

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

DALL'UDIENZA PENALE A DISTANZA ALL'AULA VIRTUALE

Nell'impianto normativo della l. 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, come modificata dal d.l. 28/2020, da ultimo convertito dalla l. 70/2020

di Sebastiano Napolitano

SOMMARIO: 1. Interventi normativi per gestire l'emergenza COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. 2. Dall'udienza a distanza alla stanza virtuale. – 2.1. Difficile equilibrio tra il realizzare la "compresenza" degli attori processuali e la necessità di attuare "il distanziamento sociale", attualmente, unica difesa al contagio da COVID-19. – 3. Le soluzioni individuate dall'intervento normativo. – 3.1. L'udienza a distanza, con la partecipazione in videoconferenza del detenuto. – 3.2. L'aula smaterializzata e "compartecipazione" degli attori processuali connessi su piattaforma informatica da individuarsi dalla DGSIA. – 3.2.1. La stanza virtuale del Giudice penale – 3.2.2. L'applicativo TEAMS della Microsoft adattato alle esigenze dell'udienza penale. – 4. L'art. 83 c. 12 del d.l. 18/2020 riprende l'impianto tracciato dall'art. 2 c. 7 d.l. 11/2020. – 4.1 Modalità di svolgimento dell'udienza da remoto per soggetti non sottoposti a custodia cautelare carceraria. – 5. Il primo Provvedimenti del Direttore Generale della DGSIA. – 5.1. Sfiducia nell'immediata operatività di TEAMS. – 5.1.1. La risposta dei Giudici all'emergenza. – 5.1.2. I Giudici "reinventano" l'impiego di TEAMS: "TEAM" di Udienza. – 5.2. Leale collaborazione della classe forense. – 6. Il secondo Provvedimenti del Direttore Generale della DGSIA. – 7. Compartecipazione nell'aula virtuale e compatibilità con il diritto di difesa (nelle due accezioni: "autodifesa" e "difesa tecnica"). – 7.1. Salvaguardia del contraddittorio ed effettiva partecipazione delle parti all'udienza penale. – 7.1.1. Luogo di custodia "equiparato all'aula di udienza". – 7.1.2. Luogo virtuale "equiparato all'aula di udienza". – 8. L'originaria previsione dell'art. 146-bis disp. att. al c.p.p. – 8.1 Obbligatorietà della partecipazione a distanza ex art. 146-bis disp.att. c.p.p. per fronteggiare ragioni di sicurezza ed ordine pubblico. – 9. Obbligatorietà della partecipazione a distanza o con collegamento all'aula virtuale da remoto, ex art. 83 c. 12 a tutela della salute oltre che per ragioni di sicurezza ed ordine pubblico. – 10. Legittimità costituzionale di dette modalità di svolgimento dell'udienza: non necessaria la "presenza" fisica nel luogo del processo, purchè sia garantita la effettiva "partecipazione" personale e consapevole al dibattimento. – 11. Copertura normativa allo svolgimento dell'udienza nell'aula smaterializzata e distante, con la quale avviene il collegamento da remoto di tutte le parti. – 12. Partecipazione all'udienza penale del difensore dal proprio studio. – 13. Partecipazione dell'indagato/imputato dalla medesima postazione da cui si collega il suo Difensore. – 14. Consenso delle parti allo svolgimento delle udienze (istruttoria e di discussione finale) con collegamento da remoto all'aula virtuale, quando l'indagato/imputato non è ristretto in custodia cautelare carceraria. – 15. Il quadro delineatosi a seguito della cennata stratificazione normativa. Disciplina processuale applicabile per tutto il mese di luglio del 2020 per i provvedimenti già adottati prima del 30 giugno 2020. – 15.1. Doppio Binario: udienza con soggetto detenuto in carcere. – 15.2. Udienza con soggetto non detenuto in carcere. – 15.2.1. Attestazione dell'identità del soggetto assistito. – 16. Necessità del consenso delle parti nelle udienze con istruttoria e di discussione finale. – 16.1. Udienze con istruttoria. – 16.2 Udienze con discussione finale. – 17. Interlocuzione delle parti in ordine all'utilizzo dell'aula virtuale. – 17.1. Interlocuzione delle parti ex art. 83 c. 12-bis cit. (udienza a carico di soggetto non ristretto in carcere). – 17.2. Interlocuzione delle parti ex art. 83 c. 12 cit. (udienza a carico di soggetto ristretto in carcere). – 18. Le prassi giudiziarie virtuose. – 19. Comunicazione alle parti della modalità di collegamento. – 20. La Camera di Consiglio per la decisione a seguito della discussione finale. – 20.1. Conseguenze sulle modalità di svolgimento della deliberazione finale del Giudice in caso di mancato consenso al collegamento da remoto. – 20.2 L'udienza del rito direttissimo ex art. 558 c.p.p. conseguente alla convalida d'arresto svolta con collegamento da remoto TEAMS. – 21.

Collegamento da remoto in sede d'indagini preliminari. – 22. L'eventuale partecipazione dell'interprete. – 23. L'indagato a rischio COVID-19. – 24. Linee guida nella seconda fase (12 maggio – 31 luglio 2020, *rectius*: 30 giugno 2020). Effetti della L.70/2020 sulla prescrizione e termini di custodia cautelare. – 25. Necessaria collaborazione.

1. Interventi normativi per gestire l'emergenza COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria.

Il dilagare del fenomeno pandemico ha determinato la produzione, in un brevissimo arco di tempo, di una mole di interventi normativi emergenziali, che, nell'intento di realizzare il cd. "*distanziamento sociale*", ha spinto (almeno nella prima fase), verso l'immediata, seppur temporanea, informatizzazione del processo penale, pur nella consapevolezza che la smaterializzazione dell'udienza penale¹, per ragioni non solo tecniche, non sempre sarebbe stata possibile.

Il quadro normativo che si è andato delineando sinora, e che ha trovato il suo (allo stato) ultimo punto di abbrivio nella L. 25 giugno 2020 n. 70, entrata in vigore lo scorso 30 giugno, parte, come noto, dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, che aveva già sospeso l'attività giudiziaria non urgente, nelle cd. "*zone rosse*" del territorio nazionale.

L'emergenza sanitaria, divenuta pandemica, ha, poi, imposto, a distanza di meno di una settimana da quel primo e territorialmente limitato intervento normativo, l'adozione di quelle stesse norme e di altre ancora più stringenti, sull'intero territorio Nazionale; si è giunti, così, al d.l. 8 marzo 2020 n. 11, "*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*"² (che richiamava in premessa precedente d.l. 2 marzo 2020 n. 9), entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione, avvenuta in pari data, in G.U. n. 60.

Il d.l. n. 11/20, che ha rappresentato la prima impalcatura eretta per sorreggere l'attività giudiziaria urgente, che non poteva evidentemente essere interrotta dal *lockdown* giudiziario, dopo aver sospeso, dal 9 marzo 2020 al 22 marzo 2020³, tutte le udienze penali (con la previsione espressa del rinvio d'ufficio), ha elencato le udienze ed i procedimenti che facevano eccezione al blocco dell'attività giudiziaria⁴.

¹ In argomento cfr. V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1 (versione web).

² In merito cfr. F. LAZZERI, [Il decreto-legge 11/2020 su "coronavirus", attività giudiziaria e carcere: le nuove misure a livello nazionale](#), in questa *Rivista*, 9 marzo 2020.

³ Art. 1, del d.l. n. 11/20, abrogato dall'art. 83 c. 22 del d.l. n. 18/20, così sostituito dall'art. 83 c. 1 "Dal 9 marzo al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020"; modificato dall'art. 36, c. 1 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23: "Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020".

⁴ Art. 2, c. 2 lett. g nn. 2, 3: "la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020 nei procedimenti civili e penali, con le seguenti eccezioni: ...2) udienze di convalida dell'arresto o del fermo, udienze dei procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, udienze nei procedimenti in cui sono state richieste o applicate misure di

Pochi giorni dopo, il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione in G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, dopo aver abrogato gli artt.1 e 2 del precedente d.l. n. 11/20 (art. 83 c. 22), all'art. 83, ai commi 1 e 2, ha sospeso, sino al 15 aprile 2020, le udienze penali, con le eccezioni indicate dall'art. 83 al comma 3 lett.b)⁵.

Il successivo d.l. 8 aprile 2020 n. 23, pubblicato in pari data sulla G.U. n. 94 ed entrato in vigore il giorno successivo, 9 aprile 2020, all'art. 36, ha spostato in avanti la durata del blocco dell'attività giudiziaria non urgente, "della prima fase", cd. "*periodo cuscinetto*", iniziato il 9 marzo 2020, portandolo all'11 maggio 2020.

La Legge 24 aprile 2020 n. 27⁶, pubblicata nella G.U. n. 110 del 29 aprile 2020 ed entrata in vigore lo stesso giorno della pubblicazione (art. 127), nel convertire con modificazioni il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, ha definitivamente abrogato il d.l. 2 marzo 2020 n. 9 e il d.l. 8 marzo 2020 n. 11, operandone, però, la salvezza degli effetti prodotti, degli atti conseguentemente emessi e dei rapporti giuridici sorti nel periodo di vigenza⁷.

Il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, pubb. in G.U. n. 111 del 30 aprile 2020 ed entrato in vigore il giorno successivo, 1 maggio 2020, ha, poi, modificato, appena un giorno dopo la sua entrata in vigore, la Legge 27/2020, portando in avanti, al 31 luglio 2020⁸, il termine finale della cd. seconda fase, in cui era prevista, sulla base di *linee guida vincolanti* emesse dai Capi degli Uffici, una parziale ripresa delle udienze; ed ha, infine, come si dirà, modificato la generalizzata previsione dello svolgimento dell'udienza con collegamento

sicurezza detentive e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì le seguenti: a) udienze nei procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; b) udienze nei procedimenti in cui sono state applicate misure cautelari o di sicurezza; c) udienze nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono state disposte misure di prevenzione; d) udienze nei procedimenti a carico di imputati minorenni; 3) udienze nei procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile".

⁵ Art. 83 comma 3 lett.b): "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi:... b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione. c) procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile".

⁶ In merito, Cfr G.L. GATTA – F. LAZZERI, [Emergenza Covid e processo penale 'da remoto'. In G.U. la legge di conversione del d.l. n. 18/2020 \("cura Italia"\)](#), in questa *Rivista*, 30 aprile 2020.

⁷ art. 1 c. 2 della L. n. 27/20: "Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi Decreti-Legge".

⁸ Art. 3 lett. i del d.l. n. 28 del 2020: "Ovunque ricorrano nell'articolo (83), le parole «30 giugno 2020» sono sostituite dalle seguenti: «31 luglio 2020».

da remoto, a carico di soggetti non sottoposti a misura cautelare carceraria, novellando l'art. 83 c. 12-*bis* e 12-*quinquies*.

La Legge 25 giugno 2020 n. 70, pubb. in G.U. n. 162 del 29 giugno 2020, entrata in vigore il 30 giugno 2020, nel convertire il d.l. n. 28 del 2020, a seguito dell'approvazione da parte della Commissione giustizia del Senato di un emendamento di fonte parlamentare⁹, ha soppresso¹⁰ la lett. i dell'art. 3

⁹ Il n. 3.5 (testo 3) Ostellari, Pillon, Emanuele Pellegrini, Stefani, Urraro (APPROVATO): "Al comma 1, dopo la lettera b), inserire la seguente: b-*bis*) al comma 6, primo periodo, le parole «31 luglio 2020» sono sostituite dalle seguenti: «30 giugno 2020». Conseguentemente sopprimere la lettera i) e, all'articolo unico del disegno di legge di conversione, al comma 1 aggiungere in fine il seguente periodo: "Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 3, comma 1, lettera i) del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28". Nell'ambito della procedura di conversione alla Camera era stato presentato l'emendamento 221.2 (D'Orso e altri) non approvato che all'art. 221 al comma 2 prevedeva: "Al fine di sperimentare le innovazioni introdotte con le misure urgenti di cui all'articolo 83 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per un periodo idoneo a verificarne l'efficacia, fino al 31 dicembre 2021 si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 10" e al comma 9 "Fermo quanto previsto dagli articoli 146-*bis* e 147-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, le udienze penali, con il consenso delle parti, possono essere tenute mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il consenso dell'imputato o del condannato è espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale. L'udienza è tenuta con la presenza del giudice, del pubblico ministero e dell'ausiliario del giudice nell'ufficio giudiziario e si svolge con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione il giorno, l'ora e le modalità del collegamento. La partecipazione mediante collegamento a distanza è assicurata con le seguenti modalità: a) per l'imputato o il condannato, se in custodia cautelare in carcere o detenuti, anche per altra causa, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271; b) per l'imputato o il condannato, se agli arresti domiciliari in uno dei luoghi indicati dall'articolo 284, comma 1, del codice di procedura penale o in detenzione domiciliare, dalla medesima postazione da cui si collega il difensore o dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza, quando disponibile. In tali casi, l'identità dell'imputato o del condannato è accertata, rispettivamente, dal difensore o dall'ufficiale di polizia giudiziaria presente; c) per l'imputato o il condannato libero o sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere o a misure alternative alla detenzione, dalla medesima postazione da cui si collega il difensore, il quale ne attesta l'identità; d) per la parte civile, a seconda dei casi, con le modalità di cui alle lettere a), b) e c); e) per le persone diverse dalle parti private o dal condannato e dai loro difensori con le modalità previste dall'articolo 147-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271; f) per i difensori delle parti private o del condannato, dallo studio professionale o dalla medesima postazione da cui si collega l'assistito, quando sottoposto a restrizioni della libertà personale ai sensi delle lettere a) e b)".

¹⁰ G. FICHERA – P. DI GERONIMO, *Soppressione ex L. n. 70 del 2020 dell'art. 3 c. 1 lett. i, del d.l. n. 28 del 2020 ricadute sui giudizi civili e penali*, in *Relazione Tematica Corte Suprema di Cassazione*, Ufficio del Massimario e del Ruolo: "Ogni riflessione sul tema deve prendere le mosse dal disposto dell'art. 77, comma terzo, Cost., a tenore del quale i decreti-legge «perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione». Questa perdita di efficacia, secondo l'orientamento consolidato della S.C., deve ritenersi estesa anche alle norme del decreto-legge non convertite o escluse dalla conversione per effetto di emendamenti soppressivi o

comma 1¹¹ del d.l. n. 28 del 2020, con la conseguenza che, il termine di vigenza della normativa emergenziale è stato nuovamente riportato alla data del 30 giugno 2020, in luogo di quella del 31 luglio 2020.

Con quest'ultimo intervento normativo, dunque, la stratificazione delle misure urgenti adottate per contrastare l'emergenza epidemiologica COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia, ha trovato una prima battuta di arresto al 1 luglio 2020; l'assestamento normativo in materia non pare, tuttavia, definitivo, tenuto conto dell'emendamento 221.2 - AC 2500, riproposto in sede di conversione del diverso d.l. n. 34 del 2020¹²; a tacer sulla circostanza che il rischio pandemico non è cessato, sebbene allo stato si registri un favorevole evolversi della situazione sanitaria, che ha "imposto" il ritorno alla svolgimento in *praesentia* delle udienze penali.

Nella consapevolezza che l'attività giudiziaria (almeno quella urgente) non possa bloccarsi per nessun motivo, è comunque auspicabile, in una prospettiva *de jure condendo*, tenuto conto dell'esperienza appena trascorsa, di cui si darà conto nelle pagine che seguono, che il Legislatore intervenga a reintrodurre, nell'ordinamento processuale penale, la possibilità dello svolgimento dell'udienza da remoto, evidentemente come strumento *extra ordinem* ed eccezionale, a cui eventualmente poter far ricorso in determinate e gravi condizioni di emergenza (come in casi di recrudescenza della pandemia), per permettere "comunque" lo svolgimento dei quelle udienze penali che non possono e non debbono fermarsi, pena la conseguente scarcerazione di pericolosi criminali.

Non va dimenticato, infatti, che lo svolgimento dell'udienza con modalità di collegamento da remoto, durante la fase di più acuta emergenza sanitaria, in luogo di determinare la paralisi dell'attività giudiziaria, e lungi dal violare principi e valori costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa (come si dirà), ha consentito di

sostitutivi contenuti nella legge di conversione, sicché le dette disposizioni soppresse sono da ritenersi, anche per il passato, irreversibilmente inesistenti. Dunque, la scelta del legislatore del 2020 di non convertire in legge la lett. i) del comma 1 dell'art. 3 del d.l. n. 28 del 2020, dovrebbe condurre al risultato di fare ritenere che la proroga disposta dal 30 giugno al 31 luglio della cd. "seconda fase", non abbia mai avuto ingresso nell'ordinamento giuridico italiano. Tuttavia, sappiamo che il medesimo terzo comma dell'art. 77 Cost. prevede che le camere «possono regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti». Ed è quello che è esattamente avvenuto nella vicenda in esame, avendo l'art. 1, comma 2, della l. n. 70 del 2020, testualmente stabilito che «Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 3, comma 1, lettera i), del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28». E allora, fermo restando che tutti gli atti di natura meramente organizzativa adottati dai capi degli uffici, come pure i provvedimenti giurisdizionali assunti dai magistrati fino al 29 giugno 2020, pure avendo come presupposto temporale una cd. "seconda fase" di durata estesa fino al 31 luglio 2020 rimangono "validi", quella che a questo punto occorre indagare è l'esatta portata o meglio direi l'estensione temporale degli effetti giuridici che i ridetti atti, pure ormai ex lege "validi", sono in grado di produrre".

