

**LA VIDEOCONFERENZA NEL PROCEDIMENTO PENALE ITALIANO:
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA RECENTE RIFORMA CARTABIA
IN MATERIA DI PARTECIPAZIONE A DISTANZA**

di Antonella Falcone

(*Dottoranda di ricerca in diritto processuale penale,
Università degli Studi di Messina*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le “tecnologie dell’aula giudiziaria” e le videoconferenze: definizioni preliminari ed esperienze giuridiche europee in materia di collegamento audio-video a confronto. – 3. La “liberalizzazione” dello strumento audiovisivo nel procedimento penale italiano nell’ultimo trentennio. Coordinate normative di fondo. – 4. Le novità introdotte dalla riforma Cartabia in materia di connessioni virtuali. – 5. Meriti e mancanze del recente intervento riformatore in materia di partecipazione a distanza. – 5.1. L’uso della videoconferenza nel dibattimento e tenuta dei *core principles* della giustizia penale. – 5.1.1. *Remote participation*, diritto alla presenza fisica e principio del contraddittorio quale metodo epistemologico: tra razionalità emotiva e nuovi codici comunicativi a dibattimento. – 5.1.2 Contraddittorio e diritto al confronto al cospetto delle connessioni audiovisive. – 5.1.3 L’impatto delle connessioni virtuali sul principio di immediatezza. – 5.1.4 Le nuove frontiere tecnologiche: verso un realismo partecipativo sempre maggiore. – 5.1.5 Il diritto di difesa mediato dallo strumento tecnologico: tutela rafforzata o vulnera significativi? – 5.2. Il consenso degli interessati al collegamento telematico: requisito garantista o inutile orpello? – 5.2.1 Le ipotesi più problematiche della partecipazione a distanza vincolate al consenso delle parti interessate. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Nell’era del progresso tecnologico, gli strumenti informatici e telematici (ICTs)¹ rappresentano senza dubbio un valore aggiunto per l’amministrazione della giustizia penale in ragione del contributo che essi sono in grado di apportare in termini di efficienza ed efficacia al procedimento penale². Non può inoltre trascurarsi che

¹ La *Information and Communication Technology* (ICT) comprende piattaforme di videoconferenza, *Case Management System* (CMS), piattaforme di comunicazione digitale e scambio di dati, intelligenza artificiale e tecnologie di apprendimento automatico. Per un approfondimento sui termini tecnici si veda S. Signorato, *Indagini penali, Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 6 ss.

² Secondo E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.la legislazione penale. ue, 25.1.2022, 3, il concetto di efficienza

l'impiego della tecnologia nelle aule dei tribunali è in grado di favorire un controllo sull'operato delle autorità giudiziarie (come accade, per fornire un esempio, nel caso di un interrogatorio video e fono registrato), così concorrendo alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle attività procedurali. Significativamente tali considerazioni hanno indotto il legislatore italiano ad intervenire sulla digitalizzazione del procedimento penale prevedendo, nella riforma promossa dall'ex Ministro della Giustizia prof.ssa Marta Cartabia, misure *ad hoc* sul fronte della formazione degli atti informatici e del loro deposito telematico, nonché delle registrazioni audiovisive e della partecipazione a distanza alle udienze e a specifici atti.

Al netto delle censure che saranno mosse più avanti, alla riforma Cartabia va certamente riconosciuto il merito di aver tentato di adeguare la gestione degli "affari della giustizia penale" alle opportunità offerte oggi dalla tecnologia, nella ricerca di una soluzione agli irrisolti problemi del carico processuale dei tribunali e della eccessiva durata dei procedimenti penali³. Tuttavia, il risultato perseguito dagli organi di indirizzo politico, ancorché apprezzabile, impone una riflessione circa le modalità di realizzazione dello stesso. In particolare, l'intervento compiuto in materia di collegamenti audiovisivi, nella misura in cui ne ha esteso considerevolmente l'ambito applicativo oltre alle già contemplate ipotesi della partecipazione a dibattimento dell'imputato o dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia, suscita diversi interrogativi per le implicazioni che esso dispiega sui diritti e sulle garanzie fondamentali.

Più in generale, le *virtual participations* a udienze e attività procedurali non possono dirsi neutre e sollevano da sempre perplessità di ordine pratico e giuridico giacché toccano direttamente i *core principles* della giustizia penale, tra cui l'immediatezza e il contraddittorio, con ciò richiedendo una riconsiderazione della

deve essere inteso quale «capacità costante di un sistema operativo di rispondere ai propri fini». Per efficacia dovrebbe intendersi invece il grado di raggiungimento di un obiettivo prefissato che nel caso della giurisdizione penale non può che individuarsi nell'accertamento garantito della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio. Così B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Verso un processo penale virtuoso*, Milano 2022, 261.

³ Sempre il prof. Marzaduri sottolinea però che «traendo spunto dalla circostanza che già nell'intitolazione della l. n. 134 del 2021 si allude all'efficienza del processo penale, l'interprete potrà sì legittimamente convenire con chi ha osservato che in tal modo 'efficienza' diventa "la parola chiave" della riforma della ministra Cartabia, ma dovrà anche evitare di rinvenire il significato di detta espressione sulla scorta di un rapporto privilegiato, se non addirittura esclusivo, con l'esigenza di assicurare una ragionevole durata ai processi penali». E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 3.

dialettica processuale, della stessa nozione di “udienza” e, soprattutto, della effettività del diritto di difesa.

Le preoccupazioni appena manifestate hanno polarizzato l’attenzione del mondo accademico già a partire dagli anni ’90, da quando, cioè, il mezzo audiovisivo ha fatto il suo primo ingresso nel processo penale con l’esame a distanza dei collaboratori di giustizia (art. 147-*bis* NACpp) e con la partecipazione virtuale al dibattimento degli imputati detenuti per reati di mafia (art. 146-*bis* NACpp)⁴. I profili più delicati inerenti alle connessioni *online* hanno interessato i piani internazionale⁵ e transnazionale, i quali hanno storicamente rappresentato un vero e proprio banco di prova della *remote justice*⁶. Soprattutto a livello transfrontaliero, la necessità di favorire la cooperazione internazionale o di risparmiare costi e tempo legati alle lunghe operazioni logistiche del trasferimento di indagati e detenuti⁷, è stata talvolta perseguita a scapito del diritto di difesa⁸. Le più serrate critiche alla giustizia virtuale, tuttavia, sono emerse durante

⁴ Fra le molte voci che hanno operato una puntuale ricostruzione delle principali criticità, si legga D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano 2006, 56 ss.

⁵ Si ricorda che già il Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia (ICTY) consentiva la partecipazione a distanza per proteggere vittime e testimoni vulnerabili. È interessante notare che nella nota sentenza *Prosecutor c. Tadić*, il Tribunale ha stabilito che la testimonianza introdotta in videoconferenza non può essere considerata alla stessa stregua di quella resa in aula. Il maggiore apprezzamento dell’affidabilità o meno delle prove dichiarative rese in presenza potrebbe far pensare ad un tentativo di valorizzazione del principio inquisitorio a livello internazionale; eppure, pare potersi ravvisare una soluzione di compromesso che tiene conto delle peculiarità dei diversi sistemi giuridici. *Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia*, 25.06.1996, *Prosecutor c. Tadić*, par. 21, cfr. www.icty.org. Ed ancora, nei procedimenti penali davanti alla CPI è normalmente richiesta la presenza; tuttavia, ai sensi degli artt. 68 e 69 dello Statuto di Roma, per proteggere le vittime e i testimoni vulnerabili o un imputato, le Camere possono condurre qualsiasi parte del procedimento a porte chiuse o consentire la presentazione di prove con mezzi elettronici o altri mezzi speciali (ivi comprese le videoconferenze o le tecnologie che alterano la voce o rivelano solo la *silhouette*).

⁶ La videoconferenza è solitamente definita “rogatoria del terzo tipo”. In questi termini M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 981.

⁷ Ciò accade per lo più perché alcuni Stati richiedono la presenza di indagati e imputati per l’espletamento di specifici atti, soprattutto, negli interrogatori svolti durante la fase cautelare e delle indagini. In questa ottica, l’intervento a distanza può rappresentare un’alternativa al trasferimento temporaneo di tali soggetti.

⁸ A titolo d’esempio, secondo la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sull’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell’area UE, l’esame in videoconferenza può essere diretto dall’autorità giudiziaria dello Stato richiedente secondo le disposizioni del diritto nazionale, con ciò delegandosi alla propria *lex interna* la definizione delle modalità e delle possibilità di coinvolgimento della difesa. A tal proposito, il mancato riferimento all’assistenza di un avvocato desta preoccupazioni. La persona interrogata telematicamente nel corso di un’indagine transnazionale rischia, infatti, di essere privata della difesa legale in quei casi in cui, invece, la legge dello Stato richiesto pretende l’affiancamento di un avvocato. Per un approfondimento sul tema sia permesso rimandare a A. Falcone, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights* a cura di S. Ruggeri, L. Bachmaier Winter, Cham 2022, 189 ss. Tuttavia, abbracciando un’altra prospettiva, giova ricordare che la partecipazione in videoconferenza potrebbe facilitare l’esercizio della “doppia difesa” quando è oltremodo gravoso pagare due avvocati per partecipare ad una udienza in due Stati membri. Sottolinea questo beneficio M.

la pandemia da Covid-19 allorquando, per assicurare il diritto alla salute, i procedimenti penali allora in corso sono stati sospesi o, nella migliore delle ipotesi, sostituiti con la partecipazione virtuale alle udienze di tutte, o quasi tutte, le parti interessate, così favorendo la celebrazione di vere e proprie *virtual hearing*⁹. Non si possono certo sottovalutare i vantaggi che la tecnologia da remoto ha apportato al funzionamento dei sistemi giudiziari e, a sua volta, al mantenimento dello Stato di diritto in una parentesi storica difficile per i sistemi liberal-democratici¹⁰. Eppure, nonostante gli evidenti benefici a favore del sistema giustizia, né la dottrina né l'avvocatura hanno accolto all'unanimità il massiccio ricorso alle connessioni virtuali. Alcuni hanno intravisto nella legislazione d'urgenza che le ha previste un'occasione utile per introdurre strumenti idonei ad incidere su principi essenziali della giustizia penale¹¹, quali l'oralità, la pubblicità e l'immediatezza¹². Altri hanno evidenziato una

Bargis, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *DPenCont* 2017, 40 ss. Inoltre, sempre entro l'ottica di valorizzazione dello strumento tecnologico, si rinvia all'analisi condotta da A. Falcone. C. Orlando, *The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice*, in *Galileu* 2023, in fase di pubblicazione, i quali rammentano che il ricorso alle videoconferenze transnazionali rappresenta una valida alternativa alle rogatorie scritte in cui viceversa il diritto dell'imputato di contestare le argomentazioni dell'accusa è fortemente compromesso.

⁹ In generale, in molti Stati dell'Europa, gli indagati sono stati interrogati da pubblici ministeri e giudici a distanza nelle stazioni di polizia e l'assistenza legale è stata fornita tramite un collegamento telefonico o tramite una strumentazione video, mentre i procedimenti di custodia cautelare si sono svolti attraverso connessioni *online* installate nei luoghi di detenzione. Infine, si sono tenute udienze in videoconferenza per acquisire prove dichiarative e per discutere questioni cruciali nel rispetto, per quanto possibile, del principio del contraddittorio. Per un esame delle sfide che le Corti europee hanno dovuto affrontare durante la prima ondata del virus COVID-19, si veda il rapporto OCSE, *The functioning of Courts in the Covid-19 pandemic: A Primer*, in www.osce.org, 2.11.2020.

¹⁰ Con l'intento di avvalorare le potenzialità applicative della "giustizia a distanza", oltralpe c'è stato addirittura chi, per meglio garantire il diritto di accesso alla giustizia, ha sollecitato l'avvento di un nuovo modo di pensare al futuro dei tribunali e ha promosso un sito web per aiutare i pratici del diritto a condividere le migliori esperienze e *best practises* sulle *remote hearings*. R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019.

¹¹ L'intervento statale nel diritto processuale penale derivante da "situazioni di eccezionale pericolo", come è noto, è frequente. In Italia, ad esempio, i cosiddetti "pacchetti sicurezza" hanno affrontato taluni emergenti fenomeni criminosi, solo apparentemente urgenti, attraverso l'introduzione di sanzioni, limitazioni delle garanzie, congelamento o esclusione dei benefici in ambito carcerario. Al riguardo, R. Orlandi, *Una giustizia penale a misura di nemici?* in *RIDPP* 2020, 7 ss; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in www.archiviopenale.it, 2020, 1 ss.

¹² Si vedano, fra i molti, V. Manes, M. Trevi, *Processo penale online: opinioni a confronto*, in www.dirittodidifesa.eu, 3.5.2020; 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. Di «normalizzazione dell'eccezionalità» parla L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, a cura di A. A. Dalia, Milano 1998, 59. D'altro canto, non si può ignorare che,

violazione della ritualità e della sacralità del processo penale, tradizionalmente concepite come elementi per veicolare l'equità procedimentale¹³. I timori legati all'uso delle strumentazioni audio-video non hanno, tuttavia, intaccato le intenzioni del nostro legislatore che, sull'onda dell'emergenza da Covid-19, con la l. 27.9.2021 n. 134 ha delegato il Governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1 co. 8 lett. c. D'altro canto, la stessa Commissione Lattanzi aveva auspicato di «non disperdere l'esperienza emergenziale che, al di là delle polemiche e delle resistenze, si era dimostrata positiva, sia per assicurare maggiore efficienza e rapidità al procedimento penale sia per incrementare i diritti della difesa»¹⁴.

Ebbene, da questo breve *excursus* può notarsi che, a fronte di un aggrovigliato labirinto normativo più volte rimaneggiato lungo un arco temporale di oltre trent'anni, il confronto giuridico-culturale sulla *remote justice* si è mantenuto pressoché identico a sé stesso e ha visto fronteggiarsi essenzialmente due "filosofie" estreme. Con uno sforzo di sintesi queste possono essere ricondotte rispettivamente ad un atteggiamento di totale respingimento e a uno di fideistica accettazione degli strumenti audiovisivi i quali, a loro volta, esprimono un diverso grado di apprezzamento dei diritti e delle garanzie riconosciuti nell'ambito della giustizia penale. Partendo da questi due diffusi approcci, non possiamo dunque esimerci dal

una volta superata l'emergenza sanitaria, le videoconferenze hanno continuato ad assumere una vasta portata applicativa potendosi ricorrere ad esse per esercitare l'azione penale, per procedere con l'archiviazione o emettere misure istruttorie o coercitive, nonché per avanzare richieste di riti alternativi rispetto a quello ordinario e perfino per condurre un interrogatorio di garanzia. Per un'accurata ricostruzione della normalizzazione della connessione *online* una volta superata la crisi sanitaria, cfr. B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 206 ss.

¹³ L. Semeraro, *Il pragmatismo dei giuristi e la sacralità del processo*, in *QuestG.*, 4.5.2020. «L'irruzione della tecnologia nello "spazio sacro" (lo *ieròs kùklos* dello scudo di Achille, descritto nel libro XVIII dell'Iliade) spezza la solennità ieratica delle tre antiche unità di tempo, luogo e azione tratte dalla tragedia greca». Così si esprime G. Di Chiara, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Crim* 2007, 1, 21. Più di recente, sempre in questi termini, G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in AA.VV., *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi, Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale (Campobasso, 13-14 ottobre 2017)*, Milano 2018, 136-140. Si rammenti inoltre il ruolo centrale e simbolico attribuito alla fisicità dal codice del 1988 per il quale «Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti» (art. 146 NAttaCp).

¹⁴ Così M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022, 22.

tentare di condurre un'indagine di più ampio respiro sui riflessi che il ricorso alle *virtual connections* per come è oggi configurato proietta sulla fisionomia del procedimento penale, al netto, chiaramente, di un corredo di valori considerati intoccabili perché posti a presidio di un accertamento penale equo¹⁵.

Pertanto, alla luce di queste prime battute introduttive il presente studio, dopo aver ripercorso succintamente l'evoluzione storica che ha interessato la giustizia virtuale nel nostro sistema giuridico, si prefigge di analizzare tanto le novità introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022 quanto il mancato intervento del legislatore italiano rispetto a questioni aperte connesse all'uso della videoconferenza, assumendo come angolo visuale privilegiato quello delle ripercussioni che le ICTs producono sull'immediatezza e il contraddittorio, ma anche sui diritti alla presenza fisica e alla difesa¹⁶. In tale prospettiva, fondamentale sarà il confronto con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il fondamentale ruolo da queste giocato nel bilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti e i "formanti" del procedimento penale con i valori vigenti in un determinato momento storico.

Nel perseguire questi obiettivi risulterà utile ricorrere ad una prospettiva metodologica che, rifiutando «tesi preconcepite ed automatismi di maniera», opera per «*check and balance*», soppesa «le poste in gioco», dosa «gli itinerari concreti» e approfondisce «gli ambiti di discrezionalità valutativa»¹⁷. Dal punto di vista di questo elaborato, una siffatta impostazione risulta senz'altro utile per due ragioni. Da un lato, per vagliare se, in vista del fine ultimo della riforma Cartabia, ovvero favorire una gestione efficiente del procedimento penale¹⁸, la tecnologia audiovisiva comporti o una

¹⁵ A tal proposito, non può non apprezzarsi quanto efficacemente sottolineato dalla prof.ssa Galgani, secondo la quale esistono regole processuali che richiedono di essere «ripensate e rifondate alla luce di nuove sfide assiologiche» e altre che, «garantendo la pienezza della giurisdizione, si ritengono irrinunciabili», B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 10.

