasferimenti –, viene modificata la norma archetipo (art. 127 co. 3 Cpp) prevedendo la possibilità di sentire l'interessato che si trovi *extra*-circoscrizione in collegamento, nei casi previsti dalla legge o col suo consenso. Regola che troverà applicazione, ad esempio, nell'appello cautelare di cui all'art. 310 Cpp, disposizione rimasta impermeabile alle modifiche del riesame di cui si è dato conto. Così facendo, l'audizione anticipata del Magistrato di sorveglianza del luogo diviene ipotesi residuale¹³⁹, il che si ripercuote positivamente sul principio di immediatezza.

Quanto al procedimento di esecuzione (art. 666 Cpp, al quale rinvia l'art. 678 Cpp in tema di procedimento di sorveglianza¹⁴⁰), che rientra tra i riti a contraddittorio necessario¹⁴¹ (tra p.m. e difensore: l'interessato è sentito personalmente “su richiesta”), una disposizione parzialmente diversa prevede, in generale, l'audizione a distanza dell'interessato che abbia richiesto di essere sentito personalmente, nei casi previsti dalla legge o col suo consenso. Se invece lo stesso è detenuto fuori dalla

¹³⁷ P. Spagnolo, *op. cit.*, 221.

¹³⁸ G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 180, sottolinea che trattasi di scelta reiterata dal codice del 1930 ove il congegno normativo in parola era previsto con riguardo all'incidente d'esecuzione.

¹³⁹ F. Porcu, sub art. 127 Cpp, in *Codice Giarda-Spangher*, I, Milano 2023, 1747.

¹⁴⁰ Sulla partecipazione dell'interessato al procedimento di sorveglianza si veda M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano 2009, 296 ss.

¹⁴¹ A riguardo, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 325 s.

circostrizione¹⁴² e non presta il consenso al collegamento, viene sentito in rogatoria interna¹⁴³, salvo che il giudice ne disponga la comparizione personale¹⁴⁴.

Posti i gravi inconvenienti pratici che scongiurarono al codificatore di prevedere un diritto per il condannato alla comparizione personale¹⁴⁵, quest’ultima risulta essere allora una di quelle ipotesi in cui la tecnologia può contribuire alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza, senza andare a scapito del diritto di audizione dell’interessato¹⁴⁶.

7. Venendo al *clou* – sotto il profilo sia simbolico, sia sistematico – della nuova disciplina, la riforma Cartabia osa quello che neppure la legislazione dell’emergenza sanitaria era riuscita ad attuare (almeno, non stabilmente¹⁴⁷): varcare la soglia dell’istruzione dibattimentale, permettendo ora al giudice di disporre che l’esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, dei soggetti di cui all’art. 210 Cpp e delle parti private si svolga a distanza (art. 496 co. 2-*bis* Cpp).

A scongiurare l’effetto del “volo troppo vicino al sole”, il legislatore subordina quanto precede al consenso delle parti¹⁴⁸, sfruttando così l’argomento facente leva sulla

¹⁴² Per i dubbi di legittimità costituzionale della distinzione tra detenuti dentro e fuori dalla circostrizione del giudice, a mero titolo esemplificativo, F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell’esecuzione*², Torino 2011, 339, anche per i riferimenti bibliografici a nota 137.

¹⁴³ G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerati*, cit., 336 s., per le ragioni di critica all’uso della rogatoria interna in esecuzione.

¹⁴⁴ Eccezione, quest’ultima, in relazione alla quale G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerati*, cit., 338, ravvisava una «discrezionalità valutativa ai limiti dell’arbitrio».

¹⁴⁵ «[S]ono state decisive le esigenze organizzative e di sicurezza che sarebbero rimaste gravemente compromesse ove si fosse optato per un indiscriminato diritto dei detenuti alla traduzione. Al riguardo è da tener presente che spesso il giudice dell’esecuzione ha sede in luogo distante da quello dove è ristretto il condannato; e che l’incidente può essere sollevato, anche senza la intermediazione del difensore, in qualunque momento e per le più svariate ragioni. Sussisteva dunque un concreto pericolo di iniziative strumentali, anche le più pretestuose, da parte di pericolosi criminali, finalizzate unicamente ad ottenere il trasferimento (per tentare la fuga, mantenere contatti con altri membri dell’organizzazione criminale, riaffermare la propria presenza nell’ambiente di origine, eventualmente per compiere vendette o eliminare avversari)»: *Relazione al progetto preliminare*, in C. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova 1990, 1424 s.