¹¹ La lettera "i" è soppressa.

¹² L'emendamento 221.2 AC 2500 citato alla nota 9 è stato, infatti, riproposto nell'ambito della procedura di conversione del diverso d.l. n. 34 del 2020 cd. Decreto rilancio, con la seguente motivazione "La proposta emendativa, che riformula l'emendamento segnalato 221.2 (d'Orso e altri), ha lo scopo di non disperdere il patrimonio applicativo di una serie di misure, contenute nell'articolo 83 del decreto-legge n. 18 del 2020, adottate nella fase acuta dell'emergenza epidemiologica da COVID19. Si tratta di valorizzare, con introduzione in via sperimentale, istituti sulla cui attuazione si sono avuti riscontri positivi e che, in mancanza di una specifica normativa, sono destinati a cessare alla data del 30 giugno".

continuare ad assicurare l'essenziale svolgimento dell'attività giudiziaria, garantendone la necessaria efficienza, indipendenza e imparzialità.

2. Dall'udienza a distanza alla stanza virtuale.

2.1. *Difficile equilibrio tra il realizzare la "compresenza" degli attori processuali e la necessità di attuare "il distanziamento sociale", attualmente, unica difesa al contagio da COVID-19.*

Il d.l. 8 marzo 2020 n. 11, ha introdotto la possibilità di partecipare a *"qualsiasi udienza"* a carico di *"persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare"*, *"ove possibile"*, *"mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei servizi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146 bis" delle disp. att. al c.p.p.*¹³.

Detto intervento normativo, a cui sopra si è fatto riferimento come la prima impalcatura eretta per sorreggere l'attività giudiziaria urgente, poggia su un terreno, inevitabilmente, malfermo: la *"scelta"* delle modalità di svolgimento dell'udienza penale; dovendosi necessariamente contemperare, nell'operarla, l'esigenza di distanziare gli attori dell'udienza penale, per evitare il concreto ed attuale rischio di contagio da Covid-19 e la compresenza fisica degli stessi soggetti, in un processo penale regolato dai principi di oralità, concentrazione ed immediatezza; difficile equilibrio, composto, come si dirà, nella *"compartecipazione"* in connessione telematica in un luogo virtuale; operando, quindi, *"ove possibile"*, la smaterializzazione dell'aula d'udienza.

3. Le soluzioni individuate dall'intervento normativo.

Le soluzioni (temporanee, in quanto operative – a seguito della cit. L.70/2020 – sino al 30 giugno 2020)¹⁴ individuate nell'intervento normativo emergenziale, sono state due; ed entrambe hanno avuto di mira l'obiettivo primario, di evitare la diffusione del contagio tra la popolazione carceraria¹⁵.

¹³ Art. 2, c. 7 d.l. n. 11/18 *"Ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 maggio 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271"*; articolo abrogato dall'art. 83 c. 22 d.l. 18/20 e sostituito dall'art. 83 c. 12, convertito nella Legge n. 27/2020.

¹⁴ Il termine del 31 luglio 2020 così individuato dall'art. 3 c. 1 lett. i del d.l. n. 28/20, come già detto è stato riportato al 30 giugno 2020 a seguito della soppressione della cit. lett. i in sede di conversione in Legge del cit. Decreto.

¹⁵ In ordine ai problemi che creerebbe la diffusione dell'epidemia covid-19 all'interno degli istituti carcerari

3.1 L'udienza a distanza, con la partecipazione in videoconferenza del detenuto.

In primo luogo, dunque, il sistema individuato è stato quello della trattazione a distanza dell'udienza penale, *ex art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, con la “partecipazione” del detenuto in videoconferenza, e l'utilizzo di impianti cd. MVC-1¹⁶ (Multi-Video-Collegamento) già presenti nelle aule di udienza penale; è stata estesa, dunque, in forma più agile (il richiamo era ai soli commi, 3, 4, 5, dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. in funzione dell'effettività del contraddittorio e delle garanzie difensive di consultazione riservata) una modalità di partecipazione all'udienza già disciplinata per specifiche ipotesi di reato e a determinate condizioni, nel nostro sistema positivo.

La disponibilità degli impianti per il servizio di Multi-Video-Collegamento (MVC-1), che si compongono di una infrastruttura di comunicazione audio-video, che connette più aule di udienza a più postazioni distanti, attrezzate presso le Case Circondariali ed una linea telefonica¹⁷ per le conversazioni riservate tra il Difensore ed il suo assistito, non è illimitata ed è stato subito evidente che non sempre sarebbe stato sempre possibile ricorrere a tale tipologia di collegamento.

Pur quando possibile, inoltre, questa prima soluzione non poteva permettere, comunque, il distanziamento sociale di *tutte* le parti processuali; costringeva, infatti, i soggetti processuali, diversi dal detenuto¹⁸, a presenziare fisicamente nelle aule di udienza dei Tribunali, attrezzate per il collegamento in “videoconferenza”.

Un'emergenza sanitaria, anche contingente, avrebbe potuto, inoltre, rendere non concretamente praticabile, o semplicemente non opportuna, la compresenza di Giudice, PM, Difensori, Interpreti, Ausiliari nelle aule dei Tribunali, in videoconferenza con il detenuto¹⁹.

E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *Leg. pen.*, 4 maggio 2020; F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giurisprudenza penale web*, 5, 2020.

¹⁶ MVC-0 e MVC-1 nella nuova nomenclatura per acronimi numerati di cui al provvedimento del D.G. della DGSIA del 21 maggio 2020 di cui si dirà in prosieguo.

¹⁷ Originariamente erano state allestite apposite linee telefoniche cfr. Circolare del Direttore generale degli affari civili e delle libere professioni in Documenti Giustizia 1998, 4-5, 931. Attualmente ogni aula è dotata di postazioni telefoniche: soluzione criticata sotto il profilo dell'idoneità a garantire un'effettiva riservatezza; in argomento: F. ALESSANDRONI, *Videoconferenze giudiziarie: la partecipazione al procedimento penale a distanza e l'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia*, in *Studium Iuris* 1998, 4, 349; R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenza di “durata ragionevole” del processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2000, 523.

¹⁸ Nella prima fase, in cui il pericolo di contagio era più elevato, le Case Circondariali, giustamente per evitare il diffondersi del contagio tra la popolazione carceraria, non permettevano l'accesso dei Difensori, per cui l'art. 146-bis comma 4 disp.att. c.p.p. sino al 12 maggio 2020, è stato inattuato.

¹⁹ Si pensi al caso in cui il contagio covid-19 registri una curva epidemiologica in allarmante risalita; o al caso di nuovi territori, individuati come focolaio di contagio ed inseriti, in quanto tali, tra le c.d. “zone rosse” che impedirebbero lo spostamento dei soggetti provenienti da quei territori.

3.2. L'aula smaterializzata²⁰ e "compartecipazione" degli attori processuali, connessi, su piattaforma informatica da individuarsi dalla DGSIA.

Per far fronte alla prevedibile indisponibilità o impossibilità di utilizzo del servizio MVC-1 (ipotesi tutt'altro che infrequenti sulla base della comune esperienza di questi giorni), la norma ha individuato, in secondo luogo, una modalità del tutto inusitata di "compartecipazione" degli attori processuali all'udienza penale; questi avrebbero potuto, infatti, "connettersi" (attraverso una piattaforma informatica da individuarsi dalla DGSIA) ad (si potrebbe dire "in") un luogo virtuale (come tale immune da contagio), realizzando così un effettivo "distanziamento sociale": ognuno avrebbe potuto partecipare da un luogo diverso, da cui avere accesso telematicamente ad un'aula virtuale.

La compresenza nel medesimo luogo fisico, aula di udienza, è stata sostituita, così, dalla "compartecipazione" nell'aula virtuale (smaterializzata).

Per questa seconda modalità, l'"ove possibile" era da intendersi, "ove fosse tecnicamente possibile".

Il collegamento da remoto, infatti, perché possa funzionare, oltre alla necessaria individuazione di una piattaforma informatica da utilizzare per il collegamento da remoto (come si dirà, immediatamente individuata dalla DGSIA), che garantisca anche determinati parametri di sicurezza²¹, necessita della dotazioni di apparecchiature

²⁰ Sulla "smaterializzazione" del processo penale, M. NUNZIATA, *La partecipazione al dibattimento mediante "collegamento audiovisivo" a distanza: prodromo della ventura smaterializzazione del processo penale*, in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 1996.

²¹ L'applicativo informatico deve garantire determinati parametri di sicurezza, assicurati dall'art. 9 del provvedimento del D.G. della DGSIA del 21 maggio 2020 (cfr. par. 6), che sul punto così afferma: "I sistemi di cui all'art. 2 –tra cui TEAMS- utilizzano canali criptati i cui algoritmi di cifratura asimmetrica e chiavi di sessione sono conformi a quanto previsto dall'articolo 14, comma 2, delle Specifiche Tecniche del D.M. 44/2011) Più in dettaglio, la disponibilità di *software open source* di affidabilità ed accuratezza del tutto comparabili ai migliori prodotti industriali offre il non trascurabile vantaggio di prestarsi a "implementazioni" di tipo *on premises* (quindi su *datacenter* e reti della Giustizia) o comunque su infrastrutture gestite anche collettivamente da o con altre amministrazioni pubbliche, evitando in radice flussi transfrontalieri interni od esterni all'Unione europea, comunque implicati dal ricorso a soluzioni "cloud" quali quella di Microsoft Teams. Tra i rischi cui questa soluzione si presta, in particolare, vi è quella di un'applicazione unilaterale del *Cloud Act* cui l'operatore è soggetto, che non può essere esclusa a priori, per il solo suo contrasto con il diritto europeo, in assenza di un accordo specifico con gli Stati Uniti per l'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche a fini di cooperazione giudiziaria in materia penale. Non a caso le prime critiche all'utilizzo una piattaforma Microsoft Teams per procedimenti penali hanno riguardato, tra l'altro la questione della tutela della privacy in conseguenza dell'eventuale trattamento dei dati sensibili dei soggetti interessati da procedure penali raccolti e conservati nella piattaforma; il richiamo è all'art. 57, par. 1, lett. c), del Regolamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati); e al Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (decreto legislativo n. 196 del

informatiche²², con cui far funzionare l'applicativo di video-collegamento, utilizzando infrastrutture dell'Amministrazione della Giustizia o aree di *data center* riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia; oltre, indubbiamente, alla necessaria preparazione informatica di chi quegli strumenti è chiamato, nei limiti del possibile, ad utilizzare.

3.2.1. La *stanza virtuale* del Giudice penale.

L'individuazione della piattaforma informatica per realizzare questo nuovo tipo di collegamento è stata, di fatto, anticipata dalla DGSIA, in un lodevole intento di offrire immediatamente ai Magistrati la possibilità di confrontarsi con (se non proprio utilizzare) l'innovazione tecnologica che si prevedeva di asservire all'udienza penale; ed, invero, all'indomani dell'operatività (prevista per il 9 marzo 2020) del d.l. 8 marzo 2020 n. 11, entrato in vigore in pari data, la Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA), presso il Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria del Personale e dei Servizi, del Ministero della Giustizia, ha inviato una mail a tutti i Magistrati, con il *link* di avvio della cd. "*stanza virtuale*" per audio/videoconferenze.

La "*stanza virtuale*" è uno "spazio" virtuale assegnato ad un utente (Magistrato) nel quale egli può invitare in videoconferenza soggetti interni ed esterni all'amministrazione della giustizia via *web* o mediante l'applicazione TEAMS.

Non è altro, quindi, che l'attuazione pratica dell'aula di udienza virtuale, che perde la sua materialità nel mondo fenomenico, per apparire nel mondo informatico, laddove vi è il Giudice connesso.

L'invio del *link* di accesso alla cd "*stanza virtuale*", per come reso manifesto nel *vademecum* di accompagnamento alla mail, è stato quello di semplificare ed anticipare il primo approccio dei Giudici con l'applicativo TEAMS della Microsoft, in realtà già individuato quale programma con licenza ministeriale, per lo svolgimento delle udienze penali (e civili), con provvedimento del Direttore del DGSIA n. 3413, del 10 marzo 2020, pubblicato in pari data, sul Portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia.

Il giorno successivo, in perfetta sincronia, il Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera plenaria dell'11 marzo 2020 ("*Ulteriori linee guida in ordine*

2003, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101) e, in particolare, all'articolo 154, comma 5. La risposta del Garante, solo in parte soddisfacente, è stata che Microsoft ha sede in USA, ma il server a disposizione del Ministero della Giustizia, è stabilito in Italia e in assenza di registrazione delle udienze e di scambi di messaggi su chat interna, il provider delle videoconferenze non acquisirebbe alcun dato personale al di fuori dei "metadati" della videoconferenza (identificativi per l'autenticazione coincidenti con gli indirizzi email, indirizzi IP delle postazioni connesse, data e ora della connessione); sul punto si registra la risposta della DGSIA attraverso il cit. art. 9 del Provv. del 21 maggio 2020 cit., che, con riguardo a TEAMS – MVC2- così afferma: "*Sono conservati i dati tecnici di sessione quali: orario di inizio e fine sessione, identificativo utente, durata, sistema operativo del dispositivo utilizzato, indirizzo IP, nome dispositivo e CPU. Tali dati sono trattati secondo quanto previsto dal privacy disclaimer del fornitore*", con la conseguenza che se non si utilizza la *chat* e la funzione di videoregistrazione, problemi di *privacy* non si pongono).

²² Nel provvedimento del Direttore Generale del DGSIA non a caso si richiama anche l'utilizzo di dispositivi personali del magistrato.

all'emergenza sanitaria Covid-19 all'esito del d.l. n. 11 dell'8 marzo 2020"), ha raccomandato d'incentivare il lavoro da remoto o telematico dei magistrati, auspicando che divenisse "la modalità prioritaria di esercizio delle funzioni giudiziarie".

3.2.2. L'applicativo TEAMS della Microsoft adattato alle esigenze dell'udienza penale.

TEAMS è una piattaforma "aziendale", che permette di creare dei gruppi (*team*) di lavoro, tra soggetti collegati da remoto in audio-videoconferenza, con la possibilità di lavorare insieme e condividere le informazioni attraverso uno spazio comune virtuale.

Allorquando, quindi, l'emergenza sanitaria aveva raggiunto il suo picco più preoccupante ed il dilagare del contagio da *covid-19* sembrava inarrestabile, e l'unico concreto strumento per contenerlo (o quantomeno ritardarne la diffusione, impedendo così al servizio sanitario nazionale di collassare), appariva, secondo le indicazioni della comunità scientifica, (recepite integralmente dall'intervento normativo emergenziale), quello del "distanziamento sociale", la Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA) individuava la piattaforma "aziendale" TEAMS, quale strumento tecnico-operativo da offrire all' "azienda giustizia", per essere adattato alle udienze penali (oltre che civili), che (nel "periodo cuscinetto") dovevano necessariamente svolgersi²³.

Per l'udienza, quindi, da celebrarsi *necessariamente*²⁴, o per quella da celebrarsi *a seguito di dichiarazione d'urgenza* del Giudice²⁵, o, infine per quella da celebrarsi *previa richiesta del difensore o dello stesso indagato/imputato*²⁶, nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse detenuto in "custodia cautelare", la norma in commento ha previsto, quale modalità di svolgimento, più confacente, nel periodo di emergenza sanitaria, perché rispondente alle finalità di "distanziamento sociale", quella da remoto, da celebrarsi nella "stanza

²³ Le eccezioni al rinvio generalizzato, d'ufficio, *ex art.* 1 del d.l. 8 marzo 2020 n. 11, pubb. G.U. n. 60, dell'8 marzo 2020, entrato in vigore, *ex art.* 6, l'8 marzo 2020, specificamente indicate all'art. 2 comma 2 lett.g n. 2 del medesimo d.l.; articoli 1 e 2, successivamente abrogati dall'art. 83 c. 22 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e sostituiti dall'art. 83 cc. 1,2,3, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020 n. 27 entrata in vigore il 29 aprile 2020.

²⁴ Art. 83 c. 3 lett. b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo o dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti per la consegna di un imputato o di un condannato all'estero ai sensi della legge 22 aprile 2005, n. 69, procedimenti di estradizione per l'estero di cui al capo I del titolo II del libro XI del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive".

²⁵ Art. 83 c. 3 lett. c): "procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile".

²⁶ Art. 83 c. 3 lett.b) seconda parte: "e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51 -ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione".

virtuale” Teams, assegnata a ciascun Giudice, nella quale questi, nel giorno ed ora fissati, poteva consentire l’accesso al Pubblico Ministero, alle Parti private ed ai rispettivi Difensori, agli Ausiliari del Giudice, agli Ufficiali o Agenti di PG (ad esempio nel rito direttissimo, quando questi ultimi presentano l’arrestato al Giudice), agli interpreti (nell’ipotesi di indagato/imputato appartenente a comunità alloglotta).