¹⁶ Sul tema, *ex multis*, P. Bronzo, *Partecipazione al dibattito 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*, III, a cura di A. Gaito, G. Spangher, in *Gli accertamenti complementari*, coord. da M. Montagna, Torino 2011, 983-1000.

¹⁷ G. Di Chiara, «*Come s'uno schermo*», cit., 133.

¹⁸ Non si dimentichi che l'avvio della riforma si lega al perseguimento della riduzione del 25% della durata media dei processi penali italiani entro il 2026 quale tappa obbligata del PNRR. Sul punto S. Quattrococo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 2.11.2022, 1. L'Autrice evidenzia che «la riduzione dei tempi del processo, anche penale, produce, invero, effetti di lungo periodo, misurabili in termini di condizioni complessive socioeconomiche di un Paese, perché innesca effetti a cascata molto ramificati, capaci di indurre meccanismi virtuosi che certamente sfuggono a chi guardi al processo penale solo dalla specifica visuale offerta dalla postazione occupata nell'aula di udienza».

deroga o un affievolimento della tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali. Dall'altro, per saggiare se il ricorso ai dispositivi offerti dall'ICT, come auspicato dalla Commissione Lattanzi possa, al contrario, dare vigore e vitalità a quei diritti di difesa che sono spesso declamati ma non effettivamente tutelati¹⁹. Tutto ciò nella consapevolezza che ogni garanzia deve puntualmente confrontarsi con la ragionevole durata del processo la quale, lungi dall'identificarsi *sic et simpliciter* con l'efficienza del sistema, è un connotato essenziale del procedimento penale secondo l'art. 111 co. 1 Cost. Con l'ulteriore precisazione che la ragionevole durata sol si può postulare o pretendere rispetto ad un processo che comunque soddisfi tutte le condizioni di un esercizio equo della giurisdizione²⁰.

2. Prima di entrare nel vivo della ricerca è necessario chiarire alcuni concetti di fondo. Come è stato già specificato, l'attenzione di questo contributo si rivolge in particolar modo alle videoconferenze, strumenti che a seconda del contesto e delle finalità per i quali sono adoperati «possono dividere, ma anche avvicinare o proteggere le persone coinvolte nei procedimenti penali, tanto nazionali quanto transnazionali»²¹.

Ebbene, assieme alle teleconferenze, escluse tuttavia dall'oggetto precipuo della presente analisi, i collegamenti audio-video appartengono al novero delle c.d. "tecnologie dell'aula giudiziaria" a cui oggi può ricorrersi in diverse ipotesi²². Per quanto attiene più da vicino alla videoconferenza, essa usa connessioni digitali

¹⁹ Secondo la stessa Commissione «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». https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf

²⁰ Per i giudici di Palazzo della Consulta le «discipline che mirino ad assicurare nel giudizio di sorveglianza una sollecita definizione dei contenziosi, lungi dal rispondere a una logica di "efficientismo giudiziario che privilegia in chiave statistica la quantità a scapito della qualità delle decisioni giudiziarie", come sostiene il giudice *a quo*, costituiscono attuazione di un preciso dovere costituzionale. La ragionevole durata è un connotato identitario della giustizia del processo». Così C. cost., 24.3.2022 n. 74, in www.giustcost.org. Queste conclusioni, ancorché dettate in materia di giudizio di sorveglianza, ben possono estendersi all'argomento qui trattato a riprova della centralità del *dictum* costituzionale di cui all'art. 111 Cost. e, al contempo, della necessità di un suo affrancamento da un'ottica prevalentemente manageriale della giustizia penale.

²¹ S. Buzzelli, *Le videoconferenze transnazionali*, in *PPG* 2017, 326.

²² L'espressione si deve a F.I. Lederer, *Courtroom Technology: For Trial Lawyers the Future is Now. Popular Media*, in www.scholarship.law.wm.edu, 2008, 15 ss. Volendo fornire qualche esempio, i mezzi della ICT possono essere utilizzati per introdurre prove in giudizio tramite PowerPoint, proiezioni 3D o simulazioni virtuali. La tecnologia applicata al rito permette, inoltre, l'informatizzazione degli archivi giudiziari e la creazione di banche dati giuridiche per generare le prove stesse (intercettazioni, riprese video e audio) o, più semplicemente, per dare assistenza a distanza nei casi di testimonianza, esame e riconoscimento.

(definite anche virtuali o remote²³) per riunire giudici, difensori, testimoni, imputati e altre parti eventuali quando questi, per diverse ragioni, non si trovano fisicamente nello stesso luogo. Esistono, a loro volta, collegamenti solo audio, se effettuati telefonicamente o con sistemi solo audio, e video, per lo più svolti *online* tramite piattaforme digitali come Zoom, Microsoft Teams, Meet etc. Ancora, potrebbe ricorrersi solo parzialmente all'audio e al video (*blended* o *hybrid*), quando, cioè, solo alcuni dei partecipanti sono collegati tramite audio e video. Possono infine aversi udienze virtuali in cui tutte le parti utilizzano collegamenti audiovisivi (c.d. *virtual hearings*).

Al di là delle classificazioni, è difficile negare che l'irruzione della tecnologia audiovisiva nel procedimento penale abbia comportato in generale un nuovo modo di intendere il ruolo di pubblici ministeri, giudici avvocati ma anche di indagati, imputati, testimoni e vittime al punto da doversi interrogare se sugli stessi gravi o meno un dovere di "diligenza informatica" e in che termini questa deve essere configurata²⁴. Cosa accade, se l'avvocato non dispone di *hardware* e *software* adeguati a garantire una tele-video connessione? Si può imporre all'avvocato un obbligo di "*technological compliance*" senza pregiudicare la difesa²⁵? O, piuttosto, un dovere di competenza tecnologica dovrebbe gravare (anche) sulle autorità giudiziarie? ²⁶ Alcune

²³ Sulla portata semantica del termine "remoto" importato in Italia dall'esperienza anglosassone e sul suo uso improprio, si legga E. Amodio, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre "da remoto"*, in www.sistemapenale.it, 28.4.2020, il quale ha sottolineato che «mentre l'aggettivo italiano "remoto" guarda al passato perché si riferisce alla distanza nel tempo, il termine inglese "remote" può designare un'attitudine a proiettarsi nel futuro superando la distanza nello spazio, e operando così in luoghi diversi».

²⁴ Così R. Aprati, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?* in www.ilsistemapenale.it, 2020, 2, 131 ss.

²⁵ La casistica giurisprudenziale emersa durante il periodo pandemico ci fornisce qualche esempio. Secondo la Corte di Cassazione, i problemi tecnici legati alla videoconferenza che non consentono la sostituzione del difensore di fiducia – impossibilitato ad attivare l'udienza a distanza – con un difensore d'ufficio, comportano l'annullamento della decisione per violazione del diritto di difesa per assenza della parte o del difensore. Cfr. Cass. 5.2.2021, n. 16120. Al contrario, la mancata comunicazione al difensore delle speciali modalità di svolgimento dell'udienza in videoconferenza durante il procedimento di riesame di una misura cautelare disposta nei confronti di un detenuto al di fuori della circoscrizione del giudice, non comporta la nullità dell'udienza ma costituisce un'irregolarità. Tale irregolarità può essere sanata mediante la rinnovazione dell'avviso e la concessione di un termine idoneo per il difensore di decidere se raggiungere o meno il luogo in cui è ristretto il proprio assistito. In questo caso, non si applica il termine di tre giorni previsto dall'art. 309 co. 8 Cpp. Così T. Siracusa, 13.3.2020.

²⁶ Sul punto, si veda J.G. Browning, *Should Judges Have a Duty of Tech Competence?* in *St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics* 2020, 10, 2, 176 ss.

preoccupazioni di carattere tecnico potrebbero essere legate, ad esempio, all'uso e alla gestione dei microfoni²⁷.

Ad ogni modo, le trasformazioni tecnologiche che hanno ridisegnato la fisionomia del procedimento penale non sono state immediate e si sono piuttosto manifestate lentamente negli anni. D'altro canto, l'analisi comparatistica dimostra che in Europa, prima della pandemia, l'utilizzo delle videoconferenze è stato delimitato ad alcune isolate ipotesi, principalmente per facilitare le partecipazioni a distanza nelle aule dei tribunali in caso di reati gravi o per proteggere determinate categorie di persone (si pensi ai testimoni vulnerabili o alle persone esposte a ritorsioni da parte dell'imputato e dei suoi complici, ad agenti sotto copertura e a bambini e vittime che hanno subito abusi sessuali²⁸).

Se volessimo fornire dei significativi esempi tratti dall'esperienza giuridica straniera, non potremmo che richiamare l'ordinamento tedesco nel quale la presenza dell'imputato al processo è generalmente obbligatoria e la videoconferenza è ammessa per l'esame di testimoni la cui incolumità potrebbe essere a rischio, così come per i bambini e le vittime vulnerabili (§§ 58b e 247 co. 2 StPO)²⁹. E proprio a riprova della centrale importanza rivestita dall'*Anwesenheitspflicht* in Germania può menzionarsi la nota decisione del *Bundesverfassungsgericht* relativa ad un mandato d'arresto europeo (MAE) – emesso per dare esecuzione ad una sentenza pronunciata in contumacia nel Paese di emissione –, la *Solange III*, in cui i giudici costituzionali hanno collegato la partecipazione dell'*Angeklagte* al processo penale allo *Schuldprinzip* e, a sua volta, alla dignità umana (Art. 1 GG)³⁰. Altrettanto emblematico è il caso della Spagna, dove

²⁷ Tant'è che durante la pandemia, una avvocatessa del foro di Milano è stata illegittimamente messa a tacere con un clic dal giudice nel tentativo di gestire le voci sovrapposte in un momento di vivace dialogo tra le parti. Si legga l'intervista su www.extremaratioassociazione.it.

²⁸ Secondo un interessante studio condotto dalla Commissione Europea in relazione a tutti i 27 Stati membri, prima dell'emergenza sanitaria, l'uso della videoconferenza nelle udienze penali era possibile solo in 11 Paesi (42%), mentre era parzialmente consentito per gli esami dei dichiaranti in 14 Paesi (54%). Solo in qualche Stato membro (4%), i collegamenti a distanza non erano praticabili. Cfr. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd_digitalisation_en.pdf.

²⁹ Sull'utilizzo della videoconferenza in Germania durante la pandemia, si rimanda alle riflessioni di M. Lenk, *Die Corona-Pandemie – Digitalisierungsschub für den Strafprozess?*, in *Auf dem Weg zu einem modernen Rechtsstaat*, a cura di M. A. Bange, Göttingen 2021, 57-74.

³⁰ Cfr. *BVerG*, 15.12.2015, *Solange III*, in cui si dibatteva dell'opportunità che venisse celebrata a favore del ricorrente una nuova udienza in seguito ad una sentenza d'appello emessa in contumacia in Italia. M. Hong, *Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III: Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog* 18.2.2016, afferma che: «Nella sentenza *Solange III* la Corte costituzionale fa giustamente riferimento al principio di colpevolezza del diritto penale, che deriva dalla dignità umana. Essa avrebbe potuto facilmente attingere alla sua ricca giurisprudenza in materia di diritto ad un equo processo (art. 2 co. 1, in

interrogatori, testimonianze, confronti, perquisizioni, perizie e udienze si svolgono pubblicamente davanti a un giudice o tribunale con la presenza o l'intervento delle parti, salvo i casi previsti dalla legge (art. 229 co. 1 e 2 *LOPJ*). Infatti, la *LOPJ* ammette solo su autorizzazione dell'autorità giurisdizionale, che gli stessi atti e procedimenti possano essere svolti mediante videoconferenza o altro sistema analogo che consenta la comunicazione bidirezionale e simultanea di immagini e suoni e l'interazione visiva, uditiva e verbale tra due persone o gruppi di persone geograficamente distanti, assicurando in ogni caso la possibilità di contraddittorio delle parti e la salvaguardia del diritto di difesa.

È interessante notare che nello scenario europeo appena delineato la normativa in materia di video e teleconferenza che da sempre rappresenta, più di tutte, un *unicum* è proprio quella italiana. Il miglior modo per ricostruire i fili della disciplina appena rinnovata e per apprezzare l'attuale portata dell'istituto in esame nel nostro Paese è partire anzitutto dalla sua origine e dal peculiarissimo scenario sociopolitico che vi ha fatto da sfondo negli anni, sebbene una esaustiva disamina delle singole fonti esuli dalle finalità del presente contributo³¹.

3. Già a partire dai primi anni '90, all'indomani delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, il nostro sistema giuridico si poteva ascrivere tra quelli più innovativi in Europa giacché prevedeva che nei procedimenti per particolari ipotesi di reato, come quelli di mafia, si potesse fare ricorso alle videoconferenze al fine di interrogare i destinatari dei programmi di protezione³². Nel solco della riserva legislativa del "doppio binario", nel 1998, l'art. 146-bis *NAttaCp* per la prima volta è stata ammessa la partecipazione a distanza dell'imputato detenuto, mentre il d.l. 18.10.2001 n. 374, convertito in l. 5.12.2001 n. 438, ha ribaltato la logica fino ad allora vigente, che aveva

combinato disposto con l'art. 20 co. 3 *GG*) e di diritto all'ascolto (art. 103 co. 1 *GG*) per giustificare la conclusione, secondo la quale è stato violato il nucleo centrale di tali diritti o, come afferma la Corte, le "garanzie minime dei diritti dell'imputato nei processi penali"». Sull'argomento si leggano inoltre i contributi di O. Pollicino, M. Bassini, *Personal Participation and Trials In Absentia. A Comparative Constitutional Law Perspective*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in Absentia Trial in Europe*, a cura di S. Quattrocchio, S. Ruggeri, Cham 2019, 527-558; E. Demetrio Crespo, Á.M. Sanz Hermida, *In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 559-576.

³¹ Per una esaustiva ricostruzione storica di questo argomento prima dell'avvento della pandemia, si veda P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in www.penalecontemporaneo.it, 31.07.2017, 1 ss.

³² Così l'art. 147-bis *NAttaCp*, introdotto dal d.l. 8.6.1992 n. 306, convertito con emendamenti dalla l. 7.8.1992 n. 356.

considerato la presenza virtuale un'eccezione, e ne ha consacrato l'ordinarietà, non più solo nei confronti di accusati per uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp, ma anche per uno di quelli commessi ai sensi dell'art. 407 co. 2 lett. o e co. 4 Cpp, ovvero in materia di reati di terrorismo internazionale³³.

L'affastellata evoluzione normativa è proseguita poi nel 2001 con la l. 5.10.2001 n. 367 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che all'art. 205-ter NAttaCpp ha inserito l'ipotesi di partecipazione a distanza del detenuto all'estero, nonché l'esame a distanza del testimone e del perito.

I più strutturali e al contempo controversi contributi in materia si sono registrati però con l'emanazione del d.l. 23.6.2017 n. 103, alcuni dei quali sono peraltro rimasti invariati anche dopo la recente riforma. Le principali modifiche volute dal Guardasigilli dell'epoca Orlando hanno interessato la partecipazione virtuale di imputati in libertà³⁴, anche se testimoni³⁵, per la cui realizzazione sarebbe bastata – ed è invero tuttora sufficiente – l'imputazione per uno dei reati rientranti nelle categorie di cui sopra, senza la necessaria compresenza di alcuno dei presupposti oggettivi, di cui il giudice, invece, doveva in precedenza dare conto con decreto motivato da comunicare alle parti almeno dieci giorni prima³⁶. A questi soggetti se ne sono aggiunti

³³ L'introduzione e poi l'espansione di tale nuovo metodo partecipativo si prefiggeva di garantire vuoi una maggiore efficienza ai maxi-processi, contraddistinti da accertamenti macchinosi, vuoi le facoltà difensive alle decine di imputati che vi prendevano parte. Senza dilungarci oltremodo, ricordiamo che altro fine fu quello di contrastare il c.d. "turismo giudiziario" conseguente alla traduzione, da una sede all'altra, dei detenuti per mafia, i quali si avvalevano del diritto a intervenire di persona ai processi celebrati a loro carico con un impiego di mezzi non indifferente e con il rischio di ripercussioni sulla pubblica sicurezza. Senza considerare l'interferenza di tale fenomeno con i termini di durata della custodia cautelare i quali, una volta decorsi, favorivano la scarcerazione degli imputati.

³⁴ È stato puntualizzato che con l'uso del collegamento a distanza l'imputato può paradossalmente recarsi in qualunque luogo con la sola eccezione dell'aula del suo processo. Sul punto, P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPenCont.* 2017, 1266.

³⁵ Sull'argomento, si legga S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in www.la legislazione penale.eu, 2017, 12. Si veda pure R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano 2011, 549.