¹⁴⁶ Auspicava che venisse garantito il collegamento anche in presenza di un mero diritto di audizione, dal momento che «lo strumento della videoconferenza non può attribuire un diritto alla partecipazione a distanza qualora non esista un corrispondente diritto alla partecipazione fisica», L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell’imputato al procedimento*, cit., 148.

¹⁴⁷ P. Tonini, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *DPP* 2022, 294, rammenta il momento iniziale di incertezza che ha preceduto un rapido dietrofront.

Sul punto, anche E. Mancuso, *op. cit.*, 5.

¹⁴⁸ Nel senso che trattasi di requisito che serve a rassicurare i più conservatori, D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 452. Considera l’atteggiamento del legislatore improntato alla prudenza pure M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, in M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma*

costituzionalizzazione della volontà dell'imputato¹⁴⁹ (art. 111 co. 5 Cost.) attuata dalla riforma del giusto processo. Come a dire, «in un sistema che contempla il patteggiamento e il giudizio abbreviato, permettendo alle parti di contrattare sull'entità della pena e, addirittura, all'imputato di chiedere di essere giudicato sulla base di atti di indagine scritti», la formazione della prova a distanza non sarebbe «nulla di rivoluzionario»¹⁵⁰.

Ma vi è di più: guardando allo specifico campo qui di interesse, già alcune norme in tema di ordine europeo d'indagine (artt. 18 co. 2 e 39 co. 2 d.lgs. 21.6.2017 n. 108¹⁵¹) e di rogatorie (artt. 726-*quinquies* e 729-*quater* Cpp) prevedevano il necessario consenso dell'indagato e dell'imputato all'uso della videoconferenza: rispettivamente, qualora si debba dare esecuzione alla richiesta di audizione; procedere alla sua audizione o alla partecipazione all'udienza davanti all'autorità straniera mentre è in Italia (rogatoria passiva) o, se si trova all'estero senza che possa essere trasferito in Italia, davanti all'autorità giudiziaria italiana (rogatoria attiva).

Pare allora che possa spiegarsi in quella chiave – cioè che, in sostanza, non si trattasse di elemento “di rottura” e quindi degno di grande nota – l'incuria con cui il legislatore regolamenta le plurime ipotesi di partecipazione ad atti e a udienze a distanza subordinate alla volontà di una o più parti: ritenendo che quanto ora previsto sia riconducibile a schemi consensuali noti da tempo¹⁵², non si è nemmeno reputato di

Cartabia, Torino 2022, 299.

¹⁴⁹ Sulla quale, a titolo meramente esemplificativo, G.M. Baccari, C. Conti, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *DPP* 2003, 885 ss.; H. Belluta, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *RDPr* 2003, 130 ss.; C. Conti, *Giusto processo*, in *ED, Agg. V* 2001, 637 s.; P. Ferrua, *Il “giusto processo”*⁷³, Bologna 2012, 169 s.; G. Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, in *EG, Agg. VIII* 2001, 9 s.; L. Marafioti, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *CP* 2002, 2933 ss.

¹⁵⁰ M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 66, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

¹⁵¹ Sui quali si veda, per tutti, M. Trogu, sub *artt. 18 e 39 d.lgs. 21.6.2017 n. 108*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 1058 ss. e 1092 ss.

¹⁵² Si adatta al caso di specie l'affermazione per cui «[l]a novità si colloca così nel solco della recente tendenza legislativa a valorizzare il ruolo delle parti nel processo, condizionando l'operatività di regole processuali, specialmente probatorie, alle valutazioni dei contendenti», utilizzata da P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Milano 2017, 87, a proposito dell'acquisizione al fascicolo dibattimentale. Nell'economia del presente lavoro il tema della giustizia consensuale/giustizia negoziata non può nemmeno essere sfiorato. Si rimanda dunque, per tutti, e limitandoci ad alcuni contributi monografici, a E.M. Catalano, *L'accordo sui motivi di appello*, Milano 2001; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010; R. Del Coco, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano 2004; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019; M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivo dell'accertamento penale*, Torino 2004, 151 ss.; M. Griffo, *Volontà delle parti e processo penale*, Napoli 2008; L. Marafioti, *La giustizia penale negoziata*, Milano 1992; A. Procaccino, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano 2010, 1 ss.

farne menzione nelle norme che dovrebbero essere il cardine della materia, ovvero i nuovi artt. 133-*bis* e 133-*ter* Cpp¹⁵³. Così facendo, il requisito del consenso viene ripetuto all'interno delle singole disposizioni modificate, ma rimane sguarnito di disciplina generale valevole per la partecipazione a distanza *tout court*.