4. L’Art. 83 c. 12 del d.l. 18/2020, riprende l’impianto tracciato dall’art. 2 c. 7 d.l. 11/2020.

Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18²⁷, dopo aver abrogato²⁸ gli artt.1 e 2 del d.l. 11/2020 cit., all’art. 83 c. 12 ha riproposto la medesima formulazione del precedente art. 2 c. 7 del cit. d.l. 11/2020: *“Ferma l’applicazione dell’articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell’articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.”*

Collegamenti da remoto, quindi, idonei a permettere la *contestuale, effettiva e reciproca* visibilità delle persone presenti in “video-collegamento” e la possibilità di udire quanto vi viene detto²⁹.

Anche in questa riproposizione della medesima norma, nulla è stato ancora detto circa la modalità di svolgimento dell’udienza con collegamento da remoto nei procedimenti/processi a carico di soggetti diversi dal detenuto.

4.1. Modalità di svolgimento dell’udienza da remoto per soggetti non sottoposti a custodia cautelare carceraria.

Nessuna esitazione si è avuta, nelle prime applicazioni della norma, ad utilizzare la nuova modalità di collegamento, anche, per lo svolgimento dell’udienza nei procedimenti a carico di soggetti sottoposti alla custodia cautelare non carceraria; ciò è avvenuto segnatamente quando i soggetti tratti in arresto erano posti, *ex art. 386 c. 5 c.p.p.*, in misura precautelare in uno dei luoghi indicati dal comma 1 dell’art. 284, in attesa di convalida del GIP.

La prassi operativa è nata, inizialmente, per rispondere all’esigenza di procedere alla convalida d’arresto di soggetti colti in flagranza di reato e collocati nelle camere di sicurezza della PG, in attesa della presentazione al Giudice per la convalida dell’arresto *ex art. 558 c.p.p.* e conseguente, eventuale rito direttissimo; in questi casi per evitare

²⁷ Pubblicato in pari data sulla G.U. n. 70/20, ed entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione (art. 127).

²⁸ Art. 83 c. 22.

²⁹ Art. 146-bis c. 3 disp.att. al c.p.p.

l'assemblamento in Tribunale, si è proceduto ad individuare degli Uffici di PG (dotati di camere di sicurezza) da attrezzare per il collegamento da remoto; in seguito, questi stessi Uffici di PG, così attrezzati, sono stati utilizzati come luoghi dove far presentare, libero e senza scorta³⁰, anche l'arrestato collocato *ex art.* 386 c. 5 c.p.p. in precautelare agli arresti domiciliari, per la sua partecipazione, attraverso il collegamento da remoto, all'udienza di convalida davanti al GIP.

5. Il primo Provvedimento del Direttore Generale della DGSIA.

Tre giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 18/20, e precisamente il 20 marzo 2020, il Direttore Generale della DGSIA, sul Portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, ha pubblicato il provvedimento con cui ha individuato le piattaforme per i collegamenti da remoto per lo svolgimento delle udienze penali, come previsto dall'art. 83, comma dodicesimo, del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18; in particolare all'art. 3 del citato provvedimento, rubricato *"Svolgimento delle udienze penali"*, ha previsto che le udienze penali di cui all'art. 83 c. 12 cit. *"si svolgono, ove possibile, utilizzando gli strumenti di videoconferenza già a disposizione degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari ai sensi dell'art. 146-bis disp. att. al c.p.p."*; aggiungendo che *"in alternativa, possono essere utilizzati i collegamenti da remoto previsti dall'art. 2 del presente provvedimento, vale a dire: i collegamenti da remoto organizzati dal Giudice utilizzando i programmi, Skype for Business o Teams, attualmente a disposizione dell'Amministrazione e di cui alle note trasmesse agli Uffici Giudiziari (prot. DGSIA nn. 7359.U del 27 febbraio 2020 e 8661.U del 9 marzo 2020: "laddove non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore e qualora il numero degli imputati, che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, consenta la reciproca visibilità"*³¹.

Nel provvedimento cit., all'art. 2, con riguardo ai collegamenti da remoto da effettuare con i citati applicativi informatici, si è precisato, opportunamente, che gli stessi possano avvenire, sempre nel periodo di emergenza sanitaria, su dispositivi dell'ufficio o personali del magistrato utilizzando infrastrutture dell'Amministrazione della Giustizia o aree di data center riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia.

³⁰ Circa la possibilità di traduzione del detenuto in luogo diverso anche se video-collegato cfr G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e i nuovi garantismi*, Torino 2003.

³¹ Dal 13 maggio 2020 la piattaforma TEAMS, dopo una prima fase che consentiva la contestuale visibilità a schermo di 4 collegamenti da siti differenti, consente la visibilità contestuale di 9 collegamenti. Inoltre, la fonia riservata può essere assicurata con modalità non dissimili da quelle previste per i MVC.

5.1. Sfiducia nell'immediata operatività di TEAMS.

Dei due programmi citati nel provvedimento del Direttore della DGSIA, nella prassi operativa, è stato “preferito”, TEAMS, versione più avanzata (oltre che integrata con il pacchetto Office 365), di SKYPE FOR BUSINESS (sebbene quest'ultimo fosse già preinstallato, nella versione d.IINK, sui dispositivi portatili in dotazione dei Magistrati, e, comunque, nella stragrande maggioranza dei casi, mai utilizzato).

È possibile immaginare che la DGSIA, benché avesse, sin da subito, individuato TEAMS come piattaforma informatica per i video-collegamenti da remoto, di cui dotare l'Amministrazione giudiziaria e segnatamente i Giudici, per lo svolgimento delle udienze nella “stanza virtuale”, abbia indicato, anche, SKYPE al fine di favorire, comunque, il collegamento da remoto³², facendo affidamento sulla circostanza che, quest'ultimo, fosse uno strumento già, in qualche modo, conosciuto, se non propriamente in uso, tra gli “*utenti giustizia*” (“sperando” in una sorta di “fai da te”).

Che non si ponesse, in realtà, grande affidamento, circa l'effettiva possibilità di utilizzare questi strumenti di smaterializzazione dell'udienza penale, quantomeno nell'immediatezza della previsione normativa, e, comunque, senza aver mai preventivamente o, quantomeno, contestualmente, assicurato un qualche supporto formativo o tecnico operativo ai destinatari della previsione normativa (oltre che per l'inevitabile carenza strumentale), lo si evince, anche, dalla clausola di salvezza contenuta sin dalla prima previsione normativa e successivamente mantenuta: “*ove possibile*”; clausola di salvezza, questa, che, per detta tipologia di collegamenti, assume la diversa accezione di “possibilità tecnica”, sopra evidenziata, rispetto a quella valevole per le MVC (MVC-1), di “disponibilità” o “adeguatezza” rispetto alle esigenze da fronteggiare.

5.1.1. La risposta dei Giudici all'emergenza.

La smaterializzazione dell'aula d'udienza è l'unica modalità operativa che, da un lato, permette di svolgere l'udienza penale “partecipata”, e, dall'altro, garantisce l'effettivo distanziamento sociale, consentendo, al contempo, di realizzare un difficile equilibrio che tiene in tensione i principi di oralità, concentrazione e immediatezza che connotano il processo penale.

Stanza *virtuale*, smaterializzazione dell'aula d'udienza, compartecipazione *virtuale* di soggetti connessi, sono concetti che sino al 9 marzo 2020, erano solo teorizzati negli studi sul processo telematico, e che in conseguenza della pandemia, ancora in atto, hanno costretto, gli operatori del diritto e, primi fra tutti, i Giudici a sperimentare in modo diffuso nella realtà.

³² Non a caso i primissimi collegamenti da remoto sono avvenuti con la piattaforma informatica SKYPE-d.IINK.

La risposta dei Giudici è stata immediata, anche perché imposta dalla necessità di celebrare le udienze e i procedimenti di convalide d'arresto e fermo, che evidentemente non hanno registrato (al di là dell'indicazione normativa della necessaria trattazione) alcuna battuta d'arresto, neppure nei momenti di più alto rischio di contagio, in cui era imposto a tutti il *"nessun si muova"* (registrandosi all'opposto l'incremento dei reati del cd. *"codice rosso"*, in conseguenza della decretazione del *"io resto a casa"*, che aveva evidentemente esasperato e rese più delicate quelle situazioni in cui già precari erano gli equilibri familiari).

Contro ogni previsione, in una generosa spinta in avanti, nella necessità di attrezzarsi per svolgere le udienze con strumenti inusitati, i Giudici si sono ingegnati nell'utilizzo della piattaforma informatica TEAMS (dopo aver anche provato, nella primissima fase, l'utilizzo della piattaforma già in dotazione: d.IYNK-SKYPE), studiandone le funzionalità e adattandola immediatamente alle esigenze del procedimento penale, per le quali – al 10 marzo 2020 – se ne stava ancora solo ipotizzando (*"ove possibile"*) l'uso concreto (*"stanza virtuale"*) e soprattutto come diffonderne la conoscenza tra i magistrati.

5.1.2. I Giudici *"reinventano"* l'impiego di TEAMS: *"TEAM"* di Udienza.

I Giudici hanno dato prova, per tutto il periodo di emergenza sanitari, oltre che di spirito di adattamento, di indubbia creatività e fantasia italica, laddove hanno *"reinventato"* il modo di piegare la piattaforma informatica alle peculiari esigenze dell'udienza (acquisendo un proprio *know-how*), prima di qualsiasi istruzione o supporto tecnico (che non poteva evidentemente giungere tempestivo, per quanti sforzi stesse approfondendo la DGSIA, e che non poteva rivelarsi, comunque, adeguato e diffusivo, essendo questo uno strumento nato per altre finalità, più propriamente *"aziendali"*).

I Giudici, dopo aver *"scoperto"* TEAMS, nella prassi operativa, hanno abbandonato la *"stanza virtuale"* come strumento tecnico-operativo, suggerito dalla DGSIA, come accennato, *"per semplificare"* il primo approccio con questa nuova applicazione informatica, e hanno creato, nella prassi operativa, appositi TEAM (nell'idea aziendale del sistema operativo: gruppi di lavoro) dove *"istanziare"* le udienze penali.

5.2. *Leale collaborazione della classe forense.*

L'udienza penale con collegamento da remoto, strumento *extra ordinem* e temporaneo nella fase emergenziale³³ ideato, con queste embrionali modalità, per gestire

³³ Ne era stato previsto l'utilizzo, come già accennato, in un primo momento, sino al 31 luglio 2020, cessando, poi, come detto, la sua operatività, in forza della soppressione della lett. i dell'art. 3 del d.l. 28/2020, a partire dal 1 luglio 2020, salva la previsione degli effetti intertemporali prodottisi *ex art. 1 c. 2 L.70/2020*.

le due fasi di emergenza sanitaria³⁴, si è retto, per sua costituzione sulla “leale” collaborazione tra Avvocati e Magistrati; collaborazione così aggettivata che trova il suo addentellato costituzionale nell’art. 111 Cost., nella precipua accezione della nozione di “giusto processo” declinata, appunto, dalla dottrina, come onere di lealtà gravante sugli attori processuali³⁵.

È sempre necessaria, nello svolgimento dell’attività giudiziaria, “una leale” collaborazione tra Avvocato e Magistrato: *“Taluni escludono che si possa parlare di collaborazione dell’Avvocato con il Magistrato, poiché ciascuna parte persegue un interesse suo proprio, antitetico con quello dell’altra; il rilievo potrà considerarsi esatto dal punto di vista soggettivo, poiché la finalità dell’Avvocato non è certo quella di aiutare il Giudice, bensì quella di favorire il più possibile la posizione del proprio assistito, ma se si prescinde dal motivo dell’attività dell’Avvocato, si dovrà convenire che tale attività costituisce una vera collaborazione per la ricerca della soluzione nella controversia, tanto più cospicua è tale collaborazione, quanto più elevate saranno la bravura e la lealtà dell’Avvocato stesso; sono cioè i risultati concreti che rilevano agli effetti della collaborazione”*³⁶.

Il sistema ha retto, nella sua prima, precaria applicazione, perché sorretto, nel cd. “periodo cuscinetto”, dalla collaborazione offerta, nell’ottica appena evidenziata, dalla Classe Forense, in primo luogo, attraverso i suoi organi rappresentativi, con l’adesione ai protocolli d’intesa (pur non mancandosi, da parte di detti Organi, nell’occasione, di evidenziare l’assoluta eccezionalità del consenso accordato all’utilizzazione “senza eccezioni” di detti strumenti³⁷), resisi necessari per regolare, senza “strappi”, lo

³⁴ La prima fase individuata dall’intervento normativo emergenziale, è stata, quindi, quella dell’immediato lockdown giudiziario; in particolare dal 9 marzo all’11 maggio 2020, cd. “periodo cuscinetto” sono state sospese, unitamente a “tutti i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali” (art. 83 c. 2 L. n. 27/2020), tutte le udienze, conseguentemente rinviate d’ufficio a data successiva all’11 maggio 2020 (ad eccezione di quelle a trattazione necessaria, a trattazione a richiesta o a trattazione dichiarata urgente con decreto del Giudice ex art. 83 c. 3 lett. b, c). Dal 12 maggio 2020 si è aperta, pertanto, la cd. seconda fase, appena conclusasi, in cui era prevista una graduale ripresa dell’attività giudiziaria, previa adozione da parte dei Capi degli Uffici giudiziari, ex art. 83 c. 6 L. n. 27/2020 cit., di tutte le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della Salute (accesso alle aule muniti di mascherine e guanti monouso, sottoposizione a rilevamento della temperatura all’ingresso e obbligo di mantenimento della distanza minima interpersonale), per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell’attività giudiziaria, sino al 31 luglio 2020 (data pronosticata, da ultimo nel d.l. n. 28/2020, all’art. 3 lett. i, come quella di fine dell’emergenza e ripresa ordinaria dell’attività giudiziaria). La ripresa dell’attività giudiziaria è stata necessariamente graduale procedendo, inevitabilmente “a regime ridotto”, nella consapevolezza che riprendere l’attività d’udienza, che comporta l’affollamento delle aule dei Tribunali, delle cancellerie o i luoghi ad esse adiacenti, comporta l’assunzione di un rischio di contagio che può, al più essere ridotto al minimo, ma giammai neutralizzato, pur adottando le modalità di svolgimento elencate dall’art. 83 c. 7.

³⁵ P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna 2005, 32.

³⁶ D.R. PERETTI GRIVA, *L’elogio degli Avvocati scritto da un Giudice*.

³⁷ L’unione Camere penali, a fronte della proliferazione di protocolli, ha puntualizzato, in una lettera al Ministro della Giustizia, che l’adesione allo svolgimento delle udienze da remoto deve intendersi eccezionale e del tutto transitoria, in quanto esclusivamente collegata all’esigenza sanitaria e segnatamente al vigore del «periodo cuscinetto»; l’Avvocatura ha sottolineato, in particolare, “come il principio della concentrazione fisica delle parti in udienza, in uno con l’oralità e la immediatezza della trattazione della

svolgimento dell'udienza nell'esordio della "aula virtuale"; e, in secondo luogo, ancor più, leale e fattiva si è rivelata la collaborazione data dai singoli professionisti, nelle varie esperienze di concreto svolgimento delle udienze nelle "aule TEAM smaterializzate"; questi ultimi, in particolare, oltre a rinunciare espressamente, *ex art. 183 c.p.p.*, alle eccezioni relative allo svolgimento dell'udienza³⁸, hanno collaborato con diligenza, entusiasmo ed impegno alla perfetta riuscita dei collegamenti attivati, nella fase di più acuta emergenza sanitaria, per i procedimenti di convalida di arresto (primo vero banco di prova del procedimento telematico penale); oltre che, con raffreddato entusiasmo (ritenuto evidentemente non più attuale il rischio per la salute), nell'appena trascorsa, seconda fase, nella quale, attraverso i propri organi rappresentativi, hanno fortemente spinto per il ritorno alla piena "normalità", con lo svolgimento delle udienze esclusivamente in *praesentia*.

6. Il secondo Provvedimento del Direttore Generale della DGSIA.

Il Direttore Generale della DGSIA, sul Portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, ha pubblicato, in data 21 maggio 2020, in sostituzione del precedente provvedimento del 20 marzo 2020, un nuovo provvedimento con cui ha individuato gli strumenti di partecipazione a distanza per le udienze penali e per gli atti di indagini preliminari, ivi compresi gli interrogatori, come previsto dall'art. 83 commi 12, 12-bis, 12-quater e 12-quinquies della L. n. 27/20 di conv. con mod. del d.l. 18/20, ulteriormente mod. dal d.l. 28/20.