³⁶ L'art. 146-bis NAttaCpp nella sua formulazione originaria subordinava l'utilizzazione della videoconferenza alla presenza di presupposti sia soggettivi sia oggettivi. Quanto ai primi, come è stato precisato, lo strumento audiovisivo era allora applicabile ai soli detenuti per uno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp e riguardava i soli sottoposti a detenzione carceraria, cautelare o definitiva, a qualsiasi titolo. Quanto ai secondi, la partecipazione a distanza era ammessa i) per gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; ii) nel caso in cui il dibattimento fosse stato di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse stata necessaria per evitare ritardi nel suo svolgimento e, infine, iii) qualora si fosse trattato di detenuto sottoposto a regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit. La *ratio* di tale ultima previsione risiedeva nell'evitare che gli imputati assoggettati al regime penitenziario speciale approfittassero della celebrazione delle udienze per comunicare tra di loro e impartire direttive agli altri affiliati. Enormi perplessità suscitavano, in particolare, gli altri due requisiti per

altri due – ancora oggi contemplati – a favore dei quali la videoconferenza può operare sempre e, cioè, le persone ammesse a programmi o misura di protezione, incluse quelle di tipo urgente o provvisorio (art. 146-bis co. 1-bis NAttaCpp) e i destinatari del regime penitenziario di cui all'art. 41 bis ord. penit. Un decreto motivato del giudice può però disporre la presenza fisica, se ritenuta necessaria, tranne che nelle ipotesi di cui al 41-bis ord. penit, (art. 146-bis co. 1-ter NAttaCpp). A completamento di tale quadro, un'altra norma (anch'essa attualmente vigente) ha suggellato la massima apertura nei confronti del mezzo audiovisivo e ha accordato al giudice la possibilità – connotata da un forte contenuto valutativo – di ammettere con decreto motivato la partecipazione a distanza al processo al ricorrere di motivi di «sicurezza», in caso di «particolare complessità» e per «evitare ritardi», ovvero per assumere la testimonianza di una persona in stato di detenzione presso un istituto penitenziario a qualunque titolo (art. 146-bis co. 1-quater NAttaCpp)³⁷. Secondo quest'impianto normativo, tuttavia, se la presenza a dibattimento è indispensabile per procedere a confronto, ricognizione o altro atto implicante l'osservazione della persona, una volta sentite le parti, il giudice deve disporla³⁸. La legge Orlando è intervenuta anche sugli artt. 45-bis e 134-bis NAttaCpp (introdotti rispettivamente dall'art. 1 della l. 7.1.1998 n. 11 e dall'art. 14 d.l. 24.11.2001 n. 341) i quali, come ben si sa, dispongono la partecipazione a distanza anche ai procedimenti in camera di consiglio ed al giudizio abbreviato, quando questo si svolge in pubblica udienza. Sicché a partire dal 2017 anche in queste circostanze la partecipazione all'udienza per gli imputati per taluno dei delitti di cui agli artt. 51 co. 3-bis e 407 co. 1 lett. a Cpp deve avvenire sempre a distanza, fatta salva la possibilità di un diverso provvedimento del giudice; per gli imputati detenuti per reati comuni, invece, è virtuale solo a seguito di decisione specifica del giudice, assunta sulla base degli stessi criteri previsti per le connessioni in dibattimento.

l'eccessiva discrezionalità che veicolavano. Sul tema, *ex multis*, 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*, *op. cit.*, 989. Per una compiuta analisi dei concetti di “ordine pubblico”, “pubblica sicurezza”, “particolare complessità del dibattimento”, “necessarietà” e “esigenza di evitare ritardi” si legga la esauriente ricostruzione di E.A.A. Dei-Cas, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 7.4.2022, 12 ss.

³⁷ La norma esclude tuttavia i soggetti di cui al co. 1 e 1-bis dell'art. 146-bis NAttaCpp.

³⁸ Con l'entrata in vigore della l. n. 103/2017 era stato pure previsto che, nei processi con presenza virtuale dell'imputato, fosse concesso di «intervenire a distanza» anche alle «altre parti» – compreso, dunque il pubblico ministero – ed ai «loro difensori» (art. 146-bis co. 4-bis NAttaCpp). Questa previsione è scomparsa in seguito all'emanazione della riforma Cartabia.

Giungiamo infine all'alluvionale decretazione d'emergenza che ha consentito, inizialmente, la "remotizzazione" di ogni fase del procedimento penale, prima di limitarne la portata ed escludere il ricorso alle "aule estese" per le udienze istruttorie e di discussione finale³⁹. Come è stato già anticipato, nei confronti di questa inedita parentesi normativa il legislatore del 2021 ha espresso particolare apprezzamento. E così, il d.lgs. 150/2022 ha finito per ampliare le ipotesi di ricorso alla "smaterializzazione" dei luoghi dove si celebra il rito, ancorandoli alla volontarietà delle parti – soprattutto di imputati – al fine di non pregiudicare la partecipazione in presenza (art. 1 co. 8 lett. c della l.d. n. 134)⁴⁰.

Ebbene, la digressione fin qui condotta evidenzia che l'utilizzo della videoconferenza, nato nell'alveo di una normativa concepita per conferire maggiore efficienza e sicurezza ai processi di criminalità organizzata e destinata ad operare eccezionalmente fino al 2000, si è via via stabilizzato, fino a vedere una quasi "liberalizzazione" per opera della riforma Orlando, della normativa pandemica, della l. 134/2021 e, da ultimo, del d. lgs. 10.10.2022 n. 150⁴¹.

4. Uno dei primi commenti rivolti alla recente riforma ha efficacemente sottolineato che, dinanzi al criterio vago di cui all'art. 1 co. 8 lett. c della l.d. n. 134, il Governo avrebbe potuto percorrere tre strade. Una prima possibilità interpretativa, valorizzando il dato letterale della previsione in parola, avrebbe consentito di realizzare un'operazione più marcata saldando al consenso delle parti ogni ipotesi di partecipazione a distanza, sia che questa fosse stata già prevista dalla normativa precedente sia che fosse stata introdotta *ex novo*. Secondo una diversa configurazione,

³⁹ Si veda l'art. 83 d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. "decreto Cura Italia"), convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Il d.l. 30.4.2020 n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25.6.2020 n. 70, riduceva drasticamente la portata della partecipazione a distanza (art. 3 co. 1 lett. d) poiché venivano escluse dall'ambito della videoconferenza, salvo accordo delle parti, le udienze di discussione finale, tanto in udienza pubblica quanto in camera di consiglio, e quelle in cui doveva essere celebrato l'esame di testimoni, parti, consulenti tecnici o periti.

⁴⁰ Si è puntualmente rilevato che la scelta del consenso combina in maniera equilibrata, da un lato, «la coscienza che il processo penale è un fenomeno sociale regolato dal diritto e che, in quanto tale, è immerso (anche e opportunamente) nelle dinamiche innescate dall'evoluzione tecnologica e, dell'altro, la tutela istituzionale dei connotati strutturali della giurisdizione penale». In questi termini, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 362. La stessa Autrice, ancor prima della riforma, ha inoltre suggerito l'idea di pensare ad un rito «a trazione digitale» quando «l'illecito da accertare» è sganciato dalla «possibilità di attingere la pena detentiva così da legittimare a monte una differenziazione in punto di disciplina processuale».

⁴¹ D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen. Speciale Riforme* 2018, 569. C. Minnella, *Remote justice, da eccezione a realtà sempre più crescente*, in *Guida dir.* 2022, 51.

invece, si sarebbero dovuti mantenere i casi di *remote participation* già contemplati prevedendosi l'aggiunta di nuovi subordinati al meccanismo consensuale delle parti. Infine, imboccando una terza via, il legislatore avrebbe potuto rivalutare le ipotesi di presenza virtuale in forza, individuando quali assoggettare alla volontà delle parti⁴².

Da un primo sguardo alle modifiche legislative si evince chiaramente che la riforma promossa dalla prof.ssa Cartabia ha accolto il secondo dei percorsi appena prospettati ed è intervenuta su due livelli, uno generale e uno speciale. Per quanto attiene al primo piano, da un lato, il legislatore ha lasciato invariate le disposizioni di attuazione, salvo qualche eccezione agli artt. 146-*bis* e 147-*bis* NAttaCpp, e dall'altro, ha inserito un nuovo Titolo, il II *bis*, al Libro II del codice di rito introducendo agli artt. 133-*bis* e *ter* norme di carattere generale che riprendono parzialmente l'art. 146-*bis* – abrogato nei co. 2, 3, 4, 5 e 6 – e in parte l'art. 23, co. 5 d.l. 28.10.2020 n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 risalente alla fase pandemica. La scelta di inserire una disciplina generale nel Titolo II *bis* può essere senz'altro accolta con favore per il risalto che si è voluto dare ad una normativa di stampo tendenzialmente garantista. Essa, tuttavia, non basta da sola a fondare l'impiego del vettore audiovisivo ed è, pertanto, destinata a combinarsi con ciascuna delle tassative disposizioni *ad hoc* che si snodano lungo tutto il procedimento penale e che subordinano il compimento telematico di alcuni atti al consenso delle parti di volta in volta interessate⁴³.

Passando ad una succinta analisi della disciplina varata nel 2022, può subito notarsi che essa prescrive come primo passo la decisione circa la possibilità di procedere con la modalità da remoto, a meno che non siano disposizioni di legge a ordinarne l'obbligatorietà. Va valutato positivamente il fatto che l'autorità giudiziaria sia chiamata a disporre il collegamento a distanza con un decreto motivato che attesti la sussistenza di presupposti indicati dalla legge, sia che questo venga reso in udienza o fuori da tale contesto, nel quale ultimo caso deve essere comunicato alle parti insieme al provvedimento che fissa lo svolgimento dell'attività o la celebrazione dell'udienza. I termini dilatori per la notificazione vengono mutati dalla disciplina dell'atto di cui trattasi, ferma restando l'applicabilità di una generale eccezione per la quale la comunicazione in parola deve avvenire «in ogni caso almeno tre giorni prima della

⁴² M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 23 ss.

⁴³ Il consenso continua a non essere richiesto, invece, per la partecipazione alle udienze e per l'esame a distanza già precedentemente disciplinate dal codice di rito (artt. 45-*bis*, 134-*bis*, 146-*bis* co. 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, 147-*bis*, co. 1, 1-*bis* e 3 e 205-*ter* NAttaCpp).

data» di celebrazione dell'atto o dell'udienza⁴⁴. Da un punto di vista pratico si continua ad operare secondo un sistema modellato su quello invalso per l'audizione dei collaboratori di giustizia e, cioè, si attiva un video-collegamento tra l'ufficio giudiziario (o l'aula d'udienza) e il diverso luogo in cui si trovano i partecipanti – un altro ufficio giudiziario o di polizia giudiziaria attrezzato per il collegamento video e, per i detenuti, salette appositamente allestite presso le case circondariali –. L'autorità giudiziaria può in ogni caso autorizzare i soggetti in libertà a collegarsi da un diverso posto, mentre i difensori possono partecipare dai propri studi o da altro luogo purché valutato a tal fine – presumibilmente dal giudice e/o dal pubblico ministero – idoneo. Ai legali è comunque permesso di rimanere fianco a fianco al proprio assistito, e quindi di trasferirsi nel luogo dove questi si trova per favorire una consultazione più riservata.

Nella postazione remota è presente un ausiliario del giudice o un ufficiale di polizia giudiziaria il cui compito è certificare l'identità dei partecipanti e verbalizzare quanto accade ⁴⁵. Infine, giacché le udienze *online* sollevano anche la questione dell'adempimento della pubblicità⁴⁶, significativamente la riforma Cartabia prescrive all'art. 133-ter, co. 3 Cpp che nei casi di udienza pubblica deve essere assicurata, per l'appunto, un'«adeguata pubblicità» degli atti e delle udienze compiuti a distanza, sebbene oscuro rimanga il concetto di adeguatezza. A tal fine, dell'atto o dell'udienza è sempre disposta la registrazione audiovisiva, così da permetterne una riproduzione successiva e, in ultima istanza, per tutelare la pubblicità c.d. mediata.

Ebbene, rimandando ad un'analisi più accurata la segnalazione di incongruenze e difetti dello «statuto generale delle attività compiute tramite collegamento

⁴⁴ Potrebbe trattarsi, ad esempio, di citazione a giudizio, dell'avviso di fissazione dell'udienza, dell'invito a presentarsi o della diversa forma, anche libera, di convocazione degli interessati. Può, tuttavia, argomentarsi che il termine minimo di tre giorni di preavviso può risultare in contrasto con i tempi più brevi che il codice prescrive per le attività urgenti. Si pensi al conferimento dell'incarico al consulente tecnico per via telematica, nell'ambito degli accertamenti tecnici irripetibili; alla convocazione *online* dell'udienza relativa all'incidente probatorio; alle sommarie informazioni di polizia giudiziaria, anch'esse celebrate online; alla prontezza richiesta per l'interrogatorio di garanzia o nel caso previsto dall'ultimo co. dell'art. 375 Cpp per il quale «l'invito a presentarsi è notificato almeno tre giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni di urgenza, il pubblico ministero ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire».

⁴⁵ Con la precisazione che se questa funzione è adempiuta da un ufficiale di polizia giudiziaria, questi dovrà essere selezionato tra coloro che non hanno partecipato alle indagini che coinvolgono l'imputato, onde evitare che la presenza dell'investigatore possa in alcun modo turbarne la serenità.

⁴⁶ Durante la pandemia, ad esempio, lo stato americano del Michigan si è mosso verso una «giustizia aperta» utilizzando YouTube. Al contrario, alcuni Paesi europei, come Germania e Svizzera, hanno proibito di filmare le sedute dei tribunali, temendo che, per ragioni di psicologia giudiziaria, le udienze dal vivo potessero incidere sul comportamento sia delle parti che dei giudici.

audiovisivo»⁴⁷, passiamo all'elencazione delle norme di carattere speciale, le quali hanno introdotto molte novità sia in relazione alla partecipazione a distanza delle udienze sia con riguardo all'intervento ad atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria da realizzarsi oggi *online*. Una prima innovazione riguarda il procedimento in camera di consiglio. L'art. 127, co. 3 Cpp è stato riscritto in modo da prevedere l'audizione a distanza di chi, detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, oltre ai casi già previsti dalla legge, richieda di essere sentito con la precisazione che, qualora l'interessato non presti il proprio consenso, rimane immutato il suo diritto di essere ascoltato dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui è detenuto o internato. Quanto all'udienza di riesame, da oggi l'imputato può comparire sullo schermo di un video non solo quando una particolare disposizione di legge lo prevede (art. 309, co. 8-*bis* Cpp) ma anche quando il presidente disponga tale modalità e l'imputato vi acconsenta. La rinnovata disciplina ha pure inserito, previa richiesta della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa dal reato, dei difensori e dei consulenti tecnici, e su autorizzazione del pubblico ministero, la possibilità di assistere virtualmente al conferimento dell'incarico degli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 co. 3-*bis* Cpp). È altresì possibile l'interrogatorio da remoto della persona sottoposta alle indagini da parte del pubblico ministero (anche se delegato alla polizia giudiziaria), quando l'indagato e il difensore vi consentono (art. 370 co. 1-*bis* Cpp), e lo svolgimento dell'interrogatorio in videoconferenza della persona sottoposta a misura cautelare personale su richiesta espressa di questo e del suo legale (art. 294 co. 4 Cpp). Il ricorso alla videoconferenza è possibile anche per le sommarie informazioni rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, su richiesta della polizia giudiziaria e previa autorizzazione del pubblico ministero, una volta sondato chiaramente il consenso di indagato e difensore (art. 350 co. 4-*bis* Cpp) e per la convalida del fermo e dell'arresto (art. 391 co. 1 Cpp). Sono stati riformati gli artt. 421 co. 1-*bis* e 423 1-*ter* co. 2 Cpp che oggi ammettono la contestazione della modifica delle imputazioni nel corso dell'udienza preliminare e in dibattimento, anche mediante collegamento a distanza; l'art. 422 co. 2 Cpp ai sensi del quale in seno all'udienza preliminare quando una particolare disposizione di legge lo prevede, o quando le parti vi consentono, il giudice dispone che l'esame si svolga a distanza. Ai sensi dell'art. 496 co. 2-*bis* Cpp il giudice può anche disporre, quando le parti vi

⁴⁷ 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, 469 s.

consentono, e salvo che una disposizione di legge *ad hoc* prevede diversamente, l'esame virtuale dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 Cpp e delle parti private. Inoltre, sono stati interpolati l'art. 660 Cpp, così facoltizzando il procedimento di esecuzione da remoto quando una particolare previsione lo prevede o quando l'interessato vi consente, come pure gli artt. 707 e 717 Cpp con riguardo all'audizione video-sonora dell'estraddando.

5. Volendo riassumere quanto fin qui tratteggiato, con le modifiche introdotte dal d. lgs. dello scorso ottobre 2022 ci troviamo dinnanzi ad una nuova disciplina di carattere generale che per espressa previsione dell'art. 133-*bis* Cpp si combina con una speciale relativa alle singole ipotesi di partecipazione a distanza, per le quali è richiesto il consenso della parte interessata o un'istanza che solleciti il collegamento virtuale. La normativa che ne risulta si va perciò a sommare a quelle pregresse previsioni che già contemplavano le connessioni telematiche tanto obbligatorie quanto discrezionali e che consentivano la presenza dalla sede remota di indagati, di imputati ed altre parti.

In via del tutto preliminare è il caso di precisare che, nell'ottica di contrarre i tempi procedurali, non può che accogliersi positivamente l'estensione dell'ambito applicativo del mezzo virtuale. È però innegabile che solo il tempo potrà dirci quanto le videoconferenze saranno utilizzate nel prossimo futuro e in che misura il loro uso comporterà una riduzione effettiva della durata delle udienze, dei singoli atti e, in ultima istanza, dell'intero procedimento penale. Altrettanto degno di nota è l'aver tentato di apportare sistematicità ad una disciplina frammentaria, impetuosamente stratificatasi in oltre trent'anni. Ciononostante, entro le coordinate di fondo descritte, accanto ad osservazioni di segno positivo possono avanzarsene altre di carattere negativo. Tanto le une quanto le altre mirano dunque a valutare: *i*) l'intervento complessivo del legislatore, per certi versi decisivo e, per altri, deficitario rispetto alla risoluzione di quei delicati problemi già emersi in seno alle previste ipotesi della partecipazione e dell'esame a distanza; *ii*) l'estensione della partecipazione virtuale ad atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria e ad alcune udienze purché vincolata al convincimento degli interessati che se, da un lato, comporta la possibilità di disporre del mezzo audiovisivo per perseguire degli inaspettati benefici, dall'altro, rischia di esporre la difesa ad ingiustificabili *vulnera*.