Nulla viene detto, in primo luogo, sulle modalità con cui il consenso debba essere prestato, se richieda forme solenni, con quali tempistiche, se esso sia o meno revocabile. Inoltre, laddove sia richiesto l'accordo tra le parti, non si specifica tra quali di esse e come. Si rinnovano, in tal modo, molte questioni già sorte in dottrina con riguardo, ad esempio, all'acquisizione concordata degli atti delle indagini nel fascicolo del dibattimento¹⁵⁴.

Quanto al modo di espressione, trattandosi di pattuizione sul *quomodo*¹⁵⁵ che incide solo sul metodo attraverso il quale si forma la conoscenza, e non sull'*an* della formazione stessa, applicando le categorie passate verrebbe da escludere ogni necessità di dichiarazione personale dell'imputato. Infatti, mentre per la seconda tra le categorie menzionate (alla quale vengono ricondotte le varie ipotesi di “patteggiamento sulla prova”: artt. 431 co. 2, 493 co. 3 Cpp *et similia*), si richiede una manifestazione positiva di consenso, lo stesso non avviene necessariamente per la prima¹⁵⁶. Se appare difficile da negare – non fosse altro per la stessa rubrica riformulata della disposizione («Ordine e *modalità* dell'assunzione delle prove») – che anche il 496 co. 2-*bis* Cpp, al pari del precedente co. 2, attiene al *quomodo* e non all'*an* della formazione della conoscenza, diversamente da quest'ultimo, la disposizione di nuovo conio si pone in attrito con principi di rango tale da non tollerare accettazioni equivoche¹⁵⁷. Detto altrimenti, le due ipotesi non sono la stessa cosa: è vero che invertire l'ordine di escussione può incidere sulla *performance* e quindi sul risultato probatorio¹⁵⁸, ma non tange l'immediatezza, intesa come rapporto privo di *medium*,

¹⁵³ D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467.

¹⁵⁴ P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 87 ss.

¹⁵⁵ Questa distinzione “scalare” tra fattispecie negoziali si deve ad A. Camon, *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *RDPr* 2008, 57 ss.

Per la distinzione tra modelli negoziali forti e deboli, si vedano, per tutti, E.M. Catalano, *op. cit.*, 39 ss.; R. Del Coco, *op. cit.*, 9 ss.; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., 19 ss.

¹⁵⁶ A. Camon, *op. cit.*, 58, richiama l'esempio dell'art. 360 co. 4 Cpp, ove è ammessa una manifestazione implicita: se non si formula riserva di incidente probatorio, l'imputato consente alla forma meno garantita.

¹⁵⁷ Si veda ancora A. Camon, *op. cit.*, 59, sull'entrata in funzione «degli anticorpi costituzionali», man mano che ci si approssima al momento dell'accertamento.

¹⁵⁸ Sulla importanza dell'ordine di escussione per la strategia, si vedano le parole di F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *RIDPP* 2021, 482, che parla dell'esame incrociato come di un «condurre il teste

appunto, tra il giudice che pronuncerà la sentenza e la fonte di prova¹⁵⁹. Pare condivisibile allora che, vista l'importanza della posta in gioco, sia necessaria una manifestazione espressa e inequivoca, meglio se resa personalmente dall'imputato¹⁶⁰, e non generica. Tuttavia, appare assai probabile che giurisprudenza e operatori, al fine di sfruttare a pieno le potenzialità deflative del congegno, faranno leva sul fatto che l'apprezzamento sulle modalità, per la sua natura tecnica, debba essere lasciato al dominio del difensore, unico in grado di apprezzare realmente se la partecipazione fisica, *de visu*, possa giovare alla strategia¹⁶¹. Tesi, quest'ultima, sostenuta in passato dalla Consulta¹⁶², proprio con riguardo agli accordi acquisitivi di cui all'art. 493 co. 3 Cpp: là si era detto che la scelta in parola non è riservata alla parte, essendo essa “scelta tecnica”, per cui non è necessaria alcuna procura speciale. Ebbene, proprio a causa della sua delicatezza, la dottrina¹⁶³ aveva palesato grandi perplessità sulla conclusione, specie se riferita a difensori d'ufficio di imputati assenti, spendendo considerazioni che possono essere reiterate anche in relazione alla ipotesi di cui qui si discorre¹⁶⁴. Per di più, così argomentando, cioè ritenendo che la scelta sulla modalità di assunzione della prova sia scelta tecnica, secondo alcuni non sarebbe nemmeno invocabile il potere *ex art. 99 co. 2 Cpp* dell'imputato di privare di effetto, con una contraria dichiarazione, l'atto compiuto dal proprio rappresentante¹⁶⁵.

