

Così lontano, così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus.

di **Fabrizio Malagnino**

Sommario. 1. Il coronavirus ai tempi del *soft-law*. - 2. Dibattimento e camera di consiglio: in quale camera? - 2.1. Interessato non detenuto o internato, né in custodia cautelare. - 2.2. Difensore. - 2.3. Pubblico ministero e altre parti private. - 2.4. Giudice. - 3. Comunicazioni e notificazioni.

1. Il coronavirus ai tempi del *soft-law*.

Se l'emergenza Covid-19 fosse intervenuta solo qualche anno addietro, pur eventualmente a parità di digitalizzazione e *social media*, probabilmente la pronta reazione dell'Esecutivo sarebbe stata l'immediata chiusura dei Tribunali o, in gradata alternativa, l'emanazione di norme che consentissero espressamente di fronteggiare l'emergenza mediante l'integrale 'smaterializzazione' delle udienze penali, delocalizzandone i protagonisti tramite collegamenti da remoto.

Invece, nell'attuale era dei protocolli, la disciplina dell'interazione (e, quindi, della salute) fisica dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali indifferibili è stata affidata alla solerte ed eterogenea iniziativa dei singoli uffici giudiziari, strettamente dipendente – di luogo in luogo – dal più o meno spiccato spirito collaborativo di questo o quel Foro.

In particolare, quanto alla partecipazione all'udienza, gli emanati d.l. 8-3-2020 n.11 e d.l. 17-3-2020 n.18,¹ in relazione al periodo interessato dalla nota e triste pandemia, si sono preoccupati della 'smaterializzazione' delle sole persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare, nulla innovando nel resto, salva la previsione di alcune possibili accortezze logistiche.²

Dal che è subito scaturita una vasta messe di protocolli³ condivisi tra organismi più o meno rappresentativi dei giocatori in campo (e dell'arbitro) che, a macchia di leopardo, hanno tentato di estendere ad altri attori del processo le scarse previsioni 'smaterializzanti' della decretazione d'urgenza, invero assai più ristrette e tassative e tutt'altro che derogatorie rispetto alle ordinarie regole del codice di rito, così di fatto cercando di fronteggiare l'emergenza mediante la creazione 'para-normativa' di una sorta di udienza

¹ Segnatamente, art.2 co.7 d.l. 8-3-2020 n.11, sostituito dopo pochi giorni dall'identico art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18.

² Dettagliatamente elencate nell'art.83 co.7, lett. da *a*) ad *h*), del citato d.l. 17-3-2020 n.18.

³ Ma anche atti organizzativi dei vari dirigenti degli uffici.

virtuale, cui sottrarre la presenza fisica del maggior numero possibile di soggetti.

Protocolli, intese, *vademecum*, linee-guida, circolari, ecc.

Come già efficacemente evidenziato,⁴ a tali emanazioni può accostarsi la condivisibile definizione di *soft-law*, quale «serie di atti, di natura autoritativa o contrattuale, che pur non avendo la forma propria delle fonti tipiche e pur essendo sprovvisti di vincolatività, sono tuttavia giuridicamente rilevanti e tenuti in considerazione nel momento dell'interpretazione e dunque di soluzione di concrete controversie giudiziali».⁵ E l'associazione con la consuetudine sovviene immediata, quale fonte residuale, originata dalla presa d'atto dell'inadeguatezza della legge a soddisfare le esigenze della collettività, che ricorre pertanto a normazioni alternative in contesti di crisi, quando cioè la regola scritta appaia insufficiente, bisognosa d'essere colmata da fattori esterni, operanti in quanto essenziali a mantenere l'ordine al di là delle lacune normative.⁶ E, come tale, essa può convivere con la legge solo ove ne condivida la direzione (*secundum legem*) o ne colmi i vuoti (*praeter legem*).

Di tal che, non può revocarsi in dubbio che, soprattutto in ambito processuale penale, il principio di legalità impone che regole protocollari o similari (e, a maggior ragione, atti dei vertici degli uffici) giammai possano trovare applicazione in contrasto con le norme del codice di rito.⁷

Alla verifica delle varie possibilità è dedicato il presente contributo.

2. Dibattimento e camera di consiglio: in quale camera?

Come anticipato, con riferimento alla collocazione fisica dei soggetti del procedimento, il d.l. 8-3-2020 n.11, all'art.2 co.7, si è limitato a prevedere che, in relazione al periodo in questione, «la partecipazione a qualsiasi udienza

⁴ F. TRAPPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. Pen.*, 542, n.11, 2018.