5.1 Quanto alla questione presentata *sub i*), i primissimi rilievi che possono essere formulati alla riforma sono per la verità per lo più critici e recuperano in gran parte quelli già da tempo espressi in dottrina tanto avverso lo l'espansione dell'istituto in esame – rispetto al quale era stato contrariamente suggerito «un sapiente dosaggio della partecipazione a distanza, consentendone l'impiego solo quando essa risultasse strettamente necessaria per proteggere interessi di preminente importanza»⁴⁸ – quanto sulla tecnica legislativa adoperata, in alcune parti lacunosa e foriera di contraddizioni⁴⁹. In questo ordine di idee può quindi biasimarsi al legislatore delegato una certa inerzia, laddove per converso avrebbe potuto e dovuto spingersi oltre, nel tentativo di razionalizzare una disciplina che suscitava e suscita confusione⁵⁰. Così procedendo si sarebbero sopiti parte dei dubbi emersi in passato che, come più volte anticipato, hanno riguardato i caratteri basilari dell'udienza dibattimentale, il diritto alla presenza fisica, l'assunzione della prova dichiarativa attraverso il metodo dialettico dell'esame incrociato, i principi di immediatezza e oralità, il diritto di difesa e, da ultimo, ma non meno importante, il contraddittorio come metodo epistemologico.

⁴⁸ M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata, superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *DirPenCont* 2017, 2.

⁴⁹ Basterebbe qui ricordare i dubbi interpretativi che sorgono nel distinguere la partecipazione a distanza discrezionale da quella obbligatoria. Infatti, *ex art. 146-bis co. 1-ter* NAttaCp «il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-bis qualora lo ritenga necessario» ovvero degli imputati per reati particolarmente gravi, una verifica, questa, non richiesta unicamente nel caso in cui l'imputato sia detenuto in base al regime di massima sicurezza di cui all'art. 41-bis ord. penit. In questi termini, la scelta del giudice si gioca tutta sul significato da attribuire al concetto di "necessità", sulla cui definizione però non si rinvergono interventi di sorta così incrementando la discrezionalità dell'autorità giudiziaria. Ebbene, come si ricorderà a tal riguardo sono state proposte due prospettive esegetiche da M. Daniele, *cit.*, 4. Una prima, più restrittiva, considera il parametro della "necessità" integrato allorché non siano disponibili strumentazioni capaci di «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» secondo quanto contenuto oggi nell'art. 133-ter (un tempo nell'art. 146-bis NAttaCp). Questa spiegazione, tuttavia, espone imputati ed indagati ad una disparità di trattamento che deriva dal grado di avanzamento tecnologico dell'ufficio giudiziario di volta in volta considerato. Diversamente argomentando, la "necessità" può essere ricavata in negativo dalle ipotesi di partecipazione a distanza facoltativa, da preferire al ricorrere di rischi per la sicurezza o per l'efficienza del processo ai sensi dell'art. 146-bis co. 1-quater NAttaCp. In questo senso pure M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DirPencont* 2017, 192. Così ragionando, tuttavia, i casi obbligatori finiscono con l'essere in gran parte ricondotti a quelli discrezionali, senza che siano risolti, peraltro, i dubbi che si stagliano attorno ai connotati della sicurezza, dell'efficienza e della complessità del processo penale, i quali accrescono, in ultima istanza, l'arbitrarietà dell'autorità giurisdizionale in materia.

⁵⁰ Dello stesso avviso, anzi in termini ancora più critici, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, *cit.*, 469.

Pertanto, per misurare l'effettiva tenuta dei *core principles* della giustizia penale nell'impatto con le attuali manifestazioni dell'attività a distanza in dibattimento – luogo privilegiato per la formazione della prova – è doveroso procedere con una rassegna delle principali obiezioni avanzate e che possono plausibilmente ancora muoversi allo strumento digitale, senza tralasciare di plaudire, laddove presenti, alle positive innovazioni apportate dall'ultimo intervento riformatore.

5.1.1 Una prima questione da esaminare riguarda la compatibilità dei mezzi audiovisivi con il diritto alla presenza fisica, del quale si impone però un preliminare inquadramento normativo e giurisprudenziale. Ampiamente riconosciuto dagli *standard* internazionali e sovranazionali come garanzia fondamentale dell'equo processo, esso è connesso al diritto a un'udienza pubblica, a difendersi, al contraddittorio e a farsi assistere da un interprete se la lingua utilizzata in udienza non è compresa. Tutti questi diritti, si è detto, difficilmente potrebbero essere attuati senza riconoscere all'imputato la possibilità di essere fisicamente presente in udienza⁵¹. A livello internazionale, mentre il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Carta araba dei diritti umani sanciscono espressamente «il diritto di una persona a essere processata in sua presenza» (art. 14 co. 3 lett. *d* e art. 16 co. 3), la Cedu dichiara semplicemente il diritto «di difendersi di persona o tramite l'assistenza legale di fiducia» (art. 6 co. 3 lett. *c*)⁵², ancorché il riconoscimento della difesa legale non escluda chiaramente il diritto dell'imputato di partecipare al proprio processo e di difendersi personalmente. Per quanto attiene alla nostra Costituzione, non può tacersi che la presenza fisica delle parti private, secondo una rigorosa interpretazione del dettato

⁵¹ Così S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*. In *Absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law, Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 581.

⁵² La Convenzione americana per i diritti umani riconosce il diritto alla presenza come diritto ad esaminare il testimone in presenza (art. 18 CADU). Parimenti, l'art. 8 riconosce il diritto dell'accusato di «difendersi personalmente o di essere assistito da un consulente legale di sua scelta». Sull'argomento, si veda S. Quattrocchio, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in www.legislazionepenale.ue, 19.10.2020, 107 ss. Nel quadro giuridico europeo, la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, stabilisce che il diritto dell'imputato a prendere parte personalmente al processo si regge sul diritto a un equo processo in quanto principio fondamentale di una società che voglia definirsi autenticamente democratica; tale diritto deve essere pertanto garantito in tutta l'Unione e deve essere letto come un vero e proprio «diritto alla presenza al processo» (art. 8). Cfr. S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *DPenCont* 2015, 135, il quale rammenta che la direttiva ha riconosciuto il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo in modo eccessivamente flessibile e che ha peraltro escluso il diritto all'assistenza tecnica nelle decisioni intermedie o accessorie, dove le libertà fondamentali delle persone rischiano di essere pesantemente compromesse.

costituzionale, sembrerebbe essere avvalorata dal co. 2 e da co. 3 dell'art. 111 Cost. per il tramite della proposizione «davanti a [o] al giudice»⁵³.

Nonostante la centralità, diversamente declinata, del diritto in esame nelle fonti pocanzi richiamate, i collegamenti audiovisivi, per quanto non siano considerati di per sé neutri, tanto secondo i giudici di Strasburgo quanto secondo quelli costituzionali non pongono problemi di sorta rispetto alla tutela del diritto *de quo*, purché il loro impiego nel processo rappresenti l'ultima *ratio* e sia giustificato dal perseguimento di fini meritevoli di tutela in quanto dotati di copertura costituzionale e/o convenzionale⁵⁴. E così, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che il diritto di essere presenti in tribunale implichi sempre il diritto alla presenza fisica, cosicché la partecipazione da remoto non costituisce necessariamente una violazione del diritto al *fair trial*⁵⁵. Alla stessa stregua, i giudici di Palazzo della Consulta hanno ribadito l'assoluta legittimità del mezzo audiovisivo quanto il suo uso si pone l'obiettivo di garantire efficienza e sicurezza⁵⁶. Ebbene, sulla scorta della casistica giurisprudenziale appena ricordata possono annoverarsi tutte le ipotesi in cui l'interposizione del diaframma tecnologico non risponda ad esigenze di preminente importanza, fra tutte quella di cui all'art. 146-bis co. 1 NAttaCpp che dispone l'audizione a distanza tanto del testimone – per la sola circostanza che questo si trovi in stato di detenzione – quanto dell'imputato detenuto per uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3-bis, nonché di cui all'art. 407 co. 2 lett. a n. 4, quand'anche per la partecipazione nel processo in cui il collegamento virtuale sia prescritto il soggetto risulti libero. Su queste disposizioni torneremo nel prosieguo della trattazione per segnalare ulteriori e preoccupanti profili. In questo contesto può comunque segnalarsi che è stata persa un'utile occasione per intervenire su un tema delicato quale è quello della presunzione di pericolosità che fa ricadere sulla persona detenuta uno stigma pesantissimo a causa dei delitti espressamente richiamati dall'art. 146-bis co. 1 NAttaCpp⁵⁷.

⁵³ Secondo il prof. Chiavario «si configura, quindi, un'esigenza che non è soltanto di presenza, ma di possibilità di partecipazione attiva, che, collegandosi con la esigenza di parità delle armi, trova il suo più pieno sviluppo nel contraddittorio tra le parti». M. Chiavario, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in Id., *Processo e garanzie della persona*, II, 3 ed., Milano 1984, 172.

⁵⁴ Per la C. eur., 1.6.2016, *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, § 38, sono richieste «*compelling reasons*», necessarie a giustificare la partecipazione per il tramite della videoconferenza pure quando si tratti di udienze in grado d'appello.

⁵⁵ Per i giudici di Strasburgo, ad esempio, le videoconferenze assicurano il rispetto della dignità umana dei detenuti in quanto evitano inutili viaggi dal carcere al tribunale, invadenti perquisizioni e lunghe attese nelle celle di detenzione. C. eur., 2.11.2020, *Sakhnovskiy c. Russia*; C. eur., 16.2.2006, *Yevdokimov e altri c. Russia*.

⁵⁶ C. cost., 22.7.1999, n. 342, in www.giurcost.org.it.

⁵⁷ Una siffatta previsione, difatti, «contribuisce a creare una sorta di diritto processuale penale d'autore» dalla

A fronte di indicazioni giurisprudenziali, per così dire, di compromesso, il dibattito accademico è stato particolarmente acceso e ha messo in luce come l'utilizzo dei mezzi audiovisivi nel settore della giustizia penale intacchi gli interessi individuali dell'imputato nel processo poiché incide profondamente sulla sua complessità razionale ed emotiva⁵⁸. L'apprezzamento di questa "sfera interna" postulerebbe allora il riconoscimento di un diritto a chiedere l'intervento fisico in udienza (o per la celebrazione di una determinata attività procedimentale) da intendersi come possibilità di esprimersi adeguatamente ed esercitare una forza persuasiva sull'autorità giudiziaria chiamata ad assumere di volta in volta una decisione⁵⁹. Volendo richiamare la suggestiva immagine di Daniele Negri, «chi rischia di perdere la libertà, se trovato responsabile dell'illecito penale addebitatogli, ha anzitutto il diritto di stare nello stesso luogo di esercizio del più temibile tra i poteri dell'autorità, quello dotato del maggiore divario rispetto alla posizione dell'individuo»⁶⁰. In proposito, va segnalato che con la riforma si è inteso escludere *a priori* la presenza da remoto del giudice e del pubblico ministero, i quali dovrebbero collegarsi sempre dall'aula di tribunale. Questa scelta legislativa pare escludere *in nuce* la possibilità di addivenire ad una integrale "dematerializzazione" dell'udienza in un ambiente totalmente virtuale, in cui, cioè, nessuno dei protagonisti processuali condivide uno spazio fisico comune⁶¹. Sennonché va anche rilevato che dal combinato disposto dell'art. 146-bis co. 4-bis NAttaCpp con l'art. 496 co. 2-bis Cpp, risulta oggi un'opzione davvero singolare e prossima alla *virtual hearing*: ovvero quella in cui, è possibile sottrarre all'intero corso del dibattimento la presenza fisica di tutti gli imputati, e dei rispettivi difensori, nonché delle altre parti

dubbia costituzionalità. Così S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *DPenCont.* 4, 2017, 219.

⁵⁸ Più di recente, E. Jeuland, *Justice numériquem justice inique?* in *Les Cahiers de la Justice* 2019, 2, 19 ss.

⁵⁹ In questo senso, V.A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018. A tal proposito, è interessante notare che, proprio avvalorando queste premesse, in Francia, il *Conseil d'État* durante l'emergenza sanitaria ha sospeso l'uso della videoconferenza nelle udienze penali per i reati più gravi delle *Cours d'Assises* e delle *Cours criminelles* adducendo l'esistenza di una «violazione grave e manifesta dei diritti della difesa e del diritto a un processo equo» e, in special modo, del «*principe de présence*». Cfr. *Conseil d'État*, 27.11.2020, nn. 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, in www.conseil-etat.fr.

⁶⁰ Così D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in www.archiviopenale.it, 21.5.2018, 567. Come è stato pure efficacemente sottolineato, «l'assenza in aula dell'imputato e la sua sostituzione con una forma di partecipazione audiovisiva pongono costui fuori dalla realtà processuale in cui tradizionalmente vive e in cui la sua presenza interagisce con quella degli altri». Così D. Curtotti Nappi, *Dibattimento a distanza (diritto processuale penale)*, in *ED*, II, 2008, 173.

⁶¹ Così lascia intendere il secondo comma dell'art. 133-ter Cpp. A sostegno di questa versione si rammenta pure l'interpolazione all'art. 146-bis NAttaCpp che oggi accorda al giudice il potere di consentire solo alle «altre parti private e ai loro difensori», e non anche al pubblico ministero, di intervenire a distanza, assumendosi l'onere dei costi del collegamento in tutti i processi nei quali si procede telematicamente ai sensi dello stesso articolo.

private e di ogni persona da esaminare come fonte di prova, essendo costoro tenuti o ammessi a presenziare da una diversa sede remota. Posto dunque che al verificarsi di quest'evenienza il pubblico ministero può essere l'unico a trovarsi al cospetto del giudice, ne discende un mutamento della simmetria delle posizioni occupate delle parti nel processo con il risultato di uno squilibrio di poteri a sfavore della difesa. Ciò deriva dal fatto che l'organo d'accusa potrà esercitare quella forza persuasiva sui giudici, a cui prima si accennava, con una maggiore *chance* di successo⁶².

Il problema dell'asimmetria si aggancia peraltro alla tutela del contraddittorio c.d. argomentativo. In esso, infatti, parte della dottrina ha individuato un presupposto indefettibile per assicurare il contraddittorio sostanziale di cui al co. 4 dell'art. 111 Cost., proprio valorizzando quella parità delle armi che, però, è fortemente compromessa dalla celebrazione di un'udienza a distanza⁶³. Nondimeno, considerando che il codice del 1988 ha dettato forme espressive del principio del contraddittorio differenziate a seconda delle questioni di volta in volta affrontate dalle parti e/o del rito prescelto, si è pure detto che non sembrerebbe del tutto irragionevole svolgere alcuni frammenti dell'attività di udienza tramite il sistema audiovisivo⁶⁴.

Infine, non possiamo esimerci dal ragionare attorno ad un quesito estremamente rilevante per qualsiasi ricerca che voglia accostarsi al tema in oggetto. Più specificamente, esso attiene alla considerazione se la "presenza virtuale" in udienza o durante la celebrazione di una particolare attività del procedimento possa essere di fatto equiparata, in tutto o in parte, alla partecipazione fisica senza che risulti pregiudicata tutta una serie di diritti che normalmente presuppongono l'intervento *in corpore* delle parti, *in primis* di accusati, imputati e indagati. Senza esitazione alcuna, può dirsi che la ridefinizione dei confini spaziali delle udienze, in specie di quelle dibattimentali, rende certamente difficile parificare le due forme partecipative, ragion per cui l'ordinamento giuridico italiano in materia di connessioni virtuali, nel tentativo di superare questa *impasse*, ha eguagliato ormai da tempo il luogo del collegamento audiovisivo all'aula di udienza. In questo senso si pensi a quanto previsto dall'art. 146-bis NAttaCpp il cui contenuto, con il d.lgs. 150/2022, è trasmigrato nell'art. 133-bis Cpp e in cui si legge che «il luogo in cui si trovano le persone che compiono l'atto o che

⁶² Il verificarsi di questa problematica situazione è stato segnalato da D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 460 ss.

⁶³ O. Mazza, *Distopia del processo penale*, op. cit., 9.

⁶⁴ In questi termini E. Marzaduri, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino 2001, 445.

partecipano all'udienza a distanza è equiparato all'aula di udienza»⁶⁵. Questa parificazione è stata pure corroborata più di recente dalla Cassazione, per la quale la mancata attivazione della videoconferenza e degli altri mezzi di collegamento da remoto è da considerarsi alla stregua di una mancata traduzione in aula, perché ugualmente lesiva del diritto di partecipazione⁶⁶.

Può, dunque, concludersi che, dinanzi ad una scelta così netta del legislatore a favore di un siffatto accostamento, si staglia l'opportunità di ridefinire il rito, soprattutto quello dibattimentale, secondo codici semiotici e comunicativi diversi da quelli fin ad ora invalsi⁶⁷.