Se quanto precede è corretto, non può che destare preoccupazione: in assenza di sinallagma¹⁶⁶ alcuno per l'imputato che presti il consenso alla formazione della prova con modalità “a distanza”, vi è il rischio concreto che nella prassi la scelta “tecnica” sia

attraverso un percorso pensato, fatto di passaggi gradualmente, di approfondimenti insistiti, scatti in avanti, dettagli, ritorni, trappole, induzioni a contraddirsi».

¹⁵⁹ A riguardo, I. Calamandrei, *Immediatezza (principio di)*, in *DigDPen*, VI, 1992, 149 ss.

¹⁶⁰ D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 471.

¹⁶¹ Ancora, a tal riguardo, D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 468.

¹⁶² C. cost., 8.6.2001 n. 182, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶³ Per tutti, P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 120 s.

¹⁶⁴ Come fa, del resto, D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 468: «Eppure il problema di fondo rimane, molto serio: difensori impreparati, privi di rapporto fiduciario con l'assistito o poco incentivati economicamente, specie se assistono imputati assenti, sono esposti con facilità alla tentazione di limitarsi al compimento di esami testimoniali a bassa intensità, di burocratica sommarietà, quali derivano dall'impiego della videoconferenza».

¹⁶⁵ Lo fa notare, sempre con riguardo all'accordo acquisitivo di cui all'art. 431 co. 2 Cpp, P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 124 s., richiamando G. Frigo, *Difensore*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, I, Milano 1989, 600 ss.

¹⁶⁶ La possibilità di prevedere una qualche forma di premialità era stata ipotizzata da Benedetta Galgani nel già citato convegno di Ferrara, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*.

rimessa (almeno per quanto riguarda il nocciolo duro dei processi celebrati ogni giorno nelle nostre aule di giustizia, da difensori d’ufficio, per reati che non suscitano particolare allarme sociale e privi di qualsiasi eco mediatica) all’interesse del professionista, che magari confida nella benevolenza delle autorità giudiziarie, in quel processo o in altre cause da lui trattate; il che andrebbe, ancora una volta, a scapito degli imputati meno abbienti e che più soffrono l’ineffettività della difesa¹⁶⁷.

Sulla carta (e forse con una dose eccessiva di ottimismo), potrebbe arginare il pericolo paventato il fatto che la scelta sulla modalità di assunzione della prova sia rimessa alle parti, visto che il rappresentante dell’accusa *dovrebbe* sempre propendere per la soluzione più congeniale agli interessi di giustizia¹⁶⁸, rifuggendo dal collegamento virtuale quando lo stesso non sia in grado di garantire il risultato euristico¹⁶⁹; così come, sempre in chiave ottimistica, la circostanza per cui la *conventio* tra le parti non sia vincolante per il giudice terzo.

Quanto agli altri coinvolti nell’accordo, stando al tenore letterale, indicandosi genericamente il consenso delle parti, senza altra specificazione, pare ragionevole concludere che serva l’accordo di tutte le parti costituite nel processo¹⁷⁰. Se poi la

¹⁶⁷ Sul fatto che gli accordi in tema di prova siano spesso frutto di scelte derivanti da «lusinghe, adescamenti, minacce», in un contesto che vede posizioni di istituzionale imparità tra le parti, A. Camon, *op. cit.*, 62 s.

B. Galgani, *sub art.* 40 l. 16.12.1999 n. 479, in *LP* 2000, 505, all’indomani dell’introduzione del “patteggiamento sulla prova” si chiedeva se fosse «poi così inverosimile paventare il rischio di avventati “baratti di consenso” tra accusa e difesa che, pur in nome di una formale collaborazione e di un’accelerazione dei tempi del processo, potrebbero aumentare il vantaggio della prima sulla seconda?».