⁵ A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2012.

⁶ In questo senso A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Editoriale Scientifica, 2003.

⁷ Infatti, quanto alle regole condivise, «se le fonti *de quibus* aspirano a riempire una *littera legis* lacunosa, l'attenzione all'aspetto – forse, correttamente, meccanico – del “fare presto e bene” non può ripercuotersi in modo negativo sull'effettività dei diritti di parte, pena l'annullamento stesso del fine primario del procedere, con l'automatico tradursi della regola protocollare in una *contra legem* e, perciò stesso, illegittima». E quanto alle statuizioni verticistiche, è ancor prima la logica a impedire al giudice «unilaterali *actiones finium regundorum* delle proprie prerogative, rimesso come egli dev'essere al proprio ruolo di interprete...Ne deriva, ad esito dell'applicazione del criterio gerarchico, l'annullamento della norma in conflitto con quella sovraordinata, *id est* la sua espunzione, sì da considerarla come mai esistita *in rerum natura*. Questo, insomma, è il destino di regole unilateralmente poste dai vertici di un ufficio – si diceva prima: circolari – in contrasto con le (qui, legittime) prerogative delle parti...Ecco, allora, che diviene inconcepibile un *soft-law* processuale imposto dall'alto, a deviazione dal modello di un processo giusto, nel senso tratteggiato dal codice»: F. TRAPPELLA, *cit.*

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».

Ed il D.G.S.I.A., da parte sua, con nota n.3413 del 10-3-2020, ha sancito all'art.3 che, nelle ipotesi di cui al precitato art.2 co.7, «*possono essere utilizzati i collegamenti da remoto previsti dall'art. 2 del presente provvedimento [n.d.r.: "Skype for Business" e "Microsoft Teams"] 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*», così introducendo nel processo penale i due suddetti strumenti di comunicazione digitale.

Poco dopo, il d.l. 17-3-2020 n.18 ha sostituito il citato art.2 co.7 con il proprio art.83 co.12, di identico contenuto, lasciando dunque immutata la disciplina. Tutto questo, quindi, al netto delle possibili accortezze logistiche di cui al co.7 lett. da a) ad h) del citato art.83, comporta che l'unico soggetto di cui si è favorita la 'smaterializzazione' è stata la sola parte personalmente *in vinculis* (tralasciandosi in questa sede la disamina di eventuali ruoli accessori, quale ad esempio quello testimoniale).

Ciò posto, ci si chiede se sia possibile, in questo periodo di pandemia, al cospetto del vigente ordito normativo, attuare un collegamento da remoto per tutti i soggetti del procedimento, detenuti o meno, pubblici o privati, a partecipazione necessaria o eventuale, così da evitare la compresenza di più persone nell'aula d'udienza.

In generale, potrebbe provarsi a sostenere che tale pratica, pur non espressamente prevista dalle precitate norme, possa nondimeno, se condivisa e sottoscritta da Uffici e Foro, considerarsi come *soft-law* processuale, *secundum* o *praeter legem*, idonea cioè ad integrare lo *ius scriptum* in aspetti resi assai rilevanti, se non addirittura cogenti, dalla logica dell'emergenza e da espressi provvedimenti aventi giuridica rilevanza, quali:

- lo stesso art.83 d.l. 17-3-2020 n.18, il quale, ai co.6 e 7, esplicita come le sue previsioni siano adottate «*per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria...al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone*», ivi compresa «*la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgere attività urgenti*»;
- la previsione dell'art.1 co.1 D.P.C.M. 9 marzo 2020, attuativo del d.l. 23-2-2020, n. 6, che estende all'intero territorio nazionale il divieto, sancito dall'art.1 co.1 lett. a) D.P.C.M. 8 marzo 2020, di «*spostamento delle persone*

fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori»;

- l'ulteriore previsione dell'art.1 co.1 lett. b) D.P.C.M. 22-3-2020, attuativo del d.l. 23-2-2020, n. 6, che vieta «a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano».