5.1.2 Una questione di enorme rilevanza, strettamente connessa al problema del diritto alla presenza e al diritto di contribuire dialetticamente alla decisione, concerne le conseguenze che il vettore tecnologico dispiega sul contraddittorio nella formazione della prova e, in specie, sul diritto al confronto, i quali trovano riconoscimento esplicito nell'art. 111 co. 3 e 4 Cost. e nell'art. 6 co. 3 lett. d Cedu⁶⁸. Come è risaputo, le videoconferenze possono comportare la presenza in video-link dell'imputato, dei testimoni, dei periti o dei consulenti tecnici (art. 496 Cpp) che d'ora in avanti potranno presentarsi anche tutti contemporaneamente *online* assieme ai difensori, quantunque in ipotesi specifiche e limitate. Ebbene, poiché l'esame a distanza esclude la possibilità di un confronto fisico diretto tra l'imputato o il suo avvocato e i dichiaranti, esso non è ovviamente paragonabile al tradizionale confronto in aula, con ciò comportando delle ripercussioni in negativo sulla formazione della prova dichiarativa. La telecamera non può percepire tutti i movimenti dei soggetti e lo schermo non può mostrare molti dei dettagli che sarebbero evidenti, tanto al giudice quanto alle altre parti, se

⁶⁵ Non solo. All'art. 520 co. 1 Cpp la parola «assente» è stata sostituita dalle seguenti: «che non è presente in aula, neppure mediante collegamento a distanza». Per una riflessione esaustiva sulla prospettiva dell'imputato assente alla luce della riforma Cartabia, cfr. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in www.sistemapenale.it, 1.2.2022, 1 ss.

⁶⁶ Cfr. Cass. 9.6.2022, n. 30921. Cass. 19.11.2020, n. 2213. Si leggano sul punto il commento di L. Giordano, *Le conseguenze della mancata attivazione della videoconferenza*, in www.ilprocessotelematico.it, 5.3.2021 e la nota di E. Tramarece, *Nullità per mancato funzionamento della videoconferenza e prospettive di riforma*, in *Giur. it.* 2021, 2788 s.

⁶⁷ Sul tema, cfr. V.A. Garapon, *La despazializzazione della giustizia*, Milano 2021, 101 ss.

⁶⁸ Sull'argomento, *ex multis*, R. Casiraghi, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *CP* 2019, 1363 ss.; G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*⁶, Milano 2017, 207 ss.; C. Orlando, *Testimonianza de relato e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2.4.21, 1 ss.; C. Orlando, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Speciale Oidu* 2022, 224 ss.

l'imputato, il testimone o il perito fossero fisicamente in aula. Si tratta, a ben vedere, «di aspetti nient'affatto marginali, relegabili fra gli orpelli estetico-simbolici dell'agire giudiziario, ma, anzi, di configurazioni che intrecciano questioni di fondo del giudizio penale»⁶⁹. Difatti, nonostante i tentativi della scienza tecnologica di contribuire all'accrescimento del realismo partecipativo – tema a cui dedicheremo più avanti un approfondimento *ad hoc* – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche «il metodo dialettico *de presenti* integra il c.d. “golden standard” dell'epistemologia giudiziaria, ossia il miglior espediente per ricostruire una conoscenza giudiziale genuina e affidabile»⁷⁰.

Eppure, almeno sul fronte internazionale, la giurisprudenza Edu sembra aver ridimensionato la portata del principio in oggetto ammettendo, di conseguenza, la conduzione telematica di un esame senza che si creino problemi di sorta. Secondo un consolidato orientamento della Corte edu, infatti, l'art. 6 co. 3 lett. d Cedu, ancorché presupponga il diritto dell'imputato ad un'adeguata e sufficiente opportunità per esaminare l'imputato (anche prima del processo), deve essere interpretato nel senso che il controesame non debba necessariamente svolgersi contestualmente all'esame dei testimoni, essendo conformi alla Convenzione anche forme differite di contraddittorio⁷¹.

Discorso a parte merita il diritto in oggetto entro il contesto costituzionale che, rispetto alla Cedu, veicola tradizionalmente una versione più forte del “contraddittorio sostanziale”. Secondo il prof. Daniele la dibattuta questione sulla compatibilità dell'uso del telesame con l'art. 111 co. 4 Cost. si risolverebbe nella scelta tra l'inquadrare il metodo in esame come un'attenuazione del metodo dialettico⁷² o, invece, come una deroga al contraddittorio ammissibile *ex art.* 111 co. 5 Cost. o dal «consenso» o da una

⁶⁹ V. Maiello, *Udienze online? Roba da regime, così i populistici hanno abolito il diritto. Addio al giusto processo, ma tutti zitti: il trionfo dei pm*, in www.ilriformista.it, 16.4.2020.

⁷⁰ B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 243 s.

⁷¹ C. eur., 20.4.2006, *Carta c. Italia*; C. eur., 9.7.2012, *Hummer c. Germania*. D'altronde, nella prassi capita spesso che il controesame in un'udienza successiva.

⁷² Così si esprime parte della dottrina secondo cui la modalità del processo da remoto non è in grado di scalfire né il contraddittorio né l'oralità, che tutt'al più risultano «tecnicamente modulati in forme disagevoli» ma non tali da postulare un previo consenso derogatore. In questi termini, F. Tripodi, *Il processo penale post-Covid: per fare di necessità qualche virtù*, in *disCrimen*, 6.5.202 4 ss. F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *RDPP* 2, 2021, 484, pur dalla prospettiva dell'immediatezza, ha ricondotto i problemi del «contraddittorio digitale» agli «intoppi tecnici» senza che, a detta dell'Autore, si possa incorrere in incompatibilità con «il metodo di accertamento del fatto preteso dalla Costituzione».

«oggettiva impossibilità» di procedere con un confronto tradizionale⁷³. Ad ogni modo, se volessimo abbracciare la più rigida delle interpretazioni enunciate, la disposizione inserita dalla l. n. 103 del 2017 e confermata dalla riforma nell'ultima parte dell'art. 146-bis co. 1 NAttaCp, ammettendo l'audizione a distanza del testimone per la sola circostanza che questo si trovi in stato di detenzione, sarebbe passibile di incostituzionalità non essendo riconducibile ad alcuna delle giustificazioni di cui al co. 5 dell'art. 111 Cost⁷⁴. Inoltre, postulando un'identità tra diritto di difesa e contraddittorio proprio nel momento di formazione della prova, tali norme, come pure si vedrà in seguito, risulterebbero incompatibili anche con le esigenze difensive⁷⁵. Questa rigorosa esegesi ci permette di avanzare dubbi di costituzionalità sulla disposizione di cui alla prima parte del co. 1 dello stesso articolo, in cui a rilevare è sempre lo *status detentionis* dell'imputato per uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3-bis Cpp nonché per l'art. 407 co. 2 lett. a e co. 4 Cpp, anche quando la partecipazione nel processo in cui il collegamento virtuale sia prescritto il soggetto da sentire risulti libero.

In questo ordine di idee, non pochi rilievi possono essere mossi alla rinnovata disciplina relativamente alla inedita combinazione prevista dall'art. 146-bis co. 4-bis NAttaCp con l'art. 496 co. 2-bis Cpp la quale, come già notato, concretizza la possibilità di sottrarre all'intero corso del dibattimento la presenza fisica di tutti gli imputati, dei rispettivi difensori, delle altre parti private e di ogni persona da esaminare come fonte di prova⁷⁶. In quest'evenienza, sulla base di ciò che si è rilevato, la sola presenza fisica del giudice e del pubblico ministero minerebbe le potenzialità offerte dal confronto inteso, soprattutto, come capacità di persuadere per dimostrare la attendibilità e veridicità delle proprie asserzioni. Orbene, il legislatore si è premurato di richiedere il consenso delle parti alla rispettiva partecipazione e allo svolgimento dell'esame a distanza con l'idea di ricondurre la previsione entro i ranghi

⁷³ M. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino 2017, 132 e 141. Più di recente si segnala D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 466 s., per il quale «la perdita di prossimità fisica tra i protagonisti dell'attività dialettica comporta perciò una deroga al canone di accertamento sancito dall'art. 111 comma 4 Cost.».

⁷⁴ Di questo avviso è B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 248.

⁷⁵ Per F. Morelli, *Principio di immediatezza*, op. cit., 478 «il legame tra contraddittorio» e diritti di difesa» risiede nella sua «partecipazione» e nella sua «natura funzionale».

⁷⁶ Una disposizione affine è quella relativa alla fase dell'udienza preliminare in cui sono ammesse esami da remoto. Il termine è però improprio trattandosi qui di udienze in cui può procedere con audizione o interrogatorio, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 422 co. 4 Cpp.

costituzionali; ciononostante, non sembrano si possano placare tutte quelle perplessità sulla compatibilità della norma con il paradigma del dibattimento veicolato dalla Carta fondamentale, anche perché, a ben vedere, la rinuncia al diritto al contraddittorio non è neppure ripagata dall'ordinamento con qualche vantaggio se non quello del perseguimento della ragionevole durata del procedimento.

5.1.3 Un principio generale, a cui si legano strettamente il diritto al confronto, il contraddittorio argomentativo e il diritto di difesa nelle sue plurime manifestazioni, è quello dell'immediatezza su cui pure sono state avanzate alcune censure all'indomani dell'entrata in vigore della riforma. Come ricorda il Prof. Gialuz, «il d.lgs. n. 150 pare abbia lasciato invariate le disposizioni di attuazione, anche laddove la deroga all'immediatezza appaia fondata su presupposti di dubbia ragionevolezza». Si pensi all'esame del testimone che si trova in stato di detenzione oppure quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da esaminare e quando si tratti di nuova assunzione a norma dell'art. 495 co. 1 Cpp, ipotesi contemplate dall'art. 147-bis co. 5 Cpp⁷⁷.

Aderendo fedelmente al metodo fissato *in incipit* che procede per *check and balance*, è lecito chiedersi a monte se anche l'immediatezza esca di fatto indebolita dal ricorso al *medium* tecnologico⁷⁸. Per poter rispondere esaustivamente a tale quesito dovremmo per prima cosa enucleare il contenuto minimo ed essenziale del canone in parola, il quale si fa pacificamente coincidere con l'esigenza che la decisione del giudice si fondi su elementi di prova da questi direttamente osservati, percepiti e sentiti. Corollario di tale premessa è che ogni sentenza si regga sulla valutazione diretta delle prove, sulla possibilità di percepire fisicamente i comportamenti delle parti, ascoltarne le argomentazioni, e vagliare le comunicazioni non verbali (espressioni facciali, movimenti del corpo, inflessioni della voce) e l'affidabilità o inaffidabilità degli esiti dell'esame incrociato⁷⁹. Secondo una diversa declinazione – che in verità si attaglia più

⁷⁷ M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 24.

⁷⁸ Così S. Signorato, cit., 12.

⁷⁹ La Corte di Strasburgo non ha mancato di rilevare la necessità di apprezzare il contegno dei dichiaranti onde esprimere una valutazione sulla loro affidabilità. C. eur., 20.11.1989, *Kostovsky c. Paesi Bassi*. Per completezza, ricordiamo che oggi è possibile mettere in discussione l'affidabilità dell'esame in contraddittorio della fonte dichiarativa dinanzi al giudice, dal momento che la psicologia ha dato prova di come la memoria possa essere alterata inconsapevolmente dal passare del tempo o da suggestioni esterne. In questi termini si veda G. Giostra, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in www.giustiziainsieme.it, 22.1.2022. Altri studi ancora hanno dimostrato che le differenze percettibili tra colui il quale mente e colui che dice la verità sono minime. Sul tema, G. Gullotta, E. M. Tuosto, *Il volto nell'investigazione nel processo. Nuova fisiognomica*

alla situazione in cui in gioco non c'è alcuna prova da formare – l'immediatezza è la condizione del «percepire in maniera attuale e diretta i dati emergenti dal processo quanto avere personalmente un rapporto sia con il giudice sia con le altre parti»⁸⁰. Tale inquadramento rende dunque evidente che l'immediatezza, nel senso più ampio e onnicomprensivo del termine, subisce un affievolimento quando la percezione e la valutazione diretta delle prove dichiarative è veicolata da uno schermo, ma non una grave violazione della stessa. Semmai, alcune riserve possono manifestarsi nuovamente nei confronti della situazione risultante dalla unione dell'art. 146-bis co. 4-bis NAttaCpp con l'art. 496 co. 2-bis Cpp. e, più in generale, per le ipotesi di *virtual hearings*, per le ragioni già esposte.

Ma c'è di più. La soluzione all'interrogativo prospettato si deve inevitabilmente confrontare con la tendenza a ridimensionare, a più livelli, il calibro del principio *de quo*. Senza dilungarci oltremodo, basterebbe rammentare che per la giurisprudenza di Strasburgo, al fine di vagliare l'equità complessiva del procedimento penale, ciò che conta è che all'imputato sia stata assicurata un'effettiva possibilità di interrogare i testimoni in qualunque momento dell'arco procedimentale⁸¹, sebbene il contraddittorio dibattimentale rimanga preferibile. Come è stato sostenuto in una puntualissima sintesi, quando si tratta dell'unica e decisiva prova è richiesto il rispetto del principio dell'immediatezza, ma in tutti gli altri casi l'economia e l'efficienza prevarranno sul tale fondamentale canone⁸².

Per la verità, neppure nel nostro ordinamento il principio gode di ottima salute⁸³. Storica è la diatriba circa il riconoscimento del canone in Costituzione tra chi ritiene

forense, in *Arch. pen.*, 1, 2017. In un futuro non tanto prossimo una branca della scienza che combina psicologia e informatica, la *affective computing*, potrebbe sviluppare sistemi e dispositivi in grado di conoscere e interpretare i processi emotivi accrescendo, tuttavia, legati alla c.d. *physiognominc artificial intelligence* che sovrastima le false verità e sottostima le false bugie. Sull'argomento si legga L. Stark, J.Hutson, *Physiognomic Artificial Intelligence*, in *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 24.9.2021.

⁸⁰ G. Ubertis, *Dibattimento*, in *ED*, III, 1987, 462.

⁸¹ Cfr. C. eur., 3.7.2022, *Chmura c. Polonia*.

⁸² L. Bachmaier Winter, *Principio de inmediación y confrontación, paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical*, in *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, a cura di K. Ambos, E. Malarino, Göttingen 2019, 325.

⁸³ Il prof. Daniele ha riconosciuto un «fallimento dell'immediatezza» che grossomodo «dipende dai fattori più diversi: non solo i difetti tuttora insiti nella architettura normativa del nostro sistema, ma anche, a seconda dei casi, le carenze operative imputabili agli organi inquirenti o giudicanti, e le condotte difensive motivate da intenti dilatori». M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *SP*, 15.2.2021, 54 s. Secondo l'Autore, l'immediatezza tuttavia rimane «un valore con cui il processo penale avrà ancora a lungo a che fare, perlomeno fino a quando l'umanità non sarà interamente sostituita da entità sintetiche guidate da un'intelligenza artificiale ed incapaci di esprimersi a parole».

che «il giusto processo costituzionalizzi solo il contraddittorio davanti ad un giudice e non davanti al giudice»⁸⁴ e chi, invece, individua nel co. 2 dell'art. 111 Cost. il «corollario dell'immediatezza»⁸⁵. Del resto, è stata la stessa Corte di Cassazione a riconoscerne il depotenziamento allorquando, pronunciandosi sulla regola dell'immutabilità del giudice di cui all'art. 525 co. 2 Cpp, ha ammesso che le dichiarazioni rese dinanzi ad un altro giudice possono essere utilizzate per la decisione con la semplice lettura, indipendentemente dal consenso o dal dissenso delle parti⁸⁶. Non meraviglia quindi del tutto quanto sostenuto di recente dalla Corte costituzionale per la quale la realtà dei processi «è lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore» e l'immediatezza è ridotta ad un mero «simulacro»⁸⁷.

Per concludere, allo stato dell'arte, può notarsi che il rinnovato significato del principio dell'immediatezza, alla luce soprattutto dell'impatto delle nuove tecnologie, esclude che il ricorso alle c.d. "aule estese" comporti significative violazioni e costituzionali e convenzionali. Eppure, proprio a tal proposito, decisive prese di posizioni possono rintracciarsi nella riforma Cartabia che, attraverso l'istituto delle videoregistrazioni delle udienze e degli atti investigativi, ivi compresa l'ipotesi in cui queste si svolgono *online*, ha inteso dare linfa vitale al principio *de quo*.

5.1.4 Se volessimo rintracciare un *fil rouge* nella rassegna svolta fino a questo punto potremmo individuarlo nella deroga che il collegamento virtuale comporta alla prossimità corporea, veicolo delle interrelazioni dirette tra le parti – soprattutto rispetto al centralissimo momento della formazione della prova che si compie con il confronto – e della comunicazione, intesa quale insieme di messaggi comunicativi che coinvolgono anche vista e udito. A tal proposito, con la videoconferenza si rischia di ridurre «i livelli di udibilità e di visibilità degli eventi interferendo sulla percepibilità»⁸⁸ e unitarietà della vicenda processuale e sulla possibilità di cogliere le sfumature del rito (a maggior ragione se le udienze vedono la partecipazione *online* di diversi soggetti). Non solo. È facile rendersi conto di come le udienze celebrate con una pluralità di partecipanti in via telematica forniscono una visione ancor più incompleta

⁸⁴ G. Spangher, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, op. cit., 40.

⁸⁵ R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2021, 248.

⁸⁶ Cass. 10.10. 2019 n. 41736 in www.lagiurisprudenzapenale.it.

⁸⁷ C. cost., 29.5.2019 n. 132 in www.giurcost.org.it.

⁸⁸ M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012, 14.

delle attività processuali. Alcune ricerche hanno rilevato che la presenza fisica aiuta le parti a comprendere meglio il significato del procedimento giudiziario, con una tendenza a rispettare maggiormente le regole procedurali in un contesto di udienze formali, mentre le videoconferenze, poiché diventano stancanti, possono offrire maggiori possibilità di distrazione e perdita di concentrazione. È stato pure sottolineato che gli imputati possono soffrire del c.d. “divario psicologico” o più genericamente di un sentimento di distacco⁸⁹, giacché durante una videoconferenza guardare contemporaneamente l’obiettivo della telecamera e l’immagine degli altri partecipanti è estremamente difficile, se non addirittura impossibile, derivandone inoltre una compromissione del contatto visivo⁹⁰.