Considerano gli scambi in parola «prassi degenerative [...] senz’altro illegittime» G.M. Baccari, C. Conti, *op. cit.*, 883. Cfr. L. Marafioti, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, cit., 2938, per il quale le trattative extraprocessuali di cui si tratta, essendo implicitamente presupposte dalle disposizioni sugli accordi acquisitivi, non sarebbero né illegittime, né vietate.

A riguardo, con specifico riferimento all’utilizzo delle circostanze, F. Nicolichia, *Consenso del difensore all’acquisizione dibattimentale degli atti d’indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all’incrocio tra diritto e processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 26.6.2020.

Richiama l’avvocatura al rispetto della deontologia e a non farsi abbagliare dalle sirene dei trattamenti di favore, con specifico riguardo all’esame a distanza, F. Trapella, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in www.archiviopenale.it, 15.12.2020, 20.

¹⁶⁸ M. Daniele, *L’immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 66.

¹⁶⁹ In ottica generale (astruendo quindi dalla alternativa secca partecipazione fisica/virtuale), si rammenta però quanto affermato da Oliviero Mazza, circa l’impossibilità di pre-stabilire se l’escussione può raggiungere un dato risultato: «se il contraddittorio è il metodo migliore di ricerca della verità, nessuno dovrebbe essere in grado di stabilire *ex ante* quale verità scaturirà dal confronto dialettico nel momento genetico della prova. Nessuno potrebbe, quindi, attestare *a priori* la superfluità del contraddittorio [...] a meno di non la stessa funzione euristica del contraddittorio». Testualmente, O. Mazza, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, 654.

¹⁷⁰ Si vedano P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 281, e M.L. Di Bitonto, *op. cit.*, 190, i quali precisano che il legislatore, ogniqualvolta intenda restringere l’accordo ad alcuni

mancanza di accordo di tutti precludesse il collegamento virtuale (a patto che lo stesso non sia imposto da altra disposizione), non sarebbe necessariamente un male¹⁷¹, dovendo le esigenze di economia processuale recedere dinnanzi ai valori primari del giusto processo.

Certo non si vuole negare che la previsione possa sortire un qualche effetto favorevole: si pensi all'escussione di appartenenti alla polizia giudiziaria¹⁷², sentiti, a distanza di anni, su attività compiute di cui, del tutto fisiologicamente, non conservano alcun ricordo, dovendo quindi ricorrere all'ausilio di quanto a suo tempo scritto, in aiuto alla memoria¹⁷³. Specie se trasferiti per ragioni di servizio in luogo lontano rispetto alla sede del processo, le “trasferte” per essere sentiti come fonte di prova risultano, da un lato, dispendiose per lo Stato, dall'altro, il più delle volte per nulla in grado di fornire un contributo sul piano conoscitivo. In tal caso, quindi, l'escussione a distanza, con la fonte collocata nell'ufficio di p.g., potrebbe in concreto giovare alla speditezza senza gravi pregiudizi per la difesa, e senza che si giunga a ipotizzare, in alternativa, il ricorso alla lettura del verbale vera e propria al fine di abbattere le spese di trasferta¹⁷⁴. Questo perché, già prima, quello che si aveva era «garanzia formale»¹⁷⁵, una larva di contraddittorio orale per la formazione della prova, che si riduceva nella lettura delle note di servizio di anni prima, dalla viva voce (quello sì) di chi le ha redatte

soltanto, lo fa espressamente.

¹⁷¹ Con specifico riguardo al tema qui in rilievo, D. Negri, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467, ravvisa la necessità del consenso di tutte le altre parti, per ragioni di «doverosa simmetria», criticando l'impostazione di quella dottrina che teme una diminuzione della portata applicativa dell'istituto se si pretendesse l'accordo di tutti. Cfr. M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, cit., 300, che riporta l'esempio del sistema statunitense ove basta il consenso del prevenuto.

¹⁷² Aveva ipotizzato il caso, tra le soluzioni dell'era pandemica che meritavano di essere “normalizzate”, L. Giordano, *op. cit.*, 921.

¹⁷³ Sul tema, S. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano 2000, 239 ss.; R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano 2011, 455 ss.