In particolare, in primo luogo (e questa pare l'unica novità del provvedimento), assegnando agli strumenti di partecipazione a distanza una terminologia unitaria per acronimi numerati (MVC-0, MVC-1, MVC-2, MVC-3), ha elencato all'art. 2 del citato provvedimento gli strumenti nella disponibilità dell'Amministrazione, e tali sono:

a) MVC0: *servizio di videoconferenza in via di dismissione dal 31.12.2019 e in regime di proroga tecnica sino al 30.6.2020* [n.d.r. servizio MVC tradizionale];

b) MVC1: *servizio basato su piattaforma AVAYA-Equinox, che consente il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il luogo della custodia, con canale di comunicazione criptato,*

procedura giurisdizionale da espletare, è valore irrinunciabile su cui poggiano fondamentali diritti difensivi", che si snaturerebbe con la celebrazione dei processi da aule di udienza virtuali.

³⁸ Resta da valutare la possibilità della sanatoria nel caso di accordo alla partecipazione tramite collegamento da remoto *ex art. 183 c.p.p.*, nonché la necessità che il vizio sia eccepito immediatamente anche allorché la parte assista al compimento dell'atto dalla postazione remota. La *ratio* della norma va rinvenuta nel principio di economia processuale, essendo inutile e privo di senso quando si è prodotto l'evento che si mira a realizzare, procedere all'annullamento dell'atto viziato e rinnovare l'atto per ottenere il risultato già ottenuto, sia pure fortuitamente cfr. A. GALATI – E. ZAPPALÀ, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, 319. È evidente che la clausola di salvezza contenuta nell'art. 183 c.p.p. esclude l'operatività dell'acquiescenza rispetto alle nullità assolute che, essendo insanabili ed incidendo su interessi indisponibili, sono sempre rilevabili d'ufficio, indipendentemente dal comportamento delle parti. In argomento CIABATTI, sub art. 183, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*; O. DOMINIONI, sub art. 183, in O. Dominioni – E. Amodio (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, 295.

realizzato su rete telematica dedicata, interna alla Rete Unitaria Giustizia, con sala regia dedicata, sistema di gestione e controllo su infrastruttura dell'Amministrazione e con il limite massimo di 75 procedimenti contemporanei, per un numero complessivo massimo di 360 aule/sale collegabili tra loro e con la possibilità di visibilità reciproca fino a 20 aule/sale [n.d.r. servizio MVC che sostituisce quello tradizionale, dal 30 giugno prossimo, che consente la fonia riservata con circuito dedicato criptato VoIP –art. 8 – oltre che –art. 7 – la fonoregistrazione];

c) MVC2: servizio reso con canale di comunicazione criptato su rete telematica pubblica utilizzabile sia dall'interno sia dall'esterno della Rete Unitaria Giustizia, senza sala regia, con un sistema di gestione e controllo su cloud ibrido in aree (tenant) di data center ubicati nel territorio dell'Unione Europea (Repubblica di Irlanda e Regno dei Paesi Bassi) e amministrate dalla Direzione generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia; assicura il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 9 di essi; [n.d.r. piattaforma Microsoft TEAMS, che a mente dell'art. 7 prevede come possibile la fonoregistrazione con collegamento al MVC-0 e MVC-1 o comunque con mezzi di riproduzione fonografica ed audiovisiva di cui all'art. 141-bis c.p.p.];

d) MVC3: servizio reso con canale di comunicazione criptato su rete telematica pubblica utilizzabile sia dall'interno sia dall'esterno della Rete Unitaria Giustizia, senza sala regia, con un sistema di gestione e controllo in data center dell'Amministrazione; assicura il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 5 di essi. [n.d.r. piattaforma Microsoft SKYPE FOR BUSINESS, versione meno evoluta di TEAMS];

in secondo luogo, all'art. 4 del medesimo provvedimento ha richiamato tutti gli strumenti di cui all'art. 2, come utilizzabili per le udienze ed attività procedimentali penali, testualmente: *“Le udienze penali a distanza di cui ai commi 12 e 12-bis dell'art. 83 del decreto legge 17 maggio 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ed ulteriormente modificato dal decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, nonché gli atti a distanza di cui al comma 12-quater del medesimo articolo si svolgono utilizzando uno dei collegamenti di cui all'art. 2 del presente provvedimento”*; per, infine, specificare all'art. 5 (*“suggerendo”*, evidentemente, un'economia nell'utilizzo dei collegamenti MVC-0 ed MVC-1) che *“Le attività di cui al comma 12-quinquies dell'art. 83 del decreto Legge 17 maggio 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ed ulteriormente modificato dal decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, si svolgono utilizzando uno dei collegamenti di cui alle lettere c) e d) dell'art. 2 cit. del presente provvedimento (non altro che TEAMS e SKYPE).*

Per le udienze penali, quindi, che sulla base delle linee guida vincolanti dovevano celebrarsi *necessariamente*, o celebrarsi *a seguito di dichiarazione d'urgenza* del Giudice, o, infine, celebrarsi *previa richiesta del difensore o dello stesso indagato/imputato*, nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse detenuto in *“custodia cautelare”*, è stata prevista, tra le altre, quale modalità di svolgimento, più confacente alle finalità di *“distanziamento sociale”*, quella da remoto, da celebrarsi nella *“stanza virtuale”* Teams, assegnata a ciascun Giudice (titolare di uno specifico *link*); nella quale questi, nel giorno ed ora fissati, poteva consentire l'accesso al Pubblico Ministero, alle Parti private ed ai rispettivi Difensori, agli Ausiliari del Giudice, agli Ufficiali o Agenti di PG e agli interpreti (nell'ipotesi di indagato/imputato appartenente a comunità allogotta).

Collegamenti da remoto, questi, ritenuti dalla DGSIA idonei a permettere la *contestuale, effettiva e reciproca* visibilità delle persone presenti in “video-collegamento” e la possibilità di udire quanto vi viene detto.

7. Compartecipazione nell’aula virtuale e compatibilità con il diritto di difesa (nelle due accezioni: “autodifesa” e “difesa tecnica”).

Il problema centrale posto dalla partecipazione all’udienza penale con collegamento da remoto è quello della sua compatibilità con il diritto di difesa³⁹ (ed, invero, sul punto si sono impuntate le prime critiche).

L’assenza di una contestuale compresenza fisica di tutti gli attori del processo penale nell’aula d’udienza, sostituita nel processo telematico, dalla compartecipazione in uno spazio virtuale comune, nel quale tutti i partecipanti si affacciano attraverso lo schermo di un computer, non sempre rende possibile cogliere e percepire la cd “comunicazione non verbale”, nel cui ambito possono interpretarsi varie caratteristiche, ai fini dell’interazione sociale: la postura, i gesti, i movimenti, le espressioni e la mimica che accompagnano o meno la parola e che rendono la comunicazione umana più marcata.

Sin da subito, le critiche a questa modalità di svolgimento dell’udienza con collegamento da remoto, si sono incentrate sull’assunto detrimento del contenuto minimo del diritto di difesa, sia nell’accezione di autodifesa (evidentemente dal punto di vista dell’imputato/indagato), che di difesa tecnica (evidentemente dal punto di vista del difensore), sull’assunto che la compartecipazione da remoto all’udienza, in connessione telematica, non permetta, o, quanto meno, non permetta compiutamente di percepire, tutti gli aspetti dello scambio comunicativo, che, per esperienza comune, non si riducono al livello puramente semantico del messaggio, ossia del significato letterale delle parole che compongono il messaggio stesso, ma che riguardano la comunicazione non parlata tra persone, che attraverso anche la banale modulazione dei toni adoperati (non sempre chiaramente percepibili durante tutto il corso del collegamento), rende possibile capire correttamente il significato di quanto le parole esprimono solo parzialmente.

7.1 Salvaguardia del contraddittorio ed effettiva partecipazione delle parti all’udienza penale.

Per superare queste critiche occorre verificare se la “partecipazione” virtuale all’udienza, con i limiti sopra evidenziati (fino ad un certo punto riscontrabili), possa essere equiparata alla “presenza” fisica all’udienza; e, in caso di risposta affermativa, in che termini possa ritenersi salvaguardato il principio del contraddittorio (*audiatur et*

³⁹ E. RANDAZZO, *Il diritto di difesa “apre” alla tecnologia ma l’avvocato rischia la solitudine nel processo*, in *Guida al Diritto*, 1998, 7, 40.

altera pars), comune denominatore di tutti i processi nell'enunciazione dell'art. 111, c. 2 Cost⁴⁰.

Per trovare un addentellato positivo alla previsione di una “partecipazione” all’udienza da remoto, ontologicamente distinta dalla “presenza” all’udienza, non poteva non farsi riferimento, nella normazione emergenziale, all’art. 146-bis delle disp.att. al c.p.p. , rubricato: “partecipazione al dibattimento a distanza”, che, come anticipato, con l’originaria unica previsione del servizio di multi video-collegamento (oggi MVC-1), realizza del tutto parzialmente – sebbene centrando l’obiettivo principale di protezione della popolazione carceraria dal rischio sanitario da contagio (che si accentua evidentemente con gli spostamenti del detenuto ed il suo venire a contatto, prima di essere eventualmente riaccompagnato nel luogo di custodia carceraria, con le aule di Tribunale, maggiormente esposte al rischio di propagazione del coronavirus) – l’obiettivo di “distanziamento sociale” di tutti i soggetti che devono necessariamente partecipare all’udienza (possibile appieno, come già rimarcato, solo con collegamenti da remoto, con piattaforme come quelle individuate dalla DGSIA: MVC-2, MVC-3).

Per ambedue modalità di svolgimento dell’udienza (MVC-1 nell’aula fisica d’udienza con il detenuto collegato “dal luogo di custodia” e audio-video-collegamento – MVC-2 – nell’udienza virtuale con l’applicativo TEAMS di tutte le parti distanziate), nell’art. 83 c. 12 si è richiamato, per quanto compatibile, il comma 3 del cit.art. 146 bis: «Quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'AULA DI UDIENZA E IL LUOGO DELLA CUSTODIA, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere e di udire gli altri”.

7.1.1. Luogo di custodia “equiparato all’aula di udienza”.

Il citato disposto normativo (art. 146-bis c. 3 cit.) ha individuato, invero, due luoghi fisici, seppure collegati con il servizio MVC: l’aula di udienza, dove sono fisicamente presenti i soggetti processuali, diversi dal detenuto, e il luogo di custodia, dove è presente il detenuto; la norma precisa, infatti, al comma quinto: “Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza”, tanto che “E’ sempre consentito al difensore o a un suo sostituto⁴¹ (art. 102 c.p.p.) – aggiunge il quarto comma – di essere presente nel luogo ove si trova l'imputato.

Nell’ipotesi, poi, che il difensore non intendesse o (come avveniva nella prima fase in cui il fenomeno pandemico era particolarmente allarmante) non potesse essere

⁴⁰ S. FOIS, *Il modello costituzionale del giusto processo*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, 575.

⁴¹ Sul presupposto della duplicazione spaziale dei luoghi di udienza e di collegamento nel sistema della MVC, si è parlato di forma atipica di sostituzione ex art. 102 c.p.p.: G. FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame dei collaboratori di giustizia* (l. n. 11 del 1998), in *Gazzetta Giuridica*, 1998, 4.

presente accanto al suo assistito nel luogo di custodia carceraria (equiparato – è il caso di rimarcarlo – all’aula di udienza), gli è, comunque, necessariamente garantita la possibilità di “consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei” (seconda parte del quarto comma), cd. fonìa riservata, con il proprio assistito presente nella “altra” aula di udienza (*ex art. 146-bis c. 5, il luogo di custodia*)⁴².

7.1.2. Luogo virtuale “equiparato all’aula di udienza”.

L’applicazione di detta norma, nei limiti di compatibilità, come visto, è stata estesa alle udienze penali celebrate con collegamento da remoto TEAMS.

La diversità, tra le modalità di svolgimento dell’udienza, appare chiara: nel collegamento da remoto, con applicativo TEAMS, non viene individuato alcun luogo fisico a cui equiparare l’aula di udienza; l’aula è del tutto smaterializzata, ed “esiste” nella “stanza virtuale” del Giudice o, come visto operato nella prassi, nel “TEAM” “istanziato” dal Giudice per lo svolgimento dell’udienza da remoto.

Ne consegue, necessariamente che è “il luogo virtuale” (indipendentemente da dove fisicamente si trova il Giudice o gli altri soggetti processuali) ad essere “equiparato all’aula di udienza” (laddove si è optato per detta modalità di svolgimento dell’udienza, finché ha operato la normativa emergenziale).

8. L’originaria previsione⁴³ dell’art. 146-bis disp. att. al c.p.p.⁴⁴.

È noto che l’art. 146-bis co.1 disp. att. c.p.p., come modificato dalla legge 103/2017, prevede che il soggetto detenuto per taluno dei delitti indicati dall’art. 51 co. 3-bis c.p.p., nonché nell’art. 407 co. 2 lett. a) n. 4 c.p.p., partecipi a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputato, anche relativi a reati per i quali si trovi in stato di libertà.

La disposizione in esame prevede, poi, che solo nel caso in cui non siano state applicate le misure *ex art. 41-bis o.p.*, il Giudice possa disporre la presenza dell’imputato qualora lo ritenga necessario.

⁴² L’Art. 8 del Provvedimento del 21 maggio 2020 del DG della DIGSIA rubricato “Consultazione riservata tra difensore e imputato”, espressamente prevede: Nel caso di collegamento con i sistemi di cui all’art. 2, lett. a) e b), del presente provvedimento, la consultazione riservata tra difensore e imputato è assicurata attraverso un circuito dedicato e criptato VoIP (Voice over Internet Protocol). Per le rogatorie internazionali anche nel caso dei collegamenti con i sistemi di cui all’art. 2, lett. a), si utilizza la telefonia su linee PSTN (Public Switched Telephone Network) al numero indicato dall’autorità straniera.

⁴³ A.A. DALIA, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in A.A. Dalia – M. Ferraioli (a. cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Milano 1998, 275.

⁴⁴ G. PIZIALI, *sub art. 146-bis disp.att.*, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*.

8.1 Obbligatorietà della partecipazione a distanza ex art. 146-bis disp.att. c.p.p. per fronteggiare ragioni di sicurezza ed ordine pubblico.

“Con la modifica ex legge 103/2017, il legislatore ha individuato espressamente un catalogo di reati caratterizzati da pericolosità presunta, con conseguente obbligatorietà della partecipazione a distanza”.

La *ratio* dell’art. 146-bis disp. att. c.p.p. è da ricercare, anche successivamente alla modifica del 2017, nell’ *“esigenza di fronteggiare ragioni di sicurezza e di ordine pubblico connesse alla posizione di imputati detenuti, capaci di esercitare intimidazioni nei confronti degli altri partecipanti al processo e di inquinare le fonti di prova”* (lo strumento della partecipazione a distanza *“consente di prevenire il rischio che determinate organizzazioni criminali possano alterare le normali dinamiche e cadenze dell’iter procedimentale o comunque influire sulla serenità dei soggetti chiamati a parteciparvi”*).

9. Obbligatorietà della partecipazione a distanza o con collegamento all’aula virtuale da remoto, ex art. 82 c. 12 a tutela della salute oltre che per ragioni di sicurezza ed ordine pubblico.

La *ratio* della norma contenuta nell’art. 83 c. 12 va ricercata, come si accennava, nell’esigenza di fronteggiare il concreto pericolo di diffusione del *coronavirus*, innanzitutto tra la popolazione carceraria – rischio in verità ancora attuale –, perché nel caso di contagio covid-19 all’interno di Case Circondariali, all’esigenza, pur primaria, di tutelare la salute dei soggetti ivi ristretti (luoghi troppo affollati), si affiancherebbe (in condizioni di emergenza sanitaria), anche in questo caso, l’esigenza di dover fronteggiare conseguenti problemi di sicurezza e di ordine pubblico⁴⁵, per l’impossibilità di gestire la custodia ed il contenimento dei detenuti malati o contagiati, come dimostrato dal recente episodio della evasione di massa da alcuni istituti carcerari⁴⁶.

⁴⁵ Esigenze queste non superabili con gli ordinari strumenti processuali ad esempio, rispetto alle ragioni di igiene pubblica, dall’applicazione della facoltà di procedere a porte chiuse (cfr. art. 472 c.p.p.); analogamente in riferimento a “ragioni di sicurezza” D. Curtotti Nappi (a cura di), *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006 e L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in A.A. Dalia – M. Ferraioli (a. cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, cit., 17.

⁴⁶ La Corte Costituzionale con ordinanza – C.Cost. 234/2000, Giurisprudenza Costituzionale 2000, 1087 – ha riconosciuto l’ampia discrezionalità del legislatore nel limitare l’applicazione di un istituto che è stato dettato per fronteggiare esigenze eccezionali.

10. Legittimità costituzionale di dette modalità di svolgimento dell'udienza: non necessaria la "presenza" fisica nel luogo del processo, purché sia garantita la effettiva "partecipazione" personale e consapevole al dibattimento.

Come noto, la Corte Costituzionale⁴⁷, subito dopo l'entrata in vigore dell'art. 146-bis disp att. c.p.p., ebbe modo di precisare che la censura secondo cui, solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa, è destituita di fondamento.

Ciò che occorre garantire, sul piano costituzionale, è l'effettiva "partecipazione" personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e, dunque, che i mezzi tecnici utilizzati, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella "partecipazione".