È interessante notare che l’informatica forense ha iniziato ad esplorare la possibilità di utilizzare all’interno di un’aula di tribunale modelli di realtà estesa, come la *Augmented Reality* (AR) e la realtà mista (*Mixed Reality*, MR). Per la verità, ormai più di dieci anni fa, gli ambienti virtuali collaborativi (*Collaborative virtual environment*, CVE) erano già stati proposti come valida alternativa alla videoconferenza. Nella fattispecie, si tratta di sistemi di comunicazione intermediata dai computer che «consentono a individualità geograficamente separate di interagire verbalmente e non verbalmente in uno spazio virtuale partecipato in tempo reale». Essi funzionano come le videoconferenze, ma «invece di inviare segnali video su una rete, inviano informazioni riguardanti le azioni dei modelli digitali»⁹¹. Per fare ciò, rilevatori ottici e telecamere tracciano i movimenti dei soggetti e rendono le loro azioni tramite incorporazioni visibili ad altri soggetti interagenti di una realtà virtuale sotto forma di

⁸⁹ Si veda il sondaggio condotto da N. Fielding, S. B. Hieke, *Video Enabled Justice Program: University of Surrey Independent Evaluation*, in www.spcweb.thco.co.uk, 4.4.2020. Non mancano però esempi di testimoni o imputati che rilasciano dichiarazioni autentiche solo in un contesto meno formale, come nel caso del collegamento video. In questa ottica un ulteriore riferimento tecnologico può farsi al c.d. *eye tracking* che sfruttando la tecnica della pupillometria indaga la credibilità dei dichiaranti attraverso telecamere collocate nei sistemi di video collegamento capace di rendere visibili movimenti oculari espressioni, a sua volta, di risposte fisiologiche all’attività mentale. Sull’argomento, si legga G. Gulotta, S. Marieni, *La pupillometria: una tecnica recente per indagare sincerità e menzogna*, in www.ilpenalista.it, 23.2.2023.

⁹⁰ G. Di Federico, *Gli esperimenti di Giovanni Falcone sulle nuove tecnologie nei processi*, in www.ilriformista.it, 30.4.2020, ricorda che a Louisville, nel Kentucky, lo stesso Autore ebbe modo di assistere all’utilizzo di riprese video che, nel corso dell’udienza, si posizionavano automaticamente sui soggetti che di volta in volta parlavano, fornendo in tal modo una fedele rappresentazione audio-visiva non solo delle cose dette e viste in udienza ma anche delle modalità con cui venivano dette (atteggiamenti, comportamenti, esitazioni, cioè tutte le comunicazioni non verbali).

⁹¹ J.N. Bailenson, J. Blascovich, A.C. Beall, B. Noveck, *Courtroom Applications of Virtual Environments, Immersive Virtual Environments, and Collaborative Virtual Environments*, in *Law & Police* 2006, 28, 2, 269.

avatar⁹². Alla luce di queste premesse tecnologiche, ci si chiede quanto i CVE potrebbero rendere la presenza in “aule virtuali estese” realistica, molto più di quanto non accada oggi. Le loro applicazioni, del resto, sono rimaste in gran parte al di fuori della pratica, a causa delle difficoltà, in specie economiche, incontrate al momento della loro concreta realizzazione⁹³. Non si dimentichi, del resto, che le già menzionate *Guidelines on videoconferencing*, al canone n. 33 richiamano gli Stati e i rispettivi giudici all’esigenza di garantire, sin dove possibile, «a true-to-life hearing experience».

Durante la recente crisi sanitaria è cresciuto l’interesse – principalmente per scopi commerciali – verso l’uso di proiezioni luminose 3D di persone (ologrammi) per trasmettere le reciproche espressioni tra le parti e promuovere un’alternativa più coinvolgente e realistica alla video-teleconferenza: la proiezione in telepresenza olografica 3D *full body* e in tempo reale, in cui le persone coinvolte, che ben potrebbero trovarsi dall’altra parte del mondo, vengono proiettate all’interno di un portale in una stanza. Questa tecnologia consente anche una teleconferenza con ologrammi che si trovano in più postazioni e, a sua volta, l’interazione con tutte le parti necessarie all’interno di un ambiente virtuale collaborativo⁹⁴. In un prossimo futuro, quindi, testimoni, imputati ed esperti potrebbero rendere dichiarazioni in tempo reale come proiezioni 3D davanti a un giudice o pubblico ministero fisico o persino olografico⁹⁵. Ed ancora, dinanzi all’incessante sviluppo tecnologico, è plausibile immaginare la celebrazione di udienze nel Metaverso⁹⁶? Ci si potrebbe qui interrogare su come una tale tecnica possa influire sulla percezione dei partecipanti coinvolti nel procedimento

⁹² A questo riguardo, sono stati predisposti degli algoritmi di Intelligenza Artificiale (IA) che, partendo da un certo numero di telecamere, ricostruiscono la posizione del sistema scheletrico del soggetto e prevedono come si evolverà in base ai movimenti che registrano le telecamere. L’IA opera anche sulla luce tenendo conto del fatto che, ad esempio, i capelli e il viso la riflettono in modo differente, e lo stesso vale per i vari tipi di tessuti che compongono l’abbigliamento della persona inquadrata. Cfr. M. Habermann et al., *HDHumans: A Hybrid Approach for High-fidelity Digital Humans*, in *arXiv* 2022, 1-16.

⁹³ U. Erra, N. Capece, N. Lettieri, E. Fabiani, F. Banterle, P. Cignoni, P. Dazzi, J. Aleotti, R. Monica, *Collaborative Visual Environments for Evidence Taking in Digital Justice: A Design Concept*, in *FRAME '21: Proceedings of the 1st Workshop on Flexible Resource and Application Management on the Edge* 25.6.2021, 33 ss.

⁹⁴ Vedi nota 23.

⁹⁵ In Cina, dal 2017, alcune cause civili e commerciali (come quelle relative alla proprietà intellettuale, ma anche controversie contrattuali in materia di commercio elettronico, controversie finanziarie derivanti da attività *online*, prestiti acquistati o eseguiti *online*, questioni riguardanti i nomi di dominio, casi di proprietà e di diritti civili che coinvolgono la proprietà e il commercio elettronico, etc...) sono trattate da un giudice olografico che funziona tramite i sistemi di IA, www.cravath.com.

⁹⁶ Sempre in Cina, un tribunale locale ha celebrato un’udienza nel Metaverso. La notizia è reperibile al sito <https://en.pingwest.com/w/10840>.

penale⁹⁷. L'imputato che appare come *avatar* o ologramma in una aula virtualizzata potrà rendersi conto della posta in gioco? I tribunali virtuali susciteranno una maggiore fiducia nelle parti processuali e nella società rispetto al tema della corretta e trasparente amministrazione della giustizia? Va segnalato infatti che le esperienze olografiche e quelle nel Metaverso possono avere delle conseguenze fisiche, emotive e cognitive tanto vantaggiose quanto dannose al punto da creare una confusione tra realtà fisica e virtuale. A fronte di una qualità sensoriale destinata a crescere, infatti, la "realtà virtuale" correrebbe il rischio di non poter essere distinta dalla "vera realtà" e differenziare il realismo dal surrealismo potrebbe essere estremamente difficile⁹⁸.

5.1.5 Significative preoccupazioni gravitano attorno alla protezione del diritto alla difesa durante la celebrazione di udienze virtuali, posto che, come sopra evidenziato, la presenza fisica è certamente funzionale all'esercizio dell'autodifesa come pure della difesa tecnica⁹⁹. La Corte di Strasburgo, conscia di ciò, ha d'altronde ritenuto la partecipazione a distanza alle udienze generalmente in linea con la Convenzione, ma solo se giustificata, oltre che dai principi di necessità e proporzionalità, dalla condizione che siano apprestate adeguate tutele difensive¹⁰⁰.

Proprio cogliendo questa ultima prospettiva giurisprudenziale potrebbero criticarsi sia il co. 1 sia il co. 1-*quater* dell'art. 146-bis NAttaCp: il primo perché, come

⁹⁷ È stato sostenuto che l'idea di un mondo interamente virtuale risale già al mito della caverna di Platone, nel quale il filosofo greco descrive un gruppo di prigionieri che osservano delle ombre sul muro di una grotta chiedendosi se gli stessi considerino siffatte ombre reali o frutto dell'immaginazione. T. Boellstorff, *Coming of age in second life*. Princeton, NJ 2008, 336.

⁹⁸ Ciò solleva ulteriori ed importanti questioni vuoi etiche vuoi legali legate alla *privacy*, alla protezione e alla condivisione dei dati personali e al loro uso improprio. Ci riferiamo alla creazione di "copie" virtuali di persone che sembrano, agiscono, parlano come una persona vera, per il tramite di sistemi di apprendimento automatico applicati al comportamento umano registrato e all'uso dei dati per scopi criminali (furto di identità, *body swapping*, *fake news* ecc.). La tecnologia della *blockchain*, ad esempio, che consiste nella creazione di una catena di blocchi ognuno dei quali contenenti delle informazioni non modificabili, potrebbe essere di supporto per archiviare il modello di ogni soggetto, le registrazioni e altre informazioni sensibili. Cfr. D. Cagigas et al., *Blockchain for public services: A systematic literature review*, in *IEEE Access* 2021, 13904-13921.

⁹⁹ Inoltre, come è già emerso, non può tacersi anche qui la stretta connessione tra il diritto alla difesa, nelle sue diverse declinazioni, e il principio del contraddittorio. Ed infatti, «Le istanze sottese al principio del contraddittorio per la formazione della prova si (con)fondono a quelle che scaturiscono dal diritto di difesa di cui all'art. 24 co. 2 Cost. e all'art. 111 co. 2 e 3 Cost.». Così si esprime B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 249.

¹⁰⁰ Ciò accade, ad esempio, quando i testimoni si trovino all'estero ed è eccessivamente oneroso pretenderne la presenza, o le persone da ascoltare sono invalide, o la loro incolumità fisica è in pericolo. C. eur., 3.3.2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*; C. eur., 16.10.2012, *Lawless c. Regno Unito*; C. eur., 26.2.2013, *Papadakis c. Macedonia*. Sul tema, L. Bachmaier Winter, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Review* 2013, 9, 4, 127 ss.

preannunciato, opera una irragionevole e ingiustificata presunzione di adeguatezza della partecipazione a distanza senza che possano rilevare cautele meno invasive; il secondo poiché richiamando le «ragioni di sicurezza» apre le porte all'accoglimento di qualsivoglia motivo che giustifichi il ricorso alla videoconferenza, senza richiedere un vaglio sull'esistenza di mezzi alternativi e idonei ad assicurare gli interessi dell'imputato. La dislocazione di anche uno solo dei due soggetti processuali alimenta, infatti, le fisiologiche asimmetrie tra difesa e accusa menomando la prima. Ciò è particolarmente vero nella misura in cui l'accesso remoto al difensore, ovunque si svolga (in una stazione di polizia, in una prigione o in un tribunale), può rendere molto difficile per gli imputati interagire in modo riservato ed efficace con il proprio avvocato¹⁰¹. La Corte Edu ha per la verità chiarito che la Convenzione non specifica le modalità concrete di esercizio del diritto alla difesa personale o all'assistenza dell'avvocato¹⁰². Non ha mancato però di considerare la riservatezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente un diritto fondamentale che può essere eccezionalmente escluso da circostanze specifiche, come nelle ipotesi in cui si debba tutelare un testimone meritevole di protezione¹⁰³. Pertanto, lo svolgimento di processi in modalità remota richiederebbe normalmente stanze virtuali separate o linee telefoniche protette per comunicazioni private, tanto tra l'imputato e l'avvocato quanto tra il pubblico ministero e le vittime¹⁰⁴. Si apprezza quindi l'art. 133-ter co. 3 Cpp, per il quale «è sempre assicurato il diritto dei difensori o dei loro sostituti di consultarsi riservatamente tra loro e con l'assistito per mezzo di strumenti tecnici idonei». Il nucleo di tale previsione è peraltro opportunamente preservato dalla

¹⁰¹ Ad esempio, nei casi *Sakhnovskiy c. Russia* e *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, la Corte EDU ha riscontrato una violazione della *privacy* a causa di un sistema di videoconferenza installato e controllato dalla polizia russa, che non ha permesso alla persona in custodia cautelare di comunicare in segreto con il suo avvocato. Con riguardo al nostro Paese, si rammenta il caso *Zagaria c. Italia* del 27.11.2007, in cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia proprio perché, nel corso di un processo celebrato ex art. 146-bis NAttaCpp, un addetto alla sorveglianza aveva registrato le conversazioni telefoniche intercorse tra l'avvocato e il proprio assistito, fornendo poi tale materiale all'autorità giudiziaria e penitenziaria.

¹⁰² C. eur., 5.10.2006, *Viola c. Italia*. Vale la pena sottolineare che mentre la Convenzione americana sui diritti umani sancisce il diritto di comunicare liberamente e privatamente con il difensore, la Cedu non contiene una simile previsione.

¹⁰³ C. eur., 28.11.1991, *S. c. Svizzera*; C. eur., 16.10.2011, *Brennan c. Regno Unito*. Significative indicazioni possono evincersi pure dal dibattito inaugurato a Strasburgo in materia di gabbie metalliche e box in vetro con la decisione C. eur., 4.10.2016, *Yaroslav Belousov c. Russia*, in cui si è specificato che la dislocazione dell'imputato dal proprio difensore rischia di compromettere lo stesso diritto di difesa quale elemento dell'equità processuale perché esclude il dialogo riservato tra parte privata e legale.

¹⁰⁴ Vale la pena sottolineare che mentre la Convenzione americana sui diritti umani sancisce il diritto di comunicare liberamente e privatamente con il difensore, la Cedu non contiene una simile previsione.

sanzione della nullità che ben potrebbe interpretarsi come assoluta ex art. 179 co. 1 Cpp e art. 178 co. 1 lett. c Cpp.

Inoltre, qualche riflessione *ad hoc* merita la perentoria previsione di cui all'art. 133-ter co. 7 Cpp per la quale i difensori «si collegano dai rispettivi uffici o da altro luogo purché idoneo», ancorché debba essere assicurato «il diritto dei difensori o dei loro sostituti di essere presenti nel luogo dove si trova l'assistito». Ebbene, di primo acchito, l'art. 133-ter Cpp sembrerebbe favorire l'ipotesi in cui il difensore si collega all'udienza o all'atto a distanza dal suo assistito, laddove invece la compresenza dei due può sicuramente facilitarne una confidenziale comunicazione. Questa norma, tuttavia, si carica di un significato diverso solo a patto di combinarsi con le nuove fattispecie introdotte che poggiano su una base consensuale, rimettendosi così la scelta circa il luogo del collegamento all'avvocato, ma di concerto con il suo assistito. Unicamente rispetto alle previgenti ipotesi di partecipazione telematica obbligatoria per taluni imputati, sussisterebbe invece un vincolo per i difensori a partecipare fisicamente con i propri assistiti nella sede remota. Nonostante ciò, anche rispetto ai casi di compresenza, non può ignorarsi che gli avvocati si trovano comunque lontani dall'aula di tribunale e l'interazione con i giudici non è così immediata, anche qualora dei loro assistenti siano presenti in udienza¹⁰⁵. Non solo. A ciò si aggiunga che assumere un secondo difensore potrebbe essere economicamente gravoso al punto da menomare il diritto alla difesa tecnica.

Infine, le perplessità fin qui espresse sulla effettiva tutela del diritto di difesa, possono peraltro riguardare l'intervento di un interprete che fornisce un supporto linguistico all'alloglotto collegandosi da remoto, rispetto al quale l'art. 133-ter Cpp nulla dice a riguardo e che oggi è senz'altro una prerogativa essenziale, come emerge dalla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

5.2 Entro la cornice tematica rappresentata dal punto *ii*) si staglia un problema che non può essere tralasciato in questo contributo: ed è quello concernente la modalità operativa del meccanismo consensuale rispetto alla partecipazione da remoto ad atti e udienze quando, cioè, non è la legge a prescrivere l'uso obbligatorio delle connessioni digitali. Il fine che ci prefiggiamo è più esattamente quello di saggiare se l'aver esatto il consenso di imputati e indagati possa in concreto tutelarne gli interessi o se,

¹⁰⁵ In questo senso S. Signorato, cit., 12.

piuttosto, sia da considerarsi niente di più che un simbolico orpello che pone l'istituto in esame al riparo da censure di incostituzionalità.

L'aver accordato preminenza alla volontà delle parti cela una certa prudenza del legislatore¹⁰⁶ la quale, tuttavia, non protegge da «atteggiamenti di ostruzionismo» né elimina il rischio di una eccessiva discrezionalità del giudice quando costui è chiamato a vagliare, in specie nel caso di una richiesta avanzata dalla parte e/o dal difensore, l'opportunità che si proceda o meno *online*¹⁰⁷. Infatti, malgrado la chiave di volta della riforma sia rappresentata dal consenso della persona interessata al collegamento virtuale non si rinvergono indicazioni esaustive circa la manifestazione dello stesso, mentre si coglie una maggiore sensibilità del legislatore rispetto alla individuazione dei luoghi dai quali connettersi, ancorché tale attenzione, come si è detto, non risolve tutti i problemi connessi al diritto di difesa in senso tecnico. Tranne che nell'ipotesi in cui l'ammissione del mezzo digitale sia comunicata in udienza, in tutti gli altri casi la regolamentazione delle modalità del suo esercizio sembra essere rimessa ai futuri regolamenti attuativi e, in assenza di questi, toccherà ai tribunali risolvere gli spinosi problemi di natura pratica che emergeranno nella prassi. Stando all'odierno impianto normativo, difatti, è dato conoscere soltanto l'ultimo tratto dell'*iter* che conduce alla scelta di procedere in videoconferenza ovvero la notifica del decreto contenente le coordinate del collegamento audiovisivo assieme al provvedimento che fissa la data di svolgimento dell'atto o di celebrazione dell'udienza¹⁰⁸. Tutto il resto è lasciato in ombra. Come è stato osservato, per giunta, nessun contraddittorio, se non quello che,

¹⁰⁶ M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, in *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, a cura di M. Gialuz, J. Della Torre, Torino 2022, 299.