Senonché, ad escludere l'efficacia persuasiva esercitata in tal senso dai menzionati D.P.C.M. è il rilievo che tutti i divieti di spostamento ivi imposti soffrono la deroga data dalle «*esigenze lavorative*», il che lascia ampia libertà di accesso all'aula a tutti i soggetti professionali coinvolti nel procedimento. E parimenti, quanto ai soggetti privati, la loro libertà di movimento è garantita dall'ulteriore deroga rappresentata da «*situazioni di necessità*», tale potendosi intendere quella di partecipare ad un procedimento penale in cui essi stessi sono personalmente interessati. In ogni caso, però, non può sottacersi che, in relazione agli spostamenti intercomunali, la maggior restrizione introdotta per il periodo di operatività del solo D.P.C.M. 22-3-2020, accanto alla deroga per lavoro, non prevede più la deroga per necessità, sostituita dalla più stringente deroga per «*assoluta urgenza*», più ardua da identificare nell'esigenza di personale e fisica partecipazione al procedimento.⁸

E parimenti non convincenti appaiono i richiami alle finalità di cui ai citati co. 6 e 7 dell'art.83 d.l. 17-3-2020 n.18, che, con la loro astrattezza, non sembrano poter prevalere sulla concreta vigente disciplina generale della materialità e fisicità dell'aula e delle parti, a partire dalla previsione di cui all'art.146 disp. att. c.p.p., che disegna addirittura quale debba essere la posizione dei banchi e dove debbano sedersi parti, difensori e testimoni.

A fronte di ciò, ed all'esistenza di altre previsioni espresse che equiparano, *ubi voluerunt*, altri luoghi all'aula d'udienza, come quella di cui all'art.146 bis co.5 disp. att. c.p.p.,⁹ sembra doversi concludere che la mancata previsione normativa di ulteriori partecipazioni da remoto sia stata voluta dal legislatore e, quindi, vada considerata *contra legem* ogni iniziativa in senso ampliativo. Condivisibile è dunque la giurisprudenza secondo cui «la partecipazione a distanza è ammessa, per sistema, in casi tassativamente previsti. Si tratta di ipotesi d'eccezione e di stretta interpretazione, che non sono suscettibili di

⁸ In proposito, quanto meno per l'imputato (e affini), sarebbe forse più agevole ricorrere all'istituto, peraltro positivamente disciplinato, dell'assoluta impossibilità a comparire per legittimo impedimento (si pensi all'ipotesi di due imputati sottoposti a misura cautelare personale non custodiale, dei quali uno chieda che si proceda ex art.83 co.3 lett. b) n.2 d.l. 17-3-2020 n.18 e l'altro risieda in comune diverso da quello che ospita il palazzo di giustizia).

⁹ L'art.146 bis disp. att. c.p.p. è richiamato in relazione ai procedimenti in camera di consiglio dall'art.45 bis disp. att. c.p.p.

applicazione analogica, né di letture estensive, oltre i casi espressamente contemplati dall'Ordinamento».¹⁰

Ciò posto, occorre pertanto verificare se l'attuazione di ciascuna di tali ulteriori e supplementari (non previste) partecipazioni a distanza integri o meno ipotesi di nullità e, in caso di risposta affermativa, verificare se la prodotta nullità possa o meno ritenersi superata dall'eventuale consenso delle parti.

2.1 Interessato non detenuto o internato, né in custodia cautelare.

Innanzitutto, viene in mente l'ipotesi della partecipazione a distanza dell'interessato (così per brevità verrà qui genericamente indicato nel prosieguo l'indagato/imputato/condannato/proposto) non detenuto o internato, né in custodia cautelare.

Sul punto, occorre rilevare che il dato normativo di partenza è rappresentato dal carattere meramente eventuale della sua partecipazione a qualsiasi tipo di procedimento, non essendo mai necessaria la sua presenza ai fini della celebrazione del rito.

Ciò sposta poco nei casi in cui il collegamento a distanza sia contrario alla volontà dell'interessato: infatti, allorché egli abbia intenzione di essere presente all'udienza (eventualmente adempiendo ai connessi oneri di tempestiva richiesta, ove previsti, come ad es. a mente dell'art.309 co.6 c.p.p.), la violazione del suo diritto d'essere fisicamente presente in aula integra senz'altro e comunque la nullità prevista dall'art.178 lett. c) c.p.p.¹¹

Nondimeno, non rinvenendosi nell'art.179 c.p.p. riferimenti a siffatta ipotesi, occorre ritenere che la ravvisata nullità non sia assoluta, bensì d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' (art.180 c.p.p.).¹²

Come tale, essa, oltre a soggiacere ai generali termini di deducibilità