Il Giudice delle Leggi, ha già chiarito, dunque, che *"Fondamentale è, infatti, a questo proposito la previsione secondo la quale il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il luogo di custodia deve essere realizzato con modalità tali da rendere "effettiva", e dunque concreta e non soltanto "virtuale", la possibilità di percepire e comunicare, così saldando intimamente fra loro le potenzialità ed i perfezionamenti sempre offerti dalla tecnica alle esigenze di un "realismo partecipativo" che non può non ritenersi, in sé, del tutto in linea con gli strumenti che l'ordinamento deve necessariamente mettere a disposizione per consentire un adeguato esercizio del diritto di difesa nella fase del dibattimento"*.

Queste parole, la cui chiarezza rende superfluo qualsiasi commento, si attagliano perfettamente all'inusitato strumento di svolgimento dell'udienza, introdotto originariamente nell'art. 2 c. 7 d.l.11/20 e richiamato dall'art. 83 c. 12 del d.l. 18/20, come convertito dalla L. 27/20.

Poiché lo strumento attualmente offerto dalla tecnica, sia pur ancora perfezionabile nella sua evoluzione tecnologica, e "suggerito" per essere adattato alle esigenze del procedimento/processo penale, consente la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto, deve ritenersi realizzabile quella "effettività partecipativa", nei termini precisati dalla Corte Costituzionale, e conseguentemente non può dirsi sacrificato, segnatamente nell'attuale stato emergenziale, il principio sancito dall'art. 24, secondo comma, della Carta fondamentale.

Se chi partecipa da remoto, non solo vede e sente perfettamente tutti i partecipanti, ma può anche farsi vedere e sentire perfettamente dagli stessi, in piena connessione interattiva, non può seriamente, in tale prospettiva, sostenersi che l'assenza della fisicità dei partecipanti, perturbi gli equilibri e le dinamiche processuali, che, al contrario, rimangono nell'attuale evoluzione tecnologica delle piattaforme informatiche utilizzate, nella sostanza inalterati.

La possibilità di cogliere quella "comunicazione non verbale", a cui sopra si è fatto cenno, non è affatto esclusa da un collegamento che si svolga regolarmente; e,

⁴⁷ C. Cost. sent.22 luglio 1999 n. 342, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, 2686; D. MANZIONE – E. MARZADURI, *Commento art. 1 e 2 l. 7 novembre 1998 n. 11*, in *Legislazione Penale*, 1999, 861.

comunque, a maggior garanzia, e in una prospettiva *de jure condendo* (sopra auspicata), si potrebbe immaginare che qualora l'udienza si svolga con questa modalità, e le parti vi acconsentano⁴⁸, ne sia prevista una documentazione con mezzi di riproduzione fonografica⁴⁹.

⁴⁸ Senonché detta soluzione si scontra con i profili di privacy, sopra rimarcati in ordine ai quali da ultimo, con riguardo al processo amministrativo, si è espresso il Garante per la Protezione dei Dati Personali [doc. web n. 9347280] Parere su uno schema di decreto presidenziale recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico – 19 maggio 2020 Registro dei provvedimenti n. 88 del 19 maggio 2020: “ La registrazione dell'udienza... realizzerebbe, del resto, un trattamento di dati personali illecito, in quanto svolto in contrasto con la relativa disciplina e in assenza di presupposti di liceità alternativi, suscettibile, come tale, di esporre l'agente a responsabilità, in particolare amministrativa. Pertanto, il ricorso, nell'attuale contesto emergenziale, al sistema Microsoft Teams è da condividere, in ragione del suddetto divieto di registrazione e della prevista limitazione alle sole udienze partecipate... Per quanto riguarda, ancora, l'informativa sul trattamento dei dati personali essa andrebbe fornita agli interessati in una fase precedente ... al fine di consentire alle parti una consapevole valutazione, anche sotto il profilo della protezione dati, in ordine alla scelta sull'opportunità di presentare o meno opposizione. Nonostante il riferimento, nell'art. 4 d.l. 28, alla “libera volontà delle parti anche ai fini della disciplina” di protezione dati, la previsione... del consenso quale presupposto di liceità del trattamento dei dati, suscita qualche perplessità. Ciò in quanto la volontarietà della scelta di una particolare modalità per la celebrazione dell'udienza (il processo da remoto) non deve essere sovrapposta con i presupposti di liceità del trattamento che, nel caso di specie, sono rinvenibili negli artt. 6, par. 1, lett. e), 9, par. 2, lett. g), e 10 del Regolamento. ... I difensori delle parti ... sotto la loro responsabilità, che quanto accade nel corso dell'udienza ... non è visto né ascoltato da soggetti non legittimati ad assistere alla udienza ... si suggerisce di valutare l'opportunità di integrare la dichiarazione ... con l'impegno ad evitare anche le registrazioni ..., così da valorizzare anche la consapevolezza delle parti in ordine alle conseguenze sanzionatorie suscettibili di derivare da condotte scorrette.

⁴⁹ Nel nostro ordinamento sono già previsti casi di documentazione fonografica o audiovisiva: art. 141-bis c.p.p., introdotto con l'art. 2, legge n. 332/1995: “Ogni interrogatorio di persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti”. Tale norma è collegata con l'art. 139 c.p.p., disciplinante la riproduzione fonografica o audiovisiva: “La riproduzione fonografica o audiovisiva è effettuata da personale tecnico, anche estraneo all'amministrazione dello Stato, sotto la direzione dell'ausiliario che assiste il giudice. Quando si effettua la riproduzione fonografica, nel verbale è indicato il momento di inizio e di cessazione delle operazioni di riproduzione. Nella parte in cui la riproduzione fonografica, per qualsiasi motivo, non ha avuto effetto o non è chiaramente intellegibile, fa prova il verbale redatto in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è effettuata da personale tecnico giudiziario. Il giudice può disporre che essa sia affidata a persona idonea estranea all'amministrazione dello Stato. Quando le parti vi consentono, il giudice può disporre che non sia effettuata la trascrizione. Le registrazioni fonografiche o audiovisive e le trascrizioni, se effettuate, sono unite agli atti del procedimento”.

Sul punto l'art. 7 del cit. provv. del DG della DGSIA del 21.5.2020 rubricato “Fonoregistrazione”, espressamente prevede: “I sistemi di cui all'art. 2, lettere a) e b), sono collegati all'apparato di fonoregistrazione esterno presente nella medesima aula di udienza ed utilizzato anche ai fini della trascrizione. I sistemi di cui all'art. 2, lettere c) e d), possono essere collegati all'apparato di cui al precedente periodo, se presente o comunque ai mezzi di riproduzione fonografica ed audiovisiva di cui all'art. 141-bis c.p.p.”.

In ogni caso, sotto quest'aspetto, entra in gioco con modalità particolarmente delicate, il potere-dovere del giudice dell'udienza penale di effettuare il necessario controllo circa l'impiego dello strumento e le modalità tecniche, attraverso i quali raggiungere, anche nell'emergenza sanitaria in atto, un livello "più che accettabile" di effettività partecipativa, che deve doverosamente garantire, assicurando in ogni momento, la piena esplicazione del diritto di difesa nelle sue due accezioni di "autodifesa" e "difesa tecnica".

Il che può comportare che quando, la qualità del collegamento "non è accettabile", o si verifichi l'interruzione dello stesso, non ripristinabile in tempi utili e non si possa, per indisponibilità o impossibilità, ripiegare su altro strumento di collegamento, il Giudice possa ordinare (quando il processo o il procedimento debba necessariamente svolgersi e non è rinviabile), la presenza fisica di tutti nell'aula del Tribunale, con inevitabile traduzione del detenuto.

Qualora, invece, il Giudice non riscontri – o non gli vengano segnalati – problemi che inficiano "l'effettiva compartecipazione" all'udienza, dovrà porre analoga cautela solo nell'assicurare che avvenga la consultazione riservata tra il difensore ed il suo assistito⁵⁰.

In altri termini, quando la partecipazione al processo, al procedimento, all'attività giudiziaria garantita, *avvenga tramite modalità tecniche tali da rendere "effettiva", e dunque concreta e non soltanto "virtuale"*, la possibilità di percepire e comunicare tra soggetti e, quindi, quando si realizza un'interazione nello svolgimento dell'udienza, non dissimile in concreto, da quella consentita a tutte le parti dalla loro compresenza fisica in aula, deve ritenersi salvaguardato il *contraddittorio* e l'*effettiva partecipazione* delle parti all'attività giudiziaria che richieda l'esercizio di diritti difensivi.

Se tutto ciò si realizza *"né vale, – riprendendo le parole del Giudice delle Leggi – "invocare principi affermati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, "posto che, pure con modalità particolari, la partecipazione al dibattimento dell'imputato deve rispondere, per quel che si è detto, al canone della "effettività", così da far risultare adeguatamente garantita la possibilità, per l'imputato stesso ed il suo difensore, di esercitare concretamente i relativi diritti"*⁵¹.

⁵⁰ Art. 8 cit. sulla fonia riservata.

⁵¹ In senso conforme Corte Europea dei diritti dell'uomo 5.10.2006 c. Italia *"nessuna lesione del diritto di difesa è profilabile proprio perché il mezzo della videoconferenza – recepito anche da molti accordi di cooperazione in materia penale – consente all'imputato di seguire le fasi del dibattimento, potendo, inoltre, rappresentare al giudice eventuali problemi tecnici che rendono difficoltoso il collegamento in videoconferenza"*.

Alla stregua della consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale non vi è dubbio che l'art. 24 Cost. enunci un principio fondamentale nel nostro ordinamento; sul punto ed in ordine al significato e ai limiti dell'effettività giudiziaria nel campo dei rapporti tra ordinamenti, cfr. G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, 2013, 338 *"Valga per tutte richiamare la sent. 18 del 1982, nella quale è testualmente affermato che il diritto alla tutela giurisdizionale già annoverato fra quelli inviolabili dell'uomo, va ascrivito 'tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio'. Ed ancora: 'Il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti –strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale cui si è fatto dinanzi riferimento– trova la sua base soprattutto nell'art. 24 della Cost. (in nota 138).'"...*"il diritto a un processo equo, non è di

11. Copertura normativa allo svolgimento dell'udienza nell'aula smaterializzata e distante, con la quale avviene il collegamento da remoto di tutte le parti.

Ulteriore corollario, di quanto si è, sin qui, detto, è che detta modalità di svolgimento dell'udienza in un'aula che non vede la compresenza fisica di tutte le parti, dislocate, quindi, in luoghi distanti e connessi con apparecchiature di audio-video-collegamento, è già presente e disciplinata positivamente nel richiamato art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. – con le inevitabili aperture alle innovazioni tecnologiche, rimarcate dalla Corte Costituzionale – seppure prevista in casi determinati e per far fronte ad esigenze (non dissimili, comunque, come notato, in caso di detenuti in carcere) di “sicurezza ed ordine pubblico” (cui si aggiungono nell'attuale emergenza sanitaria, quelle di tutela della salute pubblica).

L'ultima parte dell'art. 83 dodicesimo comma, ha demandato, dunque, ad un provvedimento del DGSIA la mera individuazione di un applicativo informatico che, sulla base dell'innovazione tecnologica e nel rispetto della sicurezza dei dati, consenta il collegamento da remoto, per le indefettibili esigenze individuate dalla Legge “Cura Italia” nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 146-*bis* c. 3 e 4 disp. att. c.p.p., in modo da permettere, in definitiva, l'individuazione di un luogo, al sicuro dal contagio, da equiparare all'aula di udienza (146-*bis* c. 5): non altro che “l'aula virtuale”.

12. Partecipazione all'udienza penale del difensore dal proprio studio.

Se l'aula in cui si svolge l'udienza è quella virtuale, può dirsi ininfluenza il luogo da cui ci si collega⁵²; anzi per realizzare appieno il cd. “distanziamento sociale” è

agevole inquadramento: se è vero che il suo esercizio (in particolare: *sub specie* di *comparsa* –corsivo mio- in giudizio), è *irrinunciabile*, come ha riconosciuto la Corte di Giustizia in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, lo stesso non è sostenibile per la sua *titolarità*... L'unico punto fermo resta l'idea che, tra le cause più gravi del disorientamento del giurista contemporaneo, vi sia la precarietà della corrispondenza reciproca dei regimi di correlazione tra sistemi statali e sistemi sovranazionali.” Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, sebbene la partecipazione del “convenuto” non sia contraria alla Convenzione, occorre che il ricorso ad essa abbia uno scopo legittimo (CEDU Marcello Viola c. Italia, 5 ottobre 2006).

⁵² Sulla possibilità per il Giudice penale di non essere presente in Tribunale per il collegamento da remoto cfr. G. SANTALUCIA, *Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, in *Giustizia Insieme*, 5 maggio 2020: “Resta però che, ove sia tenuta con collegamento da remoto, la presenza del giudice in udienza non implica che stia nell'ufficio giudiziario, perché rimane la previsione del decreto-legge n. 18 come convertito con la legge n. 27, secondo cui spetta all'ausiliario del giudice, che partecipa all'udienza dall'ufficio giudiziario, di dare atto nel verbale d'udienza anche dell'impossibilità di sottoscrizione da parte del giudice”. Va rimarcata la possibilità concessa ai Magistrati dal provvedimento del Direttore Generale della DGSIA sopra citato, di utilizzare dispositivi personali.

Incomprensibile appare la scelta opposta operata dall'art. 3 lett. c del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020 laddove all'art. 83 c. 7, lett.f), dopo le parole «deve in ogni caso avvenire», sono aggiunte le seguenti: «con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e».

opportuno che ciascuno si colleghi da un luogo diverso; l'unico presente negli Uffici giudiziari potrebbe essere l'ausiliario del Giudice, non potendo, questi, curare gli adempimenti d'udienza in luogo diverso, per la necessità del collegamento ADN.

Le prime udienze penali avvenute nell'aula virtuale hanno visto sovente la partecipazione del difensore con collegamento (previo invio, su una mail del Difensore, precedentemente indicata al cancelliere per detta finalità, di un *link* di invito ad entrare/partecipare, alla stanza/al team) all'aula virtuale dal proprio studio professionale.

Sul punto in senso critico si è espresso il CSM Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/1958, sul Decreto Legge del 30 aprile 2020 n. 28 – SETTORE CIVILE (Delibera del 14 maggio 2020), con argomentazioni del tutto trasponibili nel “settore penale”, qualora in sede di conversione del citato d.l. si volesse optare per la medesima novellazione in punto di svolgimento dell'udienza penale da remoto ex art. 83 c. 12 bis. *“In assoluta controtendenza rispetto a quanto precedentemente previsto dal d.l. n. 18, come convertito dalla legge 27 del 2020, è la innovazione disposta dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 28/20, ...È difficile individuare la ratio di tale scelta del legislatore, in mancanza di una sua illustrazione nella Relazione di accompagnamento, non risultando necessaria la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario per la celebrazione dell'udienza da remoto. Infatti, poiché in ogni caso nessuna delle parti viene in contatto fisico con il giudice, la presenza fisica di quest'ultimo nell'ufficio giudiziario non aggiunge nulla quanto alla modalità di espletamento del contraddittorio simultaneo e quanto alla sua qualità intrinseca. Né tale presenza semplifica la gestione dell'udienza da parte del giudice o l'attività degli avvocati, i quali sono tenuti al rispetto delle medesime regole tecniche, senza che il primo possa richiedere un ausilio qualificato per risolvere eventuali inconvenienti tecnici...Ancora, la norma non può trovare giustificazione nella possibilità che gli avvocati, le parti o gli ausiliari conservino comunque la possibilità di recarsi fisicamente presso la sede fisica ove si trova il giudice, in quanto è evidente che ciò contrasterebbe non solo, ovviamente, con il principio del distanziamento sociale, ma anche con la linearità dello strumento, che mal si presta alla celebrazione di una udienza “ibrida”, in parte in presenza e in parte da remoto. La necessaria presenza fisica in ufficio, peraltro, potrebbe inutilmente determinare l'impossibilità di svolgere le udienze da remoto sia nel caso in cui vi sia una temporanea impraticabilità dell'ufficio per la necessità di sanificazione conseguente alla scoperta di casi positivi, sia nel caso in cui i giudici siano positivi asintomatici oppure, anche se negativi, debbano permanere in isolamento domiciliare a causa del precedente contatto con persone risultate positive. Va altresì rilevato che la norma in esame, prevedendo la necessità della presenza fisica del giudice nell'ufficio giudiziario, deve intendersi riferita sia all'organo giudicante monocratico sia a quello collegiale. In tale ultimo caso, però, la norma non chiarisce se i componenti del collegio debbano essere contestualmente presenti nell'aula di udienza o se gli stessi possano mettersi in collegamento tra loro da remoto, ciascuno dal proprio ufficio o comunque da locali interni all'ufficio giudiziario. Deve, infine, evidenziarsi che l'art. 4, comma 1, intervenendo sull'art. 84, relativo al processo amministrativo -con disposizione analoga a quella dettata dall'art. 85, come modificato dall'art. 5 del d.l. n. 28 del 2020, sul processo contabile -, stabilisce che “il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge”, e quindi esclude l'obbligo di presenza del collegio presso l'ufficio giudiziario, con una soluzione opposta a quella relativa al processo civile. Peraltro, anche per il processo penale, ove consentito da remoto, non viene disposto alcun obbligo per il giudice di presenza fisica presso l'ufficio giudiziario (art. 83, comma 12-bis).” Sul punto si può solo aggiungere che l'art. 135 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 all'art. 135 per il processo telematico tributario permette la partecipazione dei Giudici Tributarî da un luogo diverso da quello in cui “è attivato” collegamento da remoto. Il sindacato di legittimità costituzionale della norma cit. sull'eccezione sollevata dal Giudice civile del Tribunale di Mantova è ora all'esame della Corte Costituzionale.*

13 Partecipazione dell'indagato/imputato dalla medesima postazione da cui si collega il suo Difensore.

La reazione degli organi rappresentativi della Classe Forense e l'insistenza sulla necessaria compresenza del Difensore e del suo assistito nell'aula d'udienza, ha, comunque, indotto il Legislatore, nel mentre recepiva le buone prassi operative giudiziarie adottate nell'emergenza, individuando il collegamento da remoto all'aula virtuale, per tutta l'emergenza sanitaria (appena conclusa per il settore giustizia), come modalità di svolgimento generalizzato dell'attività giudiziaria (non solo di udienza: art. 83 commi 12-bis, 12-quater e quinquies, della L.n. 27/20), ad aggiungere la previsione che gli indagati/imputati *"se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere (per i quali ultimi resta salvo il comma 12), partecipano all'udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore"*, che ne attesterà l'identità.