¹⁷⁴ Soluzioni queste entrambe già individuate, qualche anno fa, nelle Proposte di riforma dell'Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale (approvate dal Comitato Direttivo centrale nella riunione del 10.11.2018), documento leggibile al link www.associazionemagistrati.it/allegati/proposte-riforma-penale-approvate-dal-cdc-10nov18.pdf, 18 ss. Mette in guardia dalla proposta di modifica dell'art. 511 Cpp (la quale era così articolata: «il giudice può disporre che sia data lettura di atti redatti dalla polizia giudiziaria, da organi dell'amministrazione o da ogni altro organo con funzioni di accertamento nella parte relativa alla documentazione dell'attività svolta con esclusione delle parti relative alle valutazioni od alle ipotesi sulla base di essa formulate; le parti, in tale caso, possono chiedere l'esame dell'autore dell'atto di cui sia data lettura al fine di rivolgere domande a chiarimento delle circostanze emergenti dall'atto»), temendone la capacità espansiva, D. Negri, *La deflazione penale “aggressiva”: una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in www.discrimen.it, 7.11.2019, 5.

¹⁷⁵ Come noto, la distinzione tra garanzia sostanziale e garanzia formale si deve a P. Ferrua, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *QuestG* 2001, 1115 ss.

o sottoscritte¹⁷⁶.

8. Qui giunti, resta da formulare qualche osservazione finale.

A dispetto del potere “taumaturgico” del consenso delle parti, interpreti e operatori sono costretti a valutare con grande cautela l’impiego del mezzo tecnologico. Ciò che si vuol dire è che l’esame della fonte relegata altrove non corrisponde alla *cross examination*, tanto che appare probabile «che l’escussione del dichiarante da postazioni remote non verrà neppure fatta in esame incrociato il più delle volte»¹⁷⁷.

Se (come riteniamo) di surrogato¹⁷⁸ si tratta, invece che spalancare le porte dell’istruzione dibattimentale, forse si potevano percorrere vie diverse. E questo seppure l’apertura possa dipendere dal consenso dell’imputato – o, più probabilmente, del di lui difensore – e delle altre parti. Si vuole ribadire, qui, che il consenso è un φάρμακον: atto, nelle intenzioni, a mettere a tacere i motivi di preoccupazione, ma tale, nella realtà, da provocarne altre.

Ad esempio, volendo ipotizzare soluzioni alternative, in un’epoca in cui molto si discute sulla opportunità di mantenere una udienza preliminare che “non filtra”¹⁷⁹, eventualmente prevedendola a richiesta dell’imputato, avrebbe forse avuto senso svincolarla dai requisiti del combinato disposto degli artt. 45-bis e 146-bis NAttCp, al fine di consentirne una parziale smaterializzazione. Lo stesso per le udienze filtro/di

¹⁷⁶ Sempre nelle Proposte di riforma dell’Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale, cit., 21, si legge che in «non pochi casi la regola del contraddittorio orale, con esame incrociato di (talune categorie di) testimoni, ha natura apparente, perché si scontra con l’impossibilità, ed insieme inutilità, di un ricordo del testimone di centinaia di dati (nomi, date, numeri di telefono, cifre, etc.) fisiologicamente indicati nel corpo degli atti redatti (e dunque depositati, utilizzati nelle indagini, e noti a tutte le parti al momento del dibattimento). Ciò vale, esemplificativamente, per le ‘informative’ di polizia giudiziaria, per gli atti di accertamento di violazioni, per le stesse relazioni del curatore fallimentare, tutti atti non a caso sempre utilizzati dai redattori di essi, una volta esaminati come testimoni, a ‘supporto’ della loro memoria, previa autorizzazione del giudice, ciò che si risolve, nella sostanza, in un simulacro di prova orale».

¹⁷⁷ Opinione sostenuta da C. Cesari, *Il principio del contraddittorio: virtù e limiti*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo. Atti del Convegno. Roma 28-29 settembre 2018*, a cura di D. Negri, L. Zilletti, Milano 2019, 170, ricordando quella giurisprudenza che non riconosce alcuna sanzione in caso di violazione degli artt. 498 e 499 Cpp.

Sul differente approccio, da parte del legale, all’escussione del teste, a seconda che vi sia o meno il *medium* dello schermo, F. Morelli, *op. cit.*, 483.

¹⁷⁸ M. Daniele, *L’immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 62.