¹⁰⁷ Ancora M. Gialuz, *La digitalizzazione*, *id.*, 300. A voler essere precisi, la richiesta di un consenso alla videoconferenza non rappresenta una novità giacché si ritrovano interessanti esempi in altri ambiti dell'ordinamento giuridico. Nel campo della giustizia penale transnazionale, per fornire un esempio: a livello europeo, la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria stabilisce che gli Stati membri possono utilizzare la teleconferenza per ascoltare testimoni e periti, ma ciò avviene a condizione che la persona da udire abbia dato il proprio consenso (art. 11). Le audizioni in videoconferenza sono ammesse anche in considerazione dei diritti dell'indagato, e «a condizione che gli Stati membri interessati lo ritengano necessario, che le loro autorità giudiziarie vi acconsentano e che anche l'indagato vi acconsenta» (art. 10). Dunque, sia sul fronte domestico sia su quello transnazionale, l'assenso degli interessati si attesta come una sorta di valvola di chiusura di un sistema che, per quanto miri a adattarsi all'avanzamento tecnologico, rimane ancorato all'espletamento delle udienze e delle attività procedurali in presenza. In questo senso, del resto, C. cost., 11.5.2021 n. 96 in www.giurcost.org.it che ha individuato nel consenso della parte interessata una deroga al contraddittorio ex art. 111 co. 5 Cost.

¹⁰⁸ Cfr. *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings* della CEPEJ, 16-17.6.2021, che ai canoni nn. 3 e 4, prescrivono alle parti sia di consultare il giudice al fine di sapere se l'udienza, nel caso di specie, possa o debba tenersi a distanza, sia di esperire rimedi contro la relativa decisione davanti ad un'autorità giudiziaria competente secondo il diritto interno.

per l'appunto, potrebbe realizzarsi in udienza precede il decreto che dispone la connessione telematica. Se il consenso possa essere revocato è argomento anch'esso ignorato dal testo del d. lgs. 150/2022, benché possa ipotizzarsi che l'opzione contraria sia esercitabile fino al momento di emissione della decisione che lo dispone¹⁰⁹. Alla stessa stregua, manca ogni tipo di rimedio al diniego all'istanza degli interessati diretta ad ottenere una connessione *online* e, ancor di più, nulla si dice rispetto alla forma e al contenuto che tale pronuncia di rifiuto deve assumere, potendosi tutt'al più ricavare in negativo dall'assenza di presupposti positivi al collegamento (ad esempio, dal collegamento audiovisivo ben funzionante e dal contesto ambientale remoto, dalla disponibilità del personale, dalle risorse e dei tempi necessari all'allestimento tecnologico).

Ma non è tutto. A fronte della laconicità e della indeterminatezza della *littera legis*, emergono altri due interrogativi di estrema rilevanza sistematica.

In primo luogo, ci si chiede se il suddetto assenso (come pure l'eventuale diniego) debba essere espresso personalmente dalla parte interessata dinnanzi all'autorità giudiziaria oppure dal suo legale, eventualmente mediante procura speciale, della quale effettivamente non viene fatta menzione alcuna. A voler essere più precisi, in alcuni casi si parla di richiesta dell'interessato e del difensore (come accade ad esempio per la l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 co. 4 Cpp* e per l'interrogatorio dell'estraddando *ex art. 717 Cpp*). In altre norme si richiama il consenso che promana dalla persona sottoposta alle indagini e dal difensore (*art. 350 co. 4-bis Cpp*), in altre ancora si richiede un'istanza o dell'uno o dell'altro (*art. 391 co. 1 Cpp*). All'*art. 496, co. 2-bis Cpp* invece si parla genericamente di consenso delle parti.

In secondo luogo, è lecito domandarsi se sia accettabile un coinvolgimento passivo o un contegno inerte dell'interessato o se, piuttosto, si debba pretendere una inequivocabile consapevolezza in capo allo stesso sulla quale il pubblico ministero (ad es. *ex art. 496 co. 2 Cpp*) e il giudice dovranno indagare, quantomeno quando è richiesta dalla legge una loro autorizzazione a procedere da remoto (ad es. *ex art. 391 co. 1 Cpp*).

Entrambi i quesiti formulati hanno valenza pratica dal momento che ogni deroga ad una disciplina che sia orientata a una tutela individuale, come per l'appunto il consenso dell'imputato o dell'indagato nell'economia complessiva di questa riforma,

¹⁰⁹ D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 470 ss.

deve essere pesata dal legislatore, a monte, e interpreta, a valle, dagli operatori del diritto in modo da assicurare sempre un equilibrio tra interessi confliggenti dotati di rilevanza costituzionale e convenzionale.

Quanto al primo quesito potrebbe anzitutto avvalorarsi una esegesi delle nuove norme che si aggancia alla natura dualistica del diritto di difesa, la quale intreccia l'autodifesa, tramite cui l'interessato fa valere i propri interessi personali, e la difesa tecnica esercitata dal difensore «per garantire, attraverso le qualità ed i titoli idonei ad offrire un'assistenza esperta e serena il corretto svolgimento del procedimento»¹¹⁰. A fronte di questa interpretazione combinata tanto la manifestazione di volontà dell'interessato quanto quella del legale, quando richieste entrambe, potrebbero coesistere e nel momento della esternazione della stessa l'avvocato potrebbe dichiarare da che luogo e postazione preferisce collegarsi, a patto che la legge gli accordi una siffatta possibilità. Mentre, ipotesi come quelle di cui all'art. 496 co. 2 Cpp che riferiscono di un consenso dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 Cpp e delle parti private implicherebbero che il solo dissenso di uno di essi è capace di impedire l'utilizzo di tale modalità.

In relazione al secondo interrogativo formulato, va detto che esso ci proietta inevitabilmente sul piano del contenuto di questo inedito meccanismo consensuale che, verosimilmente, dovrebbe vertere sui vantaggi che la presenza virtuale potrebbe comportare e al contempo sul rischio di indebolimento delle garanzie difensive che fanno capo al soggetto facoltizzato alla *virtual connection*. Per provare a sciogliere il dubbio emerso e nel tentativo di ricostruire il concetto di tale “consenso derogatorio” potrebbero richiamarsi le soluzioni della giurisprudenza della Corte edu in materia di processo *in absentia*, ancorché con le dovute differenziazioni dettate dai casi qui in esame. A tal riguardo, si rammenta che la sentenza *Poitrinol c. Francia* la Corte, nell'affermare la potenziale compatibilità convenzionale di un processo senza imputato, individuava al contempo alcuni presupposti per un tale riconoscimento, tra i quali che l'assenza sia frutto di una scelta consapevole basata su un'adeguata informazione¹¹¹.

Senonché il legislatore italiano ha integrato il requisito della previa comunicazione tramite la notificazione del decreto che dispone la partecipazione tramite video-link, ma non ha tenuto in debita considerazione la necessità di prevedere un'adeguata

¹¹⁰ D. Curtotti, *Difesa Penale*, in *ED*, I, 2005, 378.

¹¹¹ C. eur., 23.11.1993, *Poitrinol c. Francia*.

informazione rispetto a pro e contro della videoconferenza. Né tantomeno può rintracciarsi una qualche prescrizione circa il vaglio dell'esistenza di una piena consapevolezza in capo all'interessato con riguardo ai benefici e agli svantaggi che seguono alla *virtual justice*, attività questa che, per la verità, può definirsi tutt'altro che facile, soprattutto quando il decreto che dispone la videoconferenza venga emesso fuori udienza e, quindi, nessun confronto con l'autorità giudiziaria sulla scelta del procedere o meno in via telematica si realizza.

In questa ottica, è certamente significativo quanto enunciato dalla Corte costituzionale la quale, pronunciandosi sull'impiego dello schermo virtuale nella giustizia penale, ha precisato che «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento»¹¹². Eppure, per i nostri giudici costituzionali, diversamente da quelli di Strasburgo¹¹³, l'effettività e la consapevolezza sono essenzialmente legate all'esistenza di «mezzi tecnici idonei a realizzare la partecipazione»¹¹⁴.

Resta allora da capire, soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, l'opportunità o meno di prevedere degli obblighi informativi circa l'utilità o la sconvenienza di presenziare in via telematica. In caso affermativo occorrerà allora delineare il contenuto minimo di questo "prospetto informativo" affinché il requisito dell'adeguatezza possa dirsi integrato e, ancora, bisognerà riflettere sugli effetti che potrebbero derivare dalla sua violazione. Un altro profilo significativo concerne i soggetti titolati a fornire le dovute informazioni, e cioè, se il giudice, quale garante esterno e neutrale dei diritti e delle garanzie procedurali, o persino il pubblico ministero quando è chiamato ad autorizzare il collegamento o, invece, il difensore in quanto direttamente coinvolto nella tutela degli interessi del proprio assistito. A tale riguardo, il legale sembrerebbe essere il soggetto certamente più idoneo a adempiere siffatto compito informativo. Tuttavia, rimane un problema di fondo legato alla insufficiente preparazione dei difensori, spesso privi di un rapporto fiduciario con

¹¹² C. cost., cit., vedi nota 55.

¹¹³ È vero, tuttavia, che nei casi *Viola c. Italia* e *Zagaria c. Italia*, cit., uno dei fattori potenzialmente lesivi della *fairness* processuale è stato individuato nelle modalità operative del funzionamento della videoconferenza. Come riporta S. Quattrocchio, *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 459 ss., è in una pronuncia del 2012 C. eur. 14.4.12, *Gennadiy Medvedev c. Russia* che i giudici di Strasburgo hanno focalizzato tutta la loro attenzione sulla qualità del collegamento video.

¹¹⁴ Così «dimostrando di orientarsi nel senso di una perfetta fungibilità tra partecipazione fisica e virtuale, nella nota pronuncia». Cfr. C. cost., 22.7.1999, n. 342. Così G. Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1.12.2020.

l'assistito, in specie se questo è un imputato assente, e interessati alla videoconferenza in quanto mezzo più celere¹¹⁵.

Ad ogni modo, al di là della praticabilità di tali soluzioni, non sembrano esserci dubbi sul fatto che l'assenso, per essere consapevole, debba poter essere espresso liberamente non solo prima del collegamento, ma deve perdurare per tutto lo svolgimento dell'udienza o dell'atto. Da quest'ultima precisazione emerge la delicatezza di un'ulteriore situazione che fa perno sull'esistenza di un convincimento validamente e consapevolmente espresso: e cioè se questo ultimo vincoli sempre e comunque l'autorità giudiziaria, magari con effetto sanante eventuali nullità, o se invece, sia sempre richiesto un accertamento preliminare dell'autorità giudiziaria precedente circa l'esistenza di circostanze indicative dell'opportunità, o della necessità, di proseguire secondo l'ordinaria audizione e lo svolgimento in presenza dell'atto procedimentale o dell'udienza penale, a causa per esempio del verificarsi di problemi tecnici.

Per provare ad abbozzare una risposta a questi quesiti deve valorizzarsi quanto disposto al co. 4 dell'art. 133-ter Cpp secondo cui «salvo quanto disposto dai commi 5, 6 e 7, le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza si collegano da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall'autorità giudiziaria, previa verifica della disponibilità di dotazioni tecniche e condizioni logistiche idonee per il collegamento audiovisivo». La previsione citata sembrerebbe individuare in capo all'autorità giudiziaria un preciso obbligo di controllo della qualità dei mezzi della ICT. Parimenti, parrebbe sottrarre a questa verifica i casi in cui il collegamento coinvolga «le persone detenute, internate, sottoposte a custodia cautelare in carcere o ristrette in carcere a seguito di arresto o di fermo, quando compiono l'atto o partecipano all'udienza a distanza» (co. 5); o tutte quelle che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza collegandosi da un luogo diverso da quello individuato dall'autorità giudiziaria (co. 6) e, infine, (co. 7) «i difensori che partecipano dai rispettivi uffici o da altro luogo, purché idoneo». Sennonché, va osservato che quanto a questa ultima ipotesi, il richiamo alla idoneità, benché blando, potrebbe essere letto nel senso di assicurare comunque le garanzie fondamentali le quali, diversamente, rischierebbero una grave menomazione. Rispetto

¹¹⁵ F. Trapella, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in www.archiviopenale.it, 3, 2022, 20, evidenzia che il meccanismo consensuale potrebbe dare vita ad "abusi" poiché i difensori potrebbero essere tentati di «attirarsi le simpatie del magistrato». Specifica, infatti, che «aiutandolo a ridurre i ruoli d'udienza», il pubblico ministero potrebbe chiedere in cambio una pena più mite e «il giudice, essere più clemente».

alle ipotesi *sub* co. 5 e co. 6, il legislatore, invece, sembrerebbe presupporre una certa idoneità tecnologica delle postazioni individuate dalle autorità giudiziarie, come nel caso delle salette allestite presso le carceri. Del resto, l'art. 147-*quater* NAttaCpp affida al Ministero della Giustizia l'obbligo di assicurare «che, nei casi di partecipazione a distanza al compimento di atti del procedimento ovvero alla celebrazione delle udienze, i collegamenti telematici agli uffici giudiziari siano realizzati attraverso reti o canali di comunicazione idonei a garantire l'integrità e la sicurezza della trasmissione dei dati» e non anche il rispetto dei diritti di difesa. Infine, se tutto ciò non dovesse essere sufficiente, soverrebbe il co. 3 dell'art. 133-*ter* Cpp secondo cui in termini generali si afferma che «il collegamento deve effettuarsi, a pena di nullità, attraverso modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza, a garantire la registrazione audiovisiva dell'atto o dell'udienza, e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi, la possibilità per ciascuna di esse di udire quanto viene detto dalle altre, e la pubblicità, nei casi di udienza pubblica, degli atti compiuti a distanza».

Ciononostante, permangono una serie di interrogativi. Anzitutto, si dubita che l'art. 133-*ter* co. 3 Cpp sia capace di proteggere di per sé dai rischi connessi ad una irragionevole disparità di trattamento tra imputati o indagati coinvolti in diversi procedimenti poiché essenzialmente legata all'uso che della videoconferenza si fa negli uffici giudiziari e che grossomodo dipende dalle risorse finanziarie a disposizione. Un'altra rilevante notazione riguarda poi la nullità¹⁶. A parte l'evenienza estrema di una totale mancanza di qualcuno dei requisiti prescritti (ad esempio, interruzione del segnale audiovisivo; difficoltà nel deposito e nello scambio di documentazione o assenza di un circuito fonico *ad hoc*), appare difficile stabilire sotto quale soglia qualitativa l'attività processuale sia nulla. In questo senso le indicazioni di cui agli art. 133-*ter* Cpp e 147-*quater* NAttaCpp sono scarse, cosicché, ancora una volta, è ai regolamenti di attuazione e, più proficuamente alla prassi, che si dovrà guardare con fiducia al fine di individuare quali collegamenti meritano di essere dichiarati nulli perché, ad esempio, non assicurano un certo livello di realismo¹⁷.

¹⁶ Da considerarsi speciale a regime intermedio, se l'inosservanza nuoce alla partecipazione del pubblico ministero e delle parti private; assoluta se dal collegamento audiovisivo esca estromesso il difensore, nei casi che ne richiedono la presenza obbligatoria.

¹⁷ A causa, ad esempio, di ostacoli o malfunzionamenti tecnico-strutturali che impediscono all'interessato di presentare atti, documenti, memorie, esaminare il contenuto di analoghi materiali presentati da altri o di parlare senza interruzioni dalla sede remota, di vedere e ascoltare chiaramente tutte le restanti persone, nonché di essere

5.2.1 Come è stato precisato, postulare l'esistenza di una certa consapevolezza in capo a chi presta il consenso alla videoconferenza ci proietta inevitabilmente sul piano dei benefici e degli svantaggi che essa comporta e che certamente variano a seconda del tipo di atto che si svolge o udienza che si celebra. In particolare, sebbene con gli ammodernamenti voluti dalla riforma sul fronte delle videoregistrazioni delle attività e delle udienze pare plausibile un monitoraggio più penetrante delle interazioni tra le parti circa le scelte inerenti al ricorso al virtuale, permane comunque il pericolo di tattiche compressive della più generale libertà di determinazione di indagati ed imputati. Ancora una volta risulta perciò fondamentale incrociare le nuove ipotesi di collegamento da remoto ancorate al convincimento delle parti con le garanzie fondamentali sulla cui tenuta con l'armamentario tecnologico si è già riflettuto parecchio in dottrina, quantomeno con riguardo alla fase dibattimentale. Questa analisi risulterà utile per giustificare la opportunità di introdurre, *de iure condendo*, eventuali correttivi all'attuale disciplina.