14. Consenso delle parti allo svolgimento delle udienze (istruttoria e di discussione finale) con collegamento da remoto all'aula virtuale, quando l'indagato/imputato non è ristretto in custodia cautelare carceraria.

Il giorno dopo l'entrata in vigore (con voto di fiducia) della Legge 24 aprile 2020 n. 27 pubbl. in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020, di conversione con modificazioni del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, l'articolo 83, commi 12-bis e 12-quinquies, è stato modificato dal d.l. 30 aprile 2020 n. 28, pubbl. in G.U. n. 111 di pari data, ed entrato in vigore il 1 maggio 2020, per dare seguito all'impegno assunto dal Governo con l'approvazione dell'ordine del giorno n. 37, Vazio e altri, come riformulato nella seduta del 24 aprile 2020 dell'Assemblea della Camera dei deputati, laddove il Governo, si era impegnato *«a prevedere, nel prossimo provvedimento utile, che il ricorso a strumenti telematici (processo da remoto) così come previsto dal decreto di cui in premessa – non si applichi alle udienze di discussione e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, salvo diverso accordo tra le parti»*.

Si giunge così all'attuale formulazione dell'art. 83, che a seguito della novellazione di cui all'art. 3 c. 1 lett. b) del d.l. n. 28/2020, testualmente ha previsto: *"al comma 12-bis è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Fermo quanto previsto dal comma 12, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti.»"*.

Il d.l. 28/20 ha, ovviamente, ribadito la validità della regola già posta dall'art. 83 c. 12 del d.l. n. 18/20, della partecipazione a qualsiasi udienza penale, nel periodo dell'emergenza e sino al 30 giugno 2020 (non operando più con la soppressione dell'art. 3 c. 1 lett. i la proroga sino al 31 luglio 2020), di persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare, con videoconferenze (MVC-1) o con collegamento da remoto (MVC-2 mediante applicativo TEAMS).

15. Il quadro delineatosi a seguito della cennata stratificazione normativa. Disciplina processuale applicabile per tutto il mese di luglio del 2020 per i provvedimenti già adottati prima del 30 giugno 2020.

Prima di proseguire oltre nella ricostruzione, ormai storica, del sistema che si è venuto delineando con la cennata stratificazione normativa che ha dato luogo al cd. doppio binario, nel senso che di qui a breve si dirà, è opportuno premettere che il problema che attualmente agita, in primo luogo, gli operatori del diritto, è quello di valutare alla luce della clausola di salvezza contenuta nell'art. 1 c. 2 L.70/2020, la disciplina processuale applicabile per tutto il mese di luglio 2020.

Sul punto come chiaramente esposto nella "Relazione Tematica" dell'Ufficio del Massimario della Cassazione⁵³, si contrappongono due testi: una "restrittiva" ed una "conservativa".

Per la prima tesi, con riferimento a tutti gli effetti giuridici non ancora "manifestatisi" al 30 giugno 2020, data di entrata in vigore della l. n. 70 del 2020 di conversione del d.l. n. 28 del 2020, dovrebbero riprendere a trovare applicazione le regole processuali ordinarie, secondo il noto principio generale "*tempus regit actum*". Tanto varrebbe sia per i provvedimenti di organizzativi adottati dai Capi degli Uffici dettagliatamente elencati nel comma 7 dell'art. 83 della L.27/2020 che a partire dal 1 luglio 2020, non avrebbero più ragione di essere; sia per i provvedimenti giudiziali relativi alla fissazione delle udienze con la modalità di partecipazione da remoto.

Per la seconda tesi, più aderente alla *voluntas* legislativa è, invece, assicurata *ex art. 1 c. 2 L. 70/2020* la salvezza dei provvedimenti già adottati nella cd. "seconda fase" e, quindi, prima del 30 giugno 2020, che mantengono, pertanto, la loro piena efficacia anche nel periodo che va dal 1 al 31 luglio 2020, con riferimento a tutti i procedimenti in corso⁵⁴; con la conseguenza che le udienze già fissate con modalità esclusivamente telematiche (come pure per le camere di consiglio collegiali, in relazione alle quali il

⁵³ Si rinvia alla nota 10.

⁵⁴ Relazione tematica cit.: "Può in sostanza affermarsi che tutti gli atti e i provvedimenti di natura organizzativa o anche puramente giurisdizionale, assunti prima della conversione in legge del d.l. n. 28 del 2020, siano comunque non solo "validi", ma anche "fatti salvi" nei loro effetti pure soltanto programmati, nel senso di ritenere che siffatti atti potranno continuare a produrre effetti giuridici almeno fino al 31 luglio 2020, *id est* fino alla data ultima alla quale era stata in origine agganciata l'efficacia temporale. Quindi, purché si tratti di atti adottati prima del 30 giugno 2020 – data di entrata in vigore della l. n. 70 del 2020 –, sia i provvedimenti organizzativi dei capi degli uffici che quelli giurisdizionali adottati dai singoli magistrati assegnatari dei fascicoli, consentiranno lo svolgimento nel mese di luglio del 2020 di tutte le attività processuali pianificate secondo i modelli previsti dall'art. 83... (come i provvedimenti che dispongono lo svolgimento di udienze, comunque già fissate, con modalità telematiche)...E così tutte le udienze di cui si è disposta la celebrazione a porte chiuse, continueranno ad essere tenute con questa modalità e lo stesso vale per quelle già fissate con modalità esclusivamente telematiche, come pure per le camere di consiglio collegiali, in relazione alle quali il presidente abbia già formalmente disposto il collegamento dei componenti del collegio da remoto... Naturalmente, nel pieno rispetto del diritto di difesa delle parti, va ritenuto che rimane fermo *in thesi* il potere del giudice di revocare il provvedimento in precedenza adottato in ossequio alle misure organizzative adottate dal capo dell'ufficio; il venir meno dell'emergenza sanitaria, sancito ormai *ex lege* per il settore giudiziario, giustifica infatti la scelta di disporre che le singole attività processuali si svolgano, anche nel mese di luglio, secondo le ordinarie formule del codice di rito.

Presidente abbia già formalmente disposto il collegamento dei componenti del collegio da remoto) potranno trattarsi con dette modalità.

15.1. Doppio Binario: Udienza con soggetto detenuto in carcere.

La previsione normativa, come sin qui delineata, di cui all'art 83 c. 12 della citata Legge 24.4.20 n. 27, non è stata incisa, nel periodo di emergenza, dal successivo d.l. 30 aprile 2020 n. 28, che ne ha operato, come ora si accennava integrale salvezza⁵⁵.

15.2. Udienza con soggetto non detenuto in carcere⁵⁶.

L'art. 83 comma 12-bis, introdotto, dalla Legge n. 27/2020 ha previsto che “ *LE UDIENZE PENALI che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti* (prevalentemente, quindi, le udienze con istruttoria minima, come il rito direttissimo conseguente al procedimento di convalida di arresto, ed, in genere, le udienze preliminari GUP conseguenti a richiesta di Rinvio a Giudizio) possono essere tenute ⁵⁷ (ovviamente nel periodo di sua vigenza) mediante collegamenti da remoto all'aula virtuale TEAMS (sistema individuato con il citato provvedimento del direttore generale del DGSIA e indicato come MVC-2).

Detta disciplina va, poi, integrata con quella contenuta al comma 12-quinquies sulle deliberazioni collegiali in camera di consiglio nei procedimenti penali. Il medesimo art. 83, al comma 12-quinquies ha previsto, infatti, che, per il medesimo periodo, anche le deliberazioni collegiali in camera di consiglio, nei procedimenti penali non sospesi, possano essere assunte mediante collegamenti da remoto.

Con riguardo al riferimento alle modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti, di cui alla seconda parte dell'art. 83 c. 12-bis cit., vale richiamare quanto esposto nei paragrafi precedenti.

La citata norma, ha previsto, inoltre, che qualora si sia proceduto alla fissazione dell'udienza penale con collegamento da remoto all'aula virtuale TEAMS, i difensori devono attestare, all'atto della costituzione delle parti, l'identità dei soggetti assistiti – evidentemente non sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere –, che, nel

⁵⁵ Sull'impossibilità di parificare la detenzione in carcere con gli arresti domiciliari e le altre misure alternative alla detenzione, in G. FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame dei collaboratori di giustizia* (l.n. 11 del 1998), in *Gazzetta Giuridica*, 1998, 10, 1.

⁵⁶ La Corte Costituzionale ha già avuto modo di intervenire – C.Cost. 483/2002, *Giurisprudenza Costituzionale* 2002, 4019 – al fine di escludere dai presupposti della partecipazione al dibattimento a distanza, lo stato detentivo del soggetto sottoposto a procedimento.

⁵⁷ Aderendo alla tesi conservativa sopra esposta, in virtù della clausola di salvezza contenuta nell'art. 1 c. 2 della L.70/2020, si può ritenere ancora operativa la norma sino al 31 luglio 2020 con riferimento alle sole udienze già fissate con dette modalità entro il 30 giugno 2020, per le quali vi sia stata richiesta della difesa e si sia formato il consenso delle parti con le modalità che si esporranno nel prosieguo.

caso non abbiano rinunciato a comparire, partecipano all'udienza necessariamente dalla medesima postazione da cui si collega, con le già citate modalità, il Difensore.

15.2.1. Attestazione dell'identità del soggetto assistito.

Il Difensore non era tenuto, ovviamente, dare atto che non erano posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti all'assistito, trovando questi ampia ed adeguata realizzazione nella compresenza fisica della difesa tecnica; doveva, evidentemente (nel periodo di vigenza della norma), solo esercitare una funzione pubblicistica di attestazione dell'identità (o della volontà del suo assistito di non essere presente), invero non inedita per la sua funzione, avendo egli potere certificativo e di autenticazione dell'autografia della sottoscrizione di atti del suo assistito *ex art. 39 disp. att. c.p.p.*

16. Necessità del consenso delle parti nelle udienze con istruttoria e di discussione finale.

L'art. 83 c. 12-*bis*, per come novellato dal d.l. 28/20, ha previsto che non si può procedere con collegamento da remoto all'aula di udienza virtuale TEAMS, se le parti *"non vi acconsentono"* alle udienze nelle quali devono essere esaminati testimoni (Agenti e Ufficiali di PG), parti, consulenti o periti e a quelle di *"discussione finale"*.

Aderendo alla tesi conservativa sopra accennata, pare corretto ritenere che qualora le parti abbiano già prestato il consenso e l'udienza è già stata fissata con dette modalità entro il 30 giugno 2020, nel pieno rispetto del diritto di difesa delle parti, il Giudice, ritenuta venuta meno l'emergenza sanitaria, ben potrà revocare il provvedimento di svolgimento dell'udienza con modalità da remoto, in precedenza adottato e disporre che l'udienza si svolga, anche nel mese di luglio 2020, secondo le ordinarie formule del codice di rito.⁵⁸.

16.1. Udienze con istruttoria.

Non tutte le udienze hanno necessità di istruttoria, ma nel caso in cui un'istruttoria sia stata programmata come necessaria, le parti per poter procedere nella "aula virtuale" TEAMS devono avervi "acconsentito".

La citata previsione normativa che ha introdotto il consenso delle parti, salutata con sfavore da chi l'ha letta come un arretramento ingiustificato, alla precedente ampia apertura, del legislatore all'avvio della necessaria (quantomeno della fase di acuta pandemia) ed auspicata innovazione informatica nell'attività giudiziaria, è apparsa, in

⁵⁸ Relazione Tecnica dell'Ufficio del Massimario cit.

realtà, più che opportuna, atteso che, quello che è stato, obiettivamente, un embrionale avvio del processo telematico, per limiti dello stesso applicativo (oltre che per prevedibile impreparazione tecnica o anche semplicemente resistenza all'innovazione, dei soggetti chiamati ad utilizzarlo), non si presta all'utilizzo di attività lunghe e complesse⁵⁹ (si scontrerebbe con una infinità di problemi tecnici, non esclusa la momentanea e banale assenza di linea) e con una pluralità di parti (basti por mente, che allo stato la piattaforma informatica permette a schermo la contestuale visione di un numero limitato di soggetti⁶⁰).

Ciò non esclude che le parti ben avrebbero potuto acconsentire (nel periodo di vigenza della norma) al collegamento all'aula virtuale TEAMS per udienze con minima istruttoria.

16.2. Udienze con discussione finale.

Qualche incertezza interpretativa in più, ha offerto l'individuazione *“dell'udienza di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio”*, il cui svolgimento nell'aula virtuale TEAMS, è stato subordinato dalla norma, anche in questo caso, al consenso delle parti.

L'aggettivo *“finale”* è certamente un elemento che deve orientare nell'interpretazione della norma.

Il riferimento è, infatti, alla *“Discussione finale”* (artt. 523 – 524 c.p.p.) di cui al Capo Quinto, Titolo Secondo, Del libro Settimo, del codice di procedure penale, vale a dire, quella fase – che dovrebbe, teoricamente, per i principi di oralità e concentrazione del processo penale, svolgersi senza soluzione di continuità a seguito dell'istruttoria dibattimentale – in cui il Pubblico Ministero e i Difensori delle parti private espongono la loro valutazione del materiale probatorio raccolto e, in ordine al quale, formulano oralmente (la parte civile ha, in ogni caso l'onere del deposito delle conclusioni scritte, in ordine al risarcimento dei danni e alla determinazione del loro ammontare, a pena di revoca *ex lege* della costituzione) le proprie conclusioni, permettendo, così la chiusura del dibattimento e la deliberazione del Giudice (in applicazione del principio dell'immediatezza), all'esito della camera di consiglio, nel merito del giudizio, concludendolo.

Il riferimento della norma, alla *“camera di consiglio”*, vale a coprire evidentemente anche le ipotesi di discussione a seguito della scelta del giudizio abbreviato nell'udienza preliminare o nell'Appello; anche in questi casi la discussione permette la conclusione dei relativi giudizi.

⁵⁹ Da un diverso punto di vista circa la partecipazione all'udienza a distanza in dibattimenti *“complessi”*, per l'esigenza di evitare ritardi derivanti dalla contemporanea pendenza di più procedimenti nei confronti del medesimo imputato, si rimanda a L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., 43.

⁶⁰ Dal 13 maggio 2020 passati da soli 4 a 9.

Non ha avuto soluzione la questione postasi in dottrina circa la possibilità far rientrare nell'ambito di operatività della norma, anche la discussione, in ordine alla richiesta di rinvio a giudizio, nell'udienza preliminare⁶¹.

Con riguardo, però, in generale alla pluralità di procedimenti camerali richiamati nel codice di procedura penale, può sostenersi che detta norma non poteva trovarvi generalizzata applicazione, non operandovi, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità (*ex multis* cfr. Cass. 26 gennaio 2005, ric. Faro), *"la disciplina dello svolgimento della discussione in dibattimento"*; e ciò, in quanto, detti procedimenti, nel cui ambito non è ammesso né il diritto di replica dei soggetti che discutono, né il potere di prendere la parola per ultimi dell'imputato e del suo Difensore, si atteggiavano quali meramente incidentali, strumentali e provvisori, quindi, non *"finali"*.

È da evidenziare, inoltre, che nell'art. 83 c. 12, non è stato operato il richiamo, oltre che dell'art. 146-bis disp.att., anche dell'art. 45-bis disp. att., rubricato, appunto: *"Partecipazione al procedimento in camera di consiglio a distanza"*.