¹⁷⁹ La tesi “abolizionista”, come noto, è sostenuta da M. Daniele, *L’abolizione dell’udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in www.sistemapenale.it, 27.1.2020, 131 ss.

Contra, E. Amodio, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *CP 2022*, 16, nota 3; M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *DPP 2021*, 1052 s.

Mette in luce le disfunzioni della fase pure F. Cassibba, *L’ “insostenibile leggerezza” dell’udienza preliminare*, in *Crim 2015*, 69 ss.

smistamento¹⁸⁰; oppure, anche se il legislatore ha ormai imboccato la via ancora più *strong* della cartolarizzazione¹⁸¹, per le udienze d’appello.

Insomma, sono molte, anche in questo caso, le occasioni perdute.

Non si è tornati sulla intera disciplina delle videoconferenze per mettere mano alle precedenti situazioni, evitando così la stratigrafia tra vecchie disposizioni d’attuazione e nuove norme del codice. Così facendo, ci si trova dinnanzi alle “vecchie” ipotesi – alcune obbligatorie, altre discrezionali¹⁸² – derivanti dall’assetto post riforma Orlando, “quando una particolare disposizione di legge” prescrive l’uso del collegamento digitale, a cui vanno ora aggiunte quelle consensuali, che però non vincolano il giudice. Vero è che, se si fossero abrogate le relative disposizioni d’attuazione *in toto*, si sarebbe dovuti intervenire contestualmente su tutti i rimandi a esse... il che avrebbe inevitabilmente portato altri inconvenienti, oltre al rischio di sviste e dimenticanze.

Il dato che appare meno “perdonabile” consiste però nel non aver invertito la rotta rispetto alla riforma del 2017, in modo da restaurare le corrette gerarchie in caso di interessi di rilievo costituzionale in contrasto tra loro. Eppure l’insostenibilità dell’opzione legislativa allora prescelta, ovvero mettere in bilanciamento interessi i più disparati – quali sicurezza collettiva e ordine pubblico, tutela del diritto alla vita e alla integrità fisica di vittime e di testimoni, prevenzione dei reati ed efficienza processuale –, era stata denunciata dalla dottrina quasi unanime¹⁸³.

Bisogna quantomeno ammettere che la manovra di oggi è meno sfacciata di quella di ieri: se allora si era piegato il diritto alla presenza fisica dell’imputato all’esigenza di ridurre gli esborsi finanziari dello Stato necessari per tradurre in aula gli imputati detenuti, forgiando una disciplina «coerente, più che con un processo penale dei diritti, con una concezione manageriale (dal sapore tecnocratico) della giustizia»¹⁸⁴, oggi si sfrutta il *passepertout* del consenso delle parti.

¹⁸⁰ J. Della Torre, *L’espansione del processo a distanza negli itinerari dell’emergenza pandemica*, cit., 259; S. Lorusso, *Un patto tra magistrati e avvocati*, cit., 27.

¹⁸¹ A riguardo, per tutti, E.N. La Rocca, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni ordinarie: tra “efficienza” e snellimento*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 889 ss.

¹⁸² Bipartizione effettuata da M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., 2, il quale osserva come le predette categorie siano, a ben vedere, tra loro sovrapponibili.

¹⁸³ D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., 250 s.; M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., 7 e 9; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell’imputato in giudizio*, cit., 585.

¹⁸⁴ Con grande efficacia, S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”*, cit., 223.

Nel far ciò, nondimeno, il legislatore trascura che nel processo penale vi è una parte istituzionalmente debole, che per sciagura è la stessa parte che più ha da perdere nella contesa: da qui, i frequenti esempi di consenso mercanteggiato, se non proprio più o meno “estorto”, che costellano le ipotesi normativamente previste di “patteggiamento sulla prova” e simili¹⁸⁵.

Insomma, invece di ribadire che è, costituzionalmente e convenzionalmente, consentito infliggere menomazioni al binomio immediatezza-oralità quando lo richiedano gravi situazioni legate alla sicurezza collettiva e alla vulnerabilità di particolari soggetti, e non soltanto per esigenze di speditezza – che dipendono (anche) dai difetti endemici di organizzazione dell’apparato –, si è scelto con fare “pilatesco” di utilizzare il consenso dell’imputato o del difensore per lui, finendo per accentuare ancor di più lo squilibrio a favore dell’economia processuale.

¹⁸⁵ Oltre agli autori richiamati *supra*, sul punto si veda anche D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 485 ss.