Ebbene, per ragioni di economia, la disamina che si intende svolgere tocca i punti più controversi dell'intervento riformatore tralasciando quelli che *prima facie* non sembrano sollevare grossi problemi – anche in ragione della possibilità di videoregistrare determinate attività – quali, ad esempio, l'interrogatorio condotto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria delegata. Volendo fornire poi un esempio di positivo impiego della tecnologia audio-video, basterebbe richiamare il ricorso alla videoconferenza per l'assunzione di sommarie informazioni, dal momento che l'utilizzo del *medium* digitale potrebbe consentire agli organi inquirenti di partecipare a più atti investigativi e di prendere parte a distanza al compimento delle attività della polizia giudiziaria realizzati in presenza¹¹⁸. Parimenti, non destano particolare apprensione le contestazioni avanzate in via telematica alla modifica delle imputazioni in udienza preliminare o in dibattimento per l'opportunità che viene offerta a chi non è fisicamente presente in aula di intervenire senza essere considerato assente quando l'assenza non possa giustificare un rinvio.

Preoccupazioni possono semmai riguardare il procedimento cautelare, rispetto al quale il legislatore ha introdotto il ricorso al *medium* tecnologico per assicurare una maggiore celerità nello svolgimento di alcune attività che si inseriscono in tale

percepito dalle medesime; oppure di comunicare riservatamente col difensore.

¹¹⁸ In questi termini si esprimeva già prima della riforma B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 206 ss.

momento incidentale del procedimento penale. È così per quanto riguarda l'interrogatorio di garanzia e per l'udienza di riesame di misure coercitive, nonché per la convalida dell'arresto e del fermo.

La precisa volontà di accelerare i tempi del cautelare di primo acchito può essere accolta con favore, in specie quando ad essere limitata sia la libertà fondamentale che, in quanto tale, richiederebbe sempre una pronta pronuncia circa la necessità o meno del mantenimento della misura. In questo senso tali innovazioni collimano con l'art. 5 co. 3 Cedu il quale statuisce che ogni persona arrestata o detenuta «deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria». Eppure, il perseguimento della celerità non può gettare ombra sugli interessi difensivi.

In questo senso, aspetto saliente nelle previsioni richiamate è «la presa di contatto diretta tra giudice investito della decisione incidentale e imputato privato della libertà»¹¹⁹. Quanto all'interrogatorio *ex art. 294 Cpp*, ad esempio, esso introduce la garanzia di un primo raffronto tra il giudice e il destinatario della misura restrittiva che si traduce, a sua volta, nel potere-dovere dell'autorità giurisdizionale di esaminare l'indagato – il quale, peraltro, viene posto nelle condizioni di conoscere, in molti casi per la prima volta, l'accusa e le ragioni che hanno determinato la privazione della libertà – secondo le garanzie di cui agli artt. 64 e 65 Cpp. E, ciò che è ancora più importante, a questo momento si riconduce la valutazione del giudice circa la permanenza delle esigenze inizialmente riscontrate dal pubblico ministero e l'opportunità di confermare o meno la misura. Queste connotazioni, dunque, integrano un contraddittorio *c.d.* successivo e conferiscono all'interrogatorio stesso una funzione di controllo e garanzia. L'intervento fisico tanto del difensore quanto del destinatario del provvedimento si palesa essere quello che meglio veicola la capacità di influire sulla rivalutazione del quadro indiziario riscontrato e sull'approfondimento dei temi connessi alla sussistenza delle esigenze cautelari, al rispetto dei parametri applicativi della misura, della adeguatezza e proporzionalità in rapporto ai vari *pericula libertatis*. Sempre rispetto all'interrogatorio poi, e nel tentativo opposto di perimetrare la portata delle criticità appena sollevate, si potrebbe argomentare che a seconda dei casi, per l'interessato è preferibile che a svolgerlo sia il giudice che conosce il fascicolo,

¹¹⁹ Testualmente D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 479.

collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente, ma completamente ignaro della vicenda fattuale¹²⁰. Eppure, ciò potrebbe creare problemi sul piano del pre-giudizio da parte dell'autorità chiamata a decidere sul riesame rispetto alle valutazioni di merito.

Parte delle riflessioni fino a questo momento condotte potrebbero essere estese all'udienza di riesame, soprattutto quando il difensore che lo richieda venga autorizzato dal giudice al simultaneo intervento da un'autonoma postazione remota, lasciando quindi l'assistito da solo nel luogo in cui è eventualmente e temporaneamente custodito. Anche in questa evenienza, il rapporto immediato tra giudice e indagato è di vitale importanza affinché il convincimento dell'autorità giudiziaria si giovi dell'osservazione ravvicinata delle qualità individuali e delle percezioni prodotte dall'ascolto della persona *in vinculis* fisicamente partecipe all'udienza.

Entro la cornice tematica delle misure adottate nei confronti di soggetti a vario titolo privati della libertà, si deve menzionare la celebrazione *online* dell'udienza di convalida del fermo e dell'arresto, la quale risulta essere una soluzione adeguata in ragione del fatto che lo strumento audiovisivo potrebbe accelerare i tempi entro i quali procedere con la convalida, che per l'art. 391 co. 1 Cpp deve essere richiesta dal pubblico ministero entro e non oltre le 48 ore dall'esecuzione della misura, mentre il giudice potrà fissare l'udienza per confermare o meno la misura entro le successive 48 ore dalla richiesta. Né, d'altro canto, lo strumento tecnologico può essere utilizzato dal pubblico ministero e dal giudice per aggirare surrettiziamente tali termini perentori senza incorrere nella caducazione del fermo o dell'arresto. Di conseguenza, l'art. 558 co. 4 Cpp, che richiama il 391 Cpp e secondo il quale entro 48 ore l'arrestato deve essere messo materialmente a disposizione del giudice della convalida e del rito direttissimo, deve essere interpretato nel senso che, entro lo stesso arco di tempo, il pubblico ministero fornisce tutte le coordinate informatiche necessarie per la presentazione a distanza al giudice dell'interessato. Con la ulteriore precisazione che l'autorità giurisdizionale dovrebbe attivare il collegamento tramite il *link* inviatogli dall'organo

¹²⁰ Cfr. Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, 24.5.2021, 16. Uno schema analogo è contemplato nella disciplina generale del procedimento in camera di consiglio (art. 127 Cpp) e del procedimento di esecuzione (art. 666 Cpp). La parte interessata, purché consenziente, viene sentita di preferenza per via telematica; solo alternativamente, l'audizione è tenuta dal magistrato di sorveglianza del luogo, posto al di fuori della circoscrizione del giudice competente, ove il detenuto o internato si trova.

di accusa non oltre le 48 ore, a nulla rilevando magari impegni in altre attività procedurali.

A fronte di questi indubbi vantaggi, non può nondimeno trascurarsi la delicatezza della situazione in cui l'arrestato chiedi di partecipare all'udienza a distanza collegandosi dal più vicino comando di forze dell'ordine che hanno eseguito la misura precautelare, magari lontano dal proprio difensore, posto che a costui è concessa l'alternativa tra comparire davanti al giudice ed esercitare il diritto, *ex art. 133-ter co. 7 Cpp* o di affiancare l'assistito nel luogo in cui costui si trova. Ora, il fatto di presentarsi personalmente in udienza permette di ottenere in ogni caso uno sguardo attento da parte del giudice e una relazione diretta tanto con quest'ultimo quanto con chi ha proceduto alla propria apprensione. In altre parole, la presenza *in corpore* veicolerebbe, ancora una volta, un confronto dialettico alla pari, laddove beninteso l'organo di accusa decida di prendere parte all'udienza di convalida.

Infine, fuori dalla novità introdotte dalle misure cautelari e precautelari, merita una menzione il ricorso al mezzo tecnologico per il passaggio preliminare del conferimento dell'incarico al consulente tecnico, al quale si tratta soltanto di assistere¹²¹. La *ratio* di una tale scelta del legislatore risiede ancora una volta in logiche di perseguimento della celerità. È di tutta evidenza, però, la difficoltà che lo svolgimento di operazioni complesse e tecniche, e dunque contraddistinte dall'alto rischio di alterazione della prova, sia controllabile dai consulenti tecnici di parte privata mediante le immagini veicolate dalla telecamera, sebbene a tale modalità si faccia ricorso per apposita istanza di costoro.

6. Alla luce dell'analisi svolta, la *ratio* che ha ispirato la riforma Cartabia basata essenzialmente sulla valorizzazione dell'uso della digitalizzazione per migliorare gli *standard* delle garanzie procedurali e l'efficienza del procedimento può essere certamente accolta con favore per diverse ragioni¹²².

¹²¹ Si segnala un'anomalia, forse a causa di un errore di compilazione normativa: l'art. 360 co. 3-bis Cpp coinvolge pure l'indagato e la persona offesa tra i soggetti legittimati alla richiesta di partecipare a distanza, includendoli nella cerchia degli ammessi all'adempimento qualora siano disponibili a collegarsi in via telematica, quando invece questa possibilità partecipativa *in corpore* è per loro normalmente esclusa.

¹²² Del resto, della funzionalità pratica delle *online hearings* è pure consapevole la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato la Finlandia per violazione della *fairness* processuale, giacché la mancanza di adeguate attrezzature tecniche ha reso impossibile l'utilizzo dello strumento della videoconferenza per svolgere l'esame dei testimoni, imponendo una serie di ritardi ed una irragionevole proroga della durata processuale. C. eur., 8.12.2009, *Taavitsainen c. Finlandia*.

Anzitutto, perché la partecipazione telematica ad atti e udienze può rappresentare una vantaggiosa risorsa per la completezza dell'accertamento penale, soprattutto per quei soggetti che pur legittimati a prendere parte al procedimento siano di fatto impossibilitati a presenziare fisicamente per diverse ragioni. Entro questa logica tesa a esaltare i benefici offerti dall'ICT, può osservarsi che gli strumenti della *digital justice* sono funzionali ad una maggiore tutela, ad esempio, del principio del contraddittorio tutte le volte in cui non è garantito o è garantito solo in modo formale o per attività procedurali che, prima dell'avvento del digitale, non si sarebbero potute espletare o necessitavano di tempi più lunghi per essere effettuate. Le videoconferenze, se attuate secondo modelli tecnologici avanzati, possono ancora ridurre la durata delle udienze, evitando la violazione del principio di concentrazione e il rischio che i giudici non riescano a portare a termine il dibattimento. Da tali assunti, d'altronde, ha tratto linfa vitale la riforma Cartabia, la quale non ha solo trasformato l'eccezionalità della partecipazione a distanza in normalità, ma ha anche previsto l'impiego di videoregistrazioni quali modalità di documentazione delle attività investigative e di udienza, sicché la stessa videoconferenza celebrata nella fase preliminare o nel dibattimento di primo grado potrebbe essere registrata e successivamente riprodotta, durante il processo o in appello.

Inoltre, la premessa secondo la quale solo la presenza fisica nel luogo del dibattimento o della celebrazione di un'attività possa garantire l'effettività delle garanzie e diritti fondamentali ammette eccezioni. Si è evidenziato infatti che in determinate circostanze le udienze *online* possono garantire virtualmente i diritti della difesa, consentendo all'imputato di vedere ed essere visto dal testimone, e viceversa, nonché il diritto dell'imputato al controinterrogatorio. In altre ancora, la parte potrebbe aver tutto l'interesse a che l'atto si svolga in via telematica, come nel caso in cui è preferibile che a eseguire l'interrogatorio di garanzia sia il giudice che conosce il fascicolo, collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente, ma completamente ignaro della vicenda fattuale. Si pensi ancora alla possibilità di ottenere una risposta in termini celeri circa il mantenimento di una misura cautelare limitativa della libertà personale.

Nella ricerca di un'accettabile sintesi tra diversi interessi, tutti dotati di significativo rilievo, la prospettiva di indagine qui adoperata ha enucleato il nocciolo duro di quei diritti e garanzie fondamentali che sono toccati dallo strumento digitale. Questa operazione ha messo in risalto che, nonostante i vantaggi già menzionati, la

partecipazione virtuale non è neutra e permane il rischio – spesso innescato da logiche di tutela a ribasso – che il diritto al confronto e il diritto di difesa - tanto sul piano della difesa tecnica che su quello dell'autodifesa - o il diritto alla traduzione ed interpretazione nelle udienze penali possano essere lesi. Quest'ultimo, in particolare, non è stato minimamente preso in considerazione dal d. lgs. 150/2022.

Alla luce di tutto ciò, non può negarsi l'attualità dell'indicazione avanzata più volte in passato secondo la quale nei casi di presenza da remoto è necessario valutare non solo se essa rientri nei casi tassativamente previsti dalla legge ma anche se sia proporzionata alle circostanze concrete che ne richiedono l'impiego, come per il caso rappresentato, per l'appunto, dall'impossibilità della persona da ascoltare di recarsi fisicamente in udienza o all'attività da espletare¹²³. Ed è proprio sotto il profilo della proporzionalità, che può nutrirsi qualche dubbio, specie con riguardo a quelle ipotesi connotate da un sacrificio sproporzionato del principio di immediatezza¹²⁴ e del contraddittorio ai sensi dell'art. 111 co. 4 Cost. A tal fine, la miglior via che la riforma avrebbe potuto imboccare, e che da ultimo non è stata intrapresa, sarebbe stata quella di rivalutare tutti i casi di presenza virtuale, individuando al contempo quali di questi assoggettare alla volontà delle parti e, cioè, tutte quelle ipotesi non supportate da ragionevoli motivi di sicurezza e comprovate necessità.

Al contrario, fuori dalle ipotesi di *online participations* vincolanti, può certamente apprezzarsi il passo avanti compiuto dal d.lgs. nell'avvalorare il consenso alla videoconnessione. Certo molti sono ancora i nervi scoperti della disciplina qui analizzata sui quali si auspica un prossimo intervento del legislatore che specifichi le modalità operativa del meccanismo consensuale e ponga l'accento sulla opportunità di una maggiore consapevolezza vuoi dei rischi vuoi dei benefici conseguibili da parte di chi manifesta un atteggiamento di favore al *video-link*, eventualmente supportata da obblighi di tipo informativo in capo al difensore.

Ancorché la riforma abbia prospettato nuove tecniche e modalità nell'esecuzione di vecchie attività procedurali, suscita non poche preoccupazioni la tecnica legislativa adoperata. Inoltre, ciò che rimane ancora poco chiaro è il profilo della responsabilità e dei costi delle parti di un'udienza telematica – in specie se si considera il forte divario

¹²³ Per quanto riguarda l'esame a distanza, si veda M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata*, cit., 134, il quale, con riferimento alla riforma Orlando, sottolineava la necessità di ricorrere ad un triplice test per verificare l'idoneità della videoconferenza a tutelare un diritto di pari importanza del dichiarante rispetto al contraddittorio; la capacità di salvaguardare l'essenzialità del contraddittorio e la necessità di utilizzare collegamenti video e audio, qualora non sia possibile il ricorso ad altri mezzi.

¹²⁴ M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 24.

nei livelli di digitalizzazione tra un ufficio giudiziario e un altro – e che, si spera, sarà affidato ai prossimi regolamenti di attuazione e che verosimilmente dovranno essere promulgati entro la fine del 2023. Questi ultimi dovranno riguardare anche le modalità di segnalazione di eventuali inconvenienti tecnici o disconnessioni telematiche, in questo modo traducendo nella pratica quotidiana dei tribunali le istanze difensive¹²⁵. Con la precisazione che il futuro intervento regolamentare dovrà essere guidato il più possibile dal rispetto dei criteri di equità e dai valori della legalità, della necessità, dell'accessibilità e della trasparenza. Ancora, considerazioni di carattere generale suggeriscono che, per poter esercitare il diritto ad una difesa che sia equa ed effettiva, lo Stato è chiamato a garantire sostegni economici a coloro i quali, pur volendo connettersi telematicamente, non possono permettersi *hardware* e *software* perfettamente funzionanti così favorendo una partecipazione attiva all'udienza, sebbene a distanza. Su questo profilo, infatti, il decreto legislativo tace.

Per concludere, sulla scorta delle osservazioni del Prof. Nobili, che richiama la terminologia utilizzata da Robespierre, si potrebbe sostenere, sul piano generale, che un procedimento penale privo di forme e regole non può più definirsi come un insieme di atti di giustizia ma come sequenza di «*opérations sublimes*»¹²⁶. Pertanto, anche se oggi le ICTs influenzano e continueranno ad influenzare inevitabilmente l'accertamento penale, esse non possono mai giungere al punto di sovvertire i “formanti” del procedimento penale. In alternativa e secondo una diversa interpretazione, dovremmo considerare la rivoluzione digitale stessa come un’“operazione sublime” che sta inaugurando una nuova era di valori e principi (*Umwertung aller Werte*). Insomma, ci si sente come Alice nel Paese delle Meraviglie che «entra in un mondo fantastico, arrampicandosi attraverso uno specchio nel mondo che può vedere al di là di esso: lì scopre che, proprio come in un riflesso, tutto è capovolto» e che «allontanarsi da qualcosa ti porta verso di essa». Ci chiediamo perciò se lo specchio ci mostra ciò che non siamo stati in grado di scorgere o che abbiamo rifiutato di vedere. Quel che è certo è che allontanarsi dalla “realtà virtuale” inevitabilmente ci porta verso di essa. Nella misura in cui i tribunali guardano al futuro, non si può tornare più indietro. Non resta, quindi, che sfruttare al meglio le

¹²⁵ B. Galgani, *Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questgiust.*, 4, 2021, aveva messo già in luce queste problematiche emerse con la l. 134/2021.

¹²⁶ M. Nobili, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: “Voi invocate le forme perché non avete principi”?*, in *Crit. dir.* 1994, 67.

potenzialità che la *technè* potrà ancora apportare alla giustizia penale, senza pregiudizi ma con obiettività, avendo cura di adoperarla in funzione di una materia così delicata.