17. Interlocuzione delle parti in ordine all'utilizzo dell'aula virtuale.

La norma nulla ha detto circa la modalità di formazione del consenso delle parti nella scelta del collegamento da remoto⁶²; se, cioè, prima della fissazione dell'udienza (eventualmente rinviata d'ufficio nel *"periodo cuscinetto"*) o di svolgimento dell'udienza già fissata sul ruolo, da celebrarsi nell'aula (fisica) del Tribunale, fosse necessaria una preventiva interlocuzione tra le parti⁶³ (neppure è specificato chi debba sollecitarla o chi sia tenuto, eventualmente, a farne richiesta formale), per verificare la volontà delle stesse di *"spostarsi"* nella diversa *"aula virtuale"*.

⁶¹ Ritene che non sia necessario il consenso delle parti per lo svolgimento con modalità da remoto dell'udienza di discussione *ex art.* 421 c.p.p. M. DE CHIARA, in *Ars Iuris*, in collaborazione con il Centro Studi *"Nino Abbate"* di Unità per la Costituzione: *"Qualche perplessità può destare l'udienza preliminare, considerato che una delle attività maggiormente salienti di questa fase processuale è proprio la discussione delle parti, la quale è anche oggetto di una disciplina particolarmente dettagliata (art. 421 c.p.p.). Deve, tuttavia, osservarsi che il riferimento alle udienze di discussione finale, contenuto nell'ultimo periodo del comma 12-bis (introdotto dal d.l. 30.04.2020, n. 28), esprime una scelta semantica ben precisa, che non può essere svalutata attraverso un'interpretazione che equipari la discussione dell'udienza preliminare a quella del dibattimento o che addirittura ritenga preclusa, in assenza del consenso delle parti, la trattazione da remoto di qualsiasi udienza nella quale le parti vengono sentite ed in cui, pertanto, abbia luogo un'attività di discussione in senso lato (si pensi ad esempio alle udienze previste a seguito di opposizione alla richiesta di archiviazione)"*.

⁶² In ordine alla libertà di scelta del Giudice circa la modalità di svolgimento dell'udienza penale al tempo del Covid-19, G. SANTALUCIA, *Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, cit.: *"Il decreto-legge n. 28 non dice come e quando debbano essere compilate le parti per verificarne il consenso (o il dissenso) allo svolgimento da remoto, il che lascia libero il giudice nella scelta delle modalità, anche temporali, e dello strumento più adeguato"*.

⁶³ Nel senso della necessaria interlocuzione tra le parti circa lo svolgimento dell'udienza da remoto cfr. V. Bove, *I Tribunali penali davanti alla fase 2: una prima lettura del nuovo art. 83 d.l. 18/20, tra legge di conversione e decreto legge 28/2020*, in *Il Penalista*: *"la modifica introdotta rende, quindi, necessario interpellare preventivamente le parti per acquisire il loro consenso alla celebrazione delle udienze penali da remoto"*.

17.1. *Interlocuzione delle parti ex art. 83 c. 12-bis cit. (udienza a carico di soggetto non ristretto in carcere).*

Deve ritenersi che, di fatto, l'art. 83 cit., come da ultimo novellato, ha rimesso, opportunamente, ad una interlocuzione delle parti processuali, la scelta di trattare o meno, con modalità di collegamento da remoto, nell'aula virtuale Teams, in tutto o in parte, le udienze penali da svolgersi sino al 31 luglio 2020 (sempre che siano fissate, aderendo alla tesi conservativa, entro il 30 giugno 2020), a carico di soggetti sottoposti a misura cautelare diversa dalla custodia in carcere ed (anche liberi), la cui trattazione nella cd. seconda fase – a partire dal 12 luglio 2020 – è stata indicata, come necessaria od opportuna, nelle “linee guida vincolanti” del Capo dell'Ufficio, di cui al medesimo art. 83 commi 6 e 7.

Detta previsione normativa che, come ricordato, ha agitato i primi commentatori, spingendoli a stigmatizzare come schizofrenico l'intervento novellistico, ha rimandato, in realtà, opportunamente, la scelta dell'utilizzo dell'aula virtuale, alla leale collaborazione (nella più nobile accezione che, poco sopra, si è voluto ricordare) tra Difensori e Magistrati, con un'opzione normativa che è apparsa inevitabile, in una fase storica, in cui non era seriamente prevedibile l'andamento della “curva di contagio covid-19” e, dunque, i conseguenti interventi che potevano rendersi necessari a rimodulare il cd “distanziamento sociale”, in particolare a far data dalla parziale e graduale ripresa dell'attività giudiziaria (in atto dal 12 maggio 2020).

Il buon senso (al netto di comportamenti ostruzionistici, che sulla base dell'esperienza giudiziale e della lealtà processuale delle parti, segnatamente in un momento in cui il pericolo alla salute era avvertito comune, non si sono generalmente verificati) ne ha governato la scelta: nei casi in cui, quindi, la presenza fisica in aula di udienza dei soggetti processuali, non poteva essere assicurata, senza mettere a rischio le esigenze di contenimento della diffusione del coronavirus, è stato lo stesso rischio di contagio covid-19 ad imporre lo “spostamento” delle parti nell'aula virtuale TEAMS (ove, ovviamente, il processo/procedimento non poteva essere rinviato).

La scelta “dell'aula” “fisica” o “virtuale”, presso cui, rispettivamente (nel senso sopra chiarito) “presenziare” o “partecipare” all'udienza penale, è stata operata concordemente dalle parti, caso per caso, quindi, e a seconda della necessità o anche della mera opportunità, segnalata o proposta da una parte e condivisa dalle altre.

Da notare che non è stata prevista – diversamente che per le udienze di convalida di arresto/fermo, di soggetto posto, *ex art. 386 c. 5 c.p.p.*, in misura pre-cautelare agli arresti domiciliari – la possibilità di indirizzare, per il collegamento da remoto, il Difensore e il suo assistito presso gli Uffici attrezzati di P.G., che non avrebbero potuto, evidentemente, far fronte alla mole di richieste. L'unica alternativa all'utilizzo della “aula virtuale” con collegamento da remoto del Difensore (eventualmente con il suo assistito non rinunciante a partecipare) dal suo studio, era lo svolgimento dell'udienza nell'aula fisica del Tribunale, da svolgersi, nel rispetto delle indicazioni sanitarie (indossando mascherine, guanti, tenendosi ad una distanza, di almeno un

metro, l'uno dall'altro etc.) e a "porte chiuse" per ragioni di "pubblica igiene"⁶⁴, secondo un cronoprogramma stabilito dal Giudice.

17.2 Interlocuzione delle parti ex art. 83 c. 12 cit. (udienza a carico di soggetto ristretto in carcere).

Evidente appare la diversità della previsione normativa appena esaminata, quale risultante dalla stratificazione normativa, rispetto all'immutata previsione dell'art. 83 c. 12 cit, che (rimarcando quanto già sopra accennato) ha imposto, sia nella prima, che nella seconda fase appena conclusa (per volontà del Legislatore), per i procedimenti/processi a carico di soggetti detenuti in regime carcerario, il collegamento a distanza o da remoto, sempre che, ovviamente, fosse garantito il contraddittorio e l'effettività della partecipazione delle parti.

Anche in questo caso, inevitabilmente, è residuo un margine di scelta in cui vi era spazio per la leale interlocuzione delle parti, laddove per lo svolgimento dell'udienza, come poteva accadere, l'una soluzione rispetto all'altra (collegamento con MVC-1 o collegamento TEAMS-MVC-3) per impossibilità tecnica o per indisponibilità contingente, non fosse praticabile.

18. Le prassi giudiziarie virtuose.

Nella pratica alcuni Uffici Giudiziari, i Giudici, prima della data fissata per l'udienza del processo da trattare⁶⁵, nel "ricordare" alle parti private il giorno, l'ora ed il luogo fisico – l'aula in cui è previsto lo svolgimento dell'udienza –, hanno ricordato anche ai Difensori la facoltà prevista dall'art. 83 c. 12-bis "di spostarsi nell'aula virtuale", invitandoli, pertanto, a determinarsi al riguardo, con comunicazione inviata per tempo, con PEC, in assenza della quale si sarebbe inteso che le parti intendevano presentarsi il giorno e l'ora fissati, nell'aula di udienza del Tribunale; ove il Giudice, evidentemente, aveva ritenuto, implicitamente, che potesse essere assicurata (per come si era organizzato l'Ufficio) la compresenza delle parti, senza mettere a rischio le esigenze di contenimento del contagio da Covid-19.

Analogamente, nell'ipotesi dell'art. 83 c. 12 (e quindi nell'ipotesi di soggetti detenuti in carcere), ferma la necessità di "collegamento" con il luogo di custodia del detenuto, veniva ricordato al Difensore che restava ferma la sua facoltà di chiedere che

⁶⁴ Detta modalità prevista dall'art. 472 c. 3 c.p.p. per l'udienza pubblica, richiamata dall'art. 83 cit., vale a rimarcare, anche per l'udienza non pubblica – attesa la prassi di consentire l'ingresso in aula o l'intrattenersi nella stessa di soggetti in attesa di processi da trattarsi immediatamente dopo – la necessità di consentire l'accesso in aula solo ai soggetti interessati dalla trattazione del procedimento in corso.

⁶⁵ Come già evidenziato, il più delle volte già a ruolo, o proveniente dal rinvio d'ufficio di cui al combinato disposto degli artt. 1 e 2 del d.l. n. 11/20 abrogati dal d.l. n. 18/20, ma i cui effetti giuridici sono stati opportunamente fatti salvi dall'art. 1 c. 2 della citata Legge di conversione.

la sua partecipazione avvenisse nell'aula virtuale TEAMS (in questo caso la fonia riservata era assicurata, permettendo, con lo stesso applicativo, al Difensore di comunicare riservatamente con il suo assistito). Occorre rimarcare, infine, che l'ipotesi di cui al c. 4 dell'art. 146-bis disp.att. c.p.p. in una prima fase è stata momentaneamente non praticabile.

Quando, dunque, il Difensore ha chiesto che il processo si svolgesse nell'aula virtuale TEAMS, raccolto il consenso anche delle eventuali Parti Civili (previa comunicazione anche alle p.o. della richiesta del Difensore dell'imputato rivolta al Giudice), e verificato che non vi fossero problemi tecnici di collegamento, è stata comunicata alle parti la modalità di svolgimento dell'udienza ed inviato il link di partecipazione all'indirizzo mail precedentemente comunicato dai difensori per detta evenienza.

19. Comunicazione alle parti della modalità di collegamento.

Trovata, nella leale collaborazione tra le parti, la soluzione più confacente alla contingente situazione, temperati, quindi, nel giusto bilanciamento la tutela della salute e le esigenze della Giustizia, la norma in commento, ha quindi, previsto che *"Prima dell'udienza, il Giudice fa comunicare ai Difensori delle parti, al Pubblico Ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità di collegamento"*⁶⁶.

La medesima norma ha inoltre previsto che, una volta avviato correttamente il collegamento, il Cancelliere, prima di procedere alla costituzione delle parti, *"dà atto nel verbale d'udienza delle modalità di collegamento da remoto utilizzate (e quindi l'eventuale svolgimento dell'udienza "nell'aula virtuale TEAMS") "e delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale, ai sensi dell'articolo 137, comma 2, del codice di procedura penale, o di vistarli, ai sensi dell'articolo 483, comma 1, del codice di procedura penale"*.⁶⁷

⁶⁶ Nell'ipotesi di due difensori la comunicazione deve essere fatta ad entrambi. Tuttavia, si ritiene che possa operare la sanatoria della nullità conseguente alla mancata partecipazione all'udienza del secondo difensore, ex art. 183 c.p.p., in caso di mancata tempestiva proposizione della relativa eccezione ad opera del difensore comparso; sul punto con riguardo all'omesso avviso dell'udienza Cass. SS.UU., sent. 8.10.2009, ric. Aprea, con nota A. SCARCELLA, *Omesso avviso dell'udienza al secondo difensore, sanatoria della nullità a regime intermedio e onere comportamentale del codifensore comparso*, in *Cassazione Penale*, 2010, 896.

⁶⁷ La verifica della funzionalità tecnica degli impianti nel luogo in cui si collega l'imputato è rimessa all'ausiliario del giudice, sia alla possibilità di percepire ciò che avviene nell'aula dell'udienza sia di collegarsi riservatamente con il difensore, potendo interpellare allo scopo direttamente l'imputato e il difensore; in argomento A. GIARDA, *"Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifiche della competenza sui reclami in tema di art. 41-bis dell'ord.pen."*, in AA.VV., *Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998*, Ipsoa, 1998, p. 9.

20. La Camera di Consiglio per la decisione a seguito della discussione finale.

Quando le parti hanno acconsentito allo svolgimento dell'udienza penale nell'aula virtuale TEAMS, sino alla discussione finale, l'art. 83 c. 12-*quinquies* ha previsto, infine, modalità telematica, anche per lo svolgimento della camera di consiglio che precede la deliberazione del Giudice, ed invero, nel periodo emergenziale *“nei procedimenti ... penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Nei procedimenti penali, dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o l'ordinanza e il provvedimento è depositato in cancelleria ai fini dell'inserimento nel fascicolo il prima possibile e, in ogni caso, immediatamente dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria”*.

L'attivazione dell'udienza virtuale TEAMS non ha implicato, all'evidenza, la presenza del Giudice nell'Ufficio giudiziario, spettando, quindi, all'Ausiliario del giudice, che ha partecipato da quegli Uffici, dare atto nel verbale d'udienza anche dell'impossibilità di sottoscrizione da parte del Giudice.

20.1. Conseguenze sulle modalità di svolgimento della deliberazione finale del Giudice in caso di mancato consenso al collegamento da remoto.

L'art. 3 lett. g) del d.l.28/20 cit., al comma 12-*quinquies* ha, infine, escluso che possano tenersi con modalità da remoto le deliberazioni collegiali conseguenti a udienze di discussione finale che si siano svolte con modalità ordinarie, e dunque senza collegamento da remoto: *“Nei procedimenti penali, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle deliberazioni conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto”*.

20.2 L'udienza del rito direttissimo ex art. 558 c.p.p. conseguente alla convalida d'arresto svolta con collegamento da remoto TEAMS.

In forza della norma in commento, e nel periodo di vigenza della stessa, quando il P.M. ha promosso l'instaurazione del rito direttissimo ex art. 558 c.p.p., a seguito dell'arresto in flagranza ex art. 386 c. 4 c.p.p., “conducendo” l'arrestato dinanzi al Giudice nell'aula virtuale TEAMS (così esercitando l'azione penale) il collegamento con l'arrestato, per il procedimento di convalida e l'eventuale giudizio direttissimo, come già accennato, è avvenuto dagli Uffici attrezzati della P.G. operante l'arresto. È evidente che, in questo caso, qualora il Giudice, sulla richiesta del PM, a seguito dell'endoprocedimento di convalida, avesse emesso la misura cautelare di custodia in carcere dell'arrestato, per il prosieguo dell'udienza ex art. 558 c.p.p. (in caso di avvenuta convalida o in caso di consenso al rito in caso di mancata convalida) con le modalità di

collegamento da remoto TEAMS, con cui era evidentemente iniziato il giudizio, non doveva ritenersi necessario il consenso delle parti, né per lo svolgimento dell'istruttoria, né per la discussione finale (ivi compresa quella conseguente all'eventuale scelta difensiva del rito abbreviato) non vertendosi nell'ipotesi dell'art. 83 c. 12-*bis* (che riguarda l'imputato non sottoposto a misura cautelare custodiale carceraria).

Di non così immediata soluzione si presentava, invece, un altro quesito emerso nella prassi operativa, circa, cioè la necessità per il Difensore di partecipare dagli Uffici di P.G. attrezzati, dove di fatto si trovava e collegava il suo assistito. La soluzione non era agevole, poiché il soggetto, dopo l'arresto in flagranza di reato, pur temporaneamente privato della libertà personale, in attesa della presentazione al Giudice per convalida, non era tecnicamente posto in misura precautelare in carcere (ex art. 386 c. 4); dove, invece, poteva essere successivamente tradotto, in esecuzione della misura cautelare emessa dal Giudice a seguito del procedimento di convalida, nel caso in cui l'udienza fosse stata rinviata ad altra data (per la "discussione" conseguente al rito abbreviato, o per lo svolgimento del rito direttissimo). Mentre in quest'ultimo caso è evidente l'applicazione dell'art. 83 c. 12 cit. (e quindi il Difensore e l'imputato partecipano all'udienza da remoto da luoghi separati, con la precisazione sopra riferita circa la facoltà di cui all'art. 146-*bis* c. 4 cit.), nel primo caso, invece, l'art. 83 c. 12-*bis* non dava la soluzione, laddove (per la previsione della compresenza fisica del Difensore e dell'imputato nella medesima postazione di collegamento) il legislatore ha fatto riferimento al "... caso di custodia dell'arrestato o del fermato in uno dei luoghi indicati dall'art. 284, co.1 c.p.p..." (il richiamo è evidentemente alla previsione dell' art. 386 c. 5 c.p.p.); né la soluzione poteva essere ricercata nella previsione dell'art. 83 c. 12-*quater*, che come è evidente, attiene alle indagini preliminari, dalle quali si è fuori con la presentazione dell'imputato al Giudice, attività questa che, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, rappresenta il momento dell'esercizio della azione penale nel rito ex art. 558 c.p.p. La soluzione poteva, comunque, essere individuata nel rinvio operato dall'art. 83 c. 12 cit. all'art. 146-*bis* c. 4 disp. att. più volte citato, secondo cui: *"E' sempre consentito al difensore o a un suo sostituto (art. 102 c.p.p.) di essere presente nel luogo ove si trova l'imputato."* E quindi, in questo caso, doveva ritenersi, comunque, "consentito" al Difensore recarsi presso gli Uffici di P.G. attrezzati per il collegamento e di camere di sicurezza.

21. Collegamento da remoto in sede d'indagini preliminari.

L'art. 83 comma 12-*quater*, ha previsto, infine, che nel corso delle indagini preliminari il Giudice ed il Pubblico Ministero possono avvalersi (sempre nel periodo di vigenza della norma) di collegamenti da remoto, con l'applicativo TEAMS, per compiere atti garantiti *"che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del Difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone"*.

La *ratio* della norma può essere ricercata nella necessità di non interrompere, durante il periodo di emergenza, le indagini su reati particolarmente delicati, come possono essere quelli, ad esempio, del cd. *codice rosso*, in ordine ai quali, dopo la

denuncia/querela della persona offesa, è necessario sentire la denunciante a sommarie informazioni, prima che il PM si determini a chiedere, ravvisate, se del caso, concrete ed attuali esigenze cautelari circa la reiterazione nel reato, una misura cautelare al GIP; una volta eventualmente emessa ed eseguita la misura cautelare, la norma citata ha reso possibile anche al GIP – durante l'emergenza sanitaria – procedere all'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. con il collegamento da remoto con l'applicativo TEAMS.

In questi casi, qualora l'indagato (o il soggetto chiamato a compiere l'atto) non fosse sottoposto a misura cautelare della custodia in carcere (in quanto *“la partecipazione delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata con le modalità di cui al comma 12)*, la norma non ha richiesto il consenso delle parti al collegamento da remoto TEAMS, unica condizione richiesta è, che, secondo una valutazione del Magistrato, la presenza fisica in un'aula del Tribunale o della Procura, di soggetti chiamati a partecipare all'atto, *non possa essere assicurata senza mettere a rischio le esigenze di contenimento della diffusione del virus*.

Da notare è la circostanza che la medesima norma non ha previsto che l'Ufficio attrezzato di P.G., dove, per ipotesi, l'indagato fosse stato invitato a recarsi, per sottoporsi, nell'esempio proposto, all'interrogatorio di garanzia, potesse manifestare una *indisponibilità* (come, all'opposto, previsto dall'art. 82 c. 12-bis per la convalida di arresto o fermo a cui può equipararsi l'allontanamento urgente dalla casa familiare di cui all'art. 384-bis c.p.p.); forse si è tenuto conto che gli atti d'indagine, in genere, possano non avere scadenze ristrette, o semplicemente si è voluto rimarcare la precedenza da dare all'attività d'indagine urgente (nella fase di vigenza della norma), presso gli Uffici di P.G. attrezzati per il collegamento, rispetto, per esempio, alle convalide di arresto che potevano *“anche”*, nella previsione legislativa, svolgersi nell'aula TEAMS, con invito al collegamento da remoto del difensore che vi avrebbe partecipato unitamente al suo assistito dal suo studio, presso il quale quest'ultimo sarebbe stato invitato a recarsi libero e senza scorta (art. 83 c. 12 bis); né è stato richiesto, infine, il collegamento dell'indagato dal medesimo luogo del difensore *“ Il difensore partecipa da remoto mediante collegamento dallo studio legale, salvo che decida di essere presente nel luogo ove si trova il suo assistito*.

La norma, infine, ha previsto che in caso di collegamento da remoto, con la partecipazione del soggetto interessato dagli Uffici attrezzati di PG, *l'ufficiale o agente di polizia giudiziaria*⁶⁸ deve procedere alla identificazione del medesimo; oltre, si dovrebbe aggiungere, a dare atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti⁶⁹.

⁶⁸ È da notare che l'art. 83 c. 12 non fa riferimento al comma 6 dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. Già la giurisprudenza di legittimità – Cass. Sent. 20.5.2004 ric. Calabrò- ha ritenuto valido l'interrogatorio reso a distanza dall'imputato detenuto, mediante il sistema della videoconferenza, alla presenza di un Agente di custodia e non di un Ausiliario del giudice, assumendo che la norma che prevede la possibilità della partecipazione al dibattimento a distanza dell'imputato detenuto, ha lo scopo di garantire che egli possa assistere all'udienza in stato di libertà e senza condizionamenti e, in ogni caso, non è assistita da espressa sanzione in caso di inosservanza. M. Bargas, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. pen.*, in *Diritto Penale e Processo*, 1998, 165, in cui l'Autore distingue le funzioni dell'Ufficiale di p.g. a seconda del tipo di partecipazione dell'imputato al dibattimento a distanza.

⁶⁹ D. Curtotti Nappi (a cura di), *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, 187.

Il compimento dell'atto avviene con modalità idonee a salvaguardarne, ove necessario, la segretezza (nel caso di attività d'indagine del PM) e ad assicurare la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di consultarsi riservatamente con il proprio difensore.

Il pubblico ufficiale che redige il verbale dà atto nello stesso delle modalità di collegamento da remoto utilizzate, delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale, ai sensi dell'articolo 137, comma 2, del codice di procedura penale.

22. L'eventuale partecipazione dell'interprete.

L'art. 143 c.p.p., come noto, prevede che il soggetto appartenente a comunità alloglotta, ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata.

Il comma secondo del medesimo articolo prevede, poi, che l'Autorità procedente dispone la traduzione scritta dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali.

L'art. 51-bis disp.att. c.p.p., prevede che quando ricorrono particolari ragioni di urgenza e non sia possibile avere prontamente una traduzione scritta degli atti di cui all'articolo 143, c. 2, l'Autorità Giudiziaria possa disporre, con decreto motivato, se ciò non pregiudica il diritto di difesa del soggetto, la traduzione orale, anche in forma riassuntiva, redigendo contestualmente verbale.

L'interessato può rinunciare espressamente, anche a mezzo di procuratore speciale, alla traduzione scritta degli atti. La rinuncia produce effetti solo se il rinunciante ha consapevolezza delle conseguenze che da essa derivano, anche per avere a tal fine consultato il difensore. In tal caso il contenuto degli atti è tradotto oralmente, anche in forma riassuntiva.

È da annotare che nelle ipotesi appena previste, *“della traduzione orale è effettuata anche la riproduzione fonografica”* (anche in questo caso vale quanto già osservato circa la fonoregistrazione con riguardo agli applicativi individuati dalla DGSIA con provvedimento del 21 maggio 2020).

Per la partecipazione a distanza dell'interprete, già l'art. 51-bis disp. att. c.p.p., inserito dall'art. 2 c. 1 lett. O-a del D.lgs. 32/2014, aveva previsto che *«Ove vi siano strumenti tecnici idonei, l'autorità procedente può disporre l'assistenza dell'interprete mediante l'utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza, salvo che ciò possa causare concreto pregiudizio al diritto di difesa»*⁷⁰.

Va, infine segnalato che la Suprema Corte – Cass. 4649/15 – ha avuto modo di evidenziare che la mancata presenza dell'interprete, pur se non imputabile all'arrestato, configura ipotesi di forza maggiore che non impedisce la convalida dell'arresto, di cui il giudice deve valutare la regolarità formale indipendentemente dall'interrogatorio non

⁷⁰ Sulla necessità che l'interprete nominato (art. 143 c.p.p.) si debba trovare accanto all'imputato cfr. L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., 81.

possibile; orientamento che viene ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, anche dopo le modifiche introdotte, agli artt. 143 e 104 c.p.p., dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, che ha dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto alla interpretazione ed alla traduzione nei procedimenti penali.

23. L'indagato a rischio COVID-19.

Se non è possibile procedere alla convalida di arresto/fermo, perché giunge comunicazione, accompagnata da certificazione sanitaria, che l'arrestato/fermato non può partecipare all'udienza (e ciò valeva anche per l'udienza da svolgere sino al 30 giugno 2020 nell'aula virtuale), per sospetta diagnosi di COVID-19, il GIP non potrà convalidare l'arresto, trattandosi di un impedimento assoluto dell'indagato. In ordine, poi, alla contestuale richiesta del PM di applicazione di misura cautelare, comunque valutabile, trattandosi di domanda cautelare autonoma rispetto all'endo-procedimento riguardante la convalida dell'arresto, il GIP potrà eventualmente applicare una misura cautelare personale, con contestuale sospensione del termine per l'interrogatorio, *ex art. 294 c. 2 c.p.p.* a causa dell'assoluto impedimento dell'arrestato, conseguente all'elevato pericolo di infettività.

Il comma 2 dell'art. 294 c.p.p., invero, proprio nei casi di assoluto impedimento, prevede che il termine per l'espletamento dell'interrogatorio sia sospeso dal Giudice con decreto motivato (in questo caso, facente parte dell'ordinanza cautelare) e che lo stesso torni nuovamente a decorrere dal momento in cui v'è cessazione dell'impedimento (sia che esso sia accertato dal Giudice, ovvero che quest'ultimo ne venga comunque a conoscenza).

24. Linee guida nella seconda fase (12 maggio – 31 luglio 2020, *rectius*: 30 giugno 2020). Effetti della L.70/2020 sulla prescrizione e termini di custodia cautelare.

Per rispondere alla necessità di una qualche ripresa delle attività giudiziarie (nella previsione normativa prevista a partire dal 12 maggio 2020⁷¹) in condizioni di basso (*rectius*: controllato) rischio di contagio da covid-19, dal 12 maggio sino al 31 luglio 2020⁷², periodo oggi anticipato al 30 giugno 2020⁷³ (con i dubbi di ultrattività dei provvedimenti adottati per tutto il mese di luglio 2020, come già accennato), *“i Capi degli Uffici giudiziari, sentiti l'Autorità Sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli Avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle*

⁷¹ Art. 3 lett. b del d.l. 28/20.

⁷² Art. 83 c. 6 L. cit. e ss.mm.

⁷³ Citata soppressione della lett. i dell'art. 3 del d.l.28/2020 ad opera della Legge di conversione n. 70/2020

indicazioni igienicosanitarie fornite dal Ministero della salute⁷⁴, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'Ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone.

Al comma 7 del medesimo articolo vengono specificate le misure raccomandate⁷⁵, tra queste, particolare rilievo assumono le "linee guida", definite "vincolanti", da adottarsi dai Presidenti dei Tribunali per la fissazione e la trattazione delle udienze che (ove pubbliche) saranno celebrate, comunque, a porte chiuse, ai sensi dell'articolo 472, comma 3, c.p.p. (potendo la pubblicità nuocere alla pubblica igiene).

Nelle "linee guida", di cui tutti gli Uffici si sono dotati, si è tenuto conto, per disposto normativo, di quanto previsto nell'art 83 c. 7 lett. g della citata Legge, come successivamente modificata, vale a dire la previsione del rinvio delle udienze penali a data successiva al 31 luglio 2020⁷⁶ (sul punto la previsione della norma intertemporale dell'art. 1, comma 2 della Legge n. 70/2020 di conversione del d.l. n. 28/2020, vale ad operare la salvezza dei provvedimenti adottati dai singoli Magistrati titolari della trattazione di fascicoli, che hanno operato i rinvii, sulla base delle cennate linee guida vincolanti, avendo gli stessi provvedimenti prodotto effetti processuali irreversibili, nonostante l'anticipazione della inoperatività della norma al 30 giugno 2020), con le eccezioni indicate al comma 3, e quindi: *b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo o dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione, o nei sei mesi successivi scadono i termini di cui all'articolo 304, comma 6 del codice di procedura penale, procedimenti per la consegna di un imputato o di un condannato all'estero ai sensi della legge 22 aprile 2005, n. 69, procedimenti di estradizione per l'estero di cui al capo I del titolo II del libro XI del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive [sopra indicati come: procedimenti/processi a trattazione necessaria] e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda [sopra indicati come: procedimenti/processi a trattazione su richiesta], altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari [evidentemente anche non custodiali] o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione; c) procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale [sopra indicati*

⁷⁴ Anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni adottate in materia con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

⁷⁵ Art. 83 c. 7: "...a) la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti; b) la limitazione, sentito il dirigente amministrativo, dell'orario di apertura al pubblico degli uffici anche in deroga a quanto disposto dall'articolo 162 della legge 23 ottobre 1960, n. 1196 ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico; c) la regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per orari fissi, nonché l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento.

⁷⁶ Art. 3 lett. i del d.l. 28/2020).

come: procedimenti/processi necessitati dall'urgenza di provvedere decretata dal Giudice⁷⁷]. *La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile*".

Ove i procedimenti/processi siano stati rinviati ai sensi dell'art. 83 comma 7, lettera g), l'art. 83 c. 9 si è premurato di sospendere il corso della prescrizione e i termini di custodia cautelare di cui agli articoli 303, 308, 309, comma 9, 311, commi 5 e 5-bis, e 324, comma 7, del codice di procedura penale e agli articoli 24, comma 2, e 27, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, per il tempo del rinvio sino all'udienza successiva, e, in ogni caso, non oltre il 31 luglio 2020⁷⁸; l'anticipazione al 30 giugno 2020 della fine dell'operatività dell'83 della Legge n. 27/2020 di conversione con modificazione del d.l. 18/2020 come successivamente modificato ad opera della "mancata conversione" ("soppressione") del più volte citato art. 3 comma 1 lett. i del d.l. 28/2020 ad opera della Legge n. 70/2020, ha inevitabilmente inciso anche sulla sospensione dei termini di prescrizione, in quanto la proroga (dal 1 luglio al 31 luglio 2020) non essendo stata convertita ha perso ogni efficacia ed ultrattività, sicché la sospensione della prescrizione non può operare oltre il 30 giugno 2020. Stesso discorso vale con riguardo alla sospensione dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 303 c.p.p., per i quali l'art. 83 detta un analogo regime; anche in tal caso deve ragionevolmente opinarsi che la sospensione dei termini per i procedimenti rinviati dal 12 maggio 2020 preveda un limite massimo ricondotto al 30 giugno 2020.

Con questo limite la previsione di sospensione del termine di prescrizione e di custodia cautelare trova addentellato normativo, anche per i rinvii della cd. seconda fase nell'art. 159 c. 1 c.p. (sino al 30 giugno 2020) laddove è espressamente previsto che: *"Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge"*; ovviamente nell'ipotesi non vi sia una concausa di differimento dell'udienza (come il difetto di notificazione della prima udienza, pur frequente atteso che il lockdown ha inciso anche sull'attività di notificazione pur già disposta).

25. Necessaria collaborazione.

Non occorre rimarcare l'apertura al credito di fiducia, operato dal Legislatore dell'emergenza (sino all'attuale battuta di arresto), nel comportamento leale di tutti gli operatori del diritto, che perseguono "oggettivamente" il medesimo fine di giustizia.

L'auspicio è che le prassi giudiziarie virtuose e la leale collaborazione degli operatori del diritto, permetta di superare con dignità l'emergenza sanitaria ancora in atto e le sue ripercussioni, ancora purtroppo possibili (nonostante il Legislatore abbia decretato la fine dell'emergenza), sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; lasciando, al termine di questa triste fase, l'esperienza di soluzioni telematiche (non del tutto da

⁷⁷ Per esigenze istruttorie indefettibili che possono verificarsi anche in sede dibattimentale, quindi oltre le ipotesi di *"incidente probatorio"* espressamente richiamato.

⁷⁸ Art. 3 lett. i del d.l. 28/2020.

abbandonare⁷⁹, nella prospettiva *de jure condendo* sopra proposta di individuazione di strumenti e modalità di svolgimento dell'udienza *extra ordinem*, applicabili eccezionalmente, quando l'emergenza lo richieda, per non interrompere in nessun momento l'attività giudiziaria), insieme ad una maggiore consapevolezza dell'alta dignità della Funzione e della Professione, da parte di Magistrati e Avvocati, che nel confrontarsi per il medesimo fine della Giustizia, nel fronteggiare il comune pericolo, hanno dato un rinnovato significato alle parole del Calamandrei: *"Nel processo giudici e avvocati sono come specchi; ciascuno, guardando in faccia l'interlocutore, riconosce e saluta, rispecchiata in lui, la propria dignità"*⁸⁰.

⁷⁹ In tono caustico G. SPANGHER, *Covid-19, partire da qui per rivalutare le finalità delle misure cautelari*, in *Guida al Diritto*, n. 21, 2020, 12: *"Si spera, forse inutilmente, che l'esaurimento della fase emergenziale consegna alla politica i profili che con la citata legislazione sono rimasti obliterati e si evitino, da un lato, sul fronte del processo da remoto, modalità processuali incompatibili con le riserve di legge, il diritto di difesa e la tutela della riservatezza, dall'altro, di trascurare il tema dell'esecuzione della pena e la necessità di una sua riforma"*.

⁸⁰ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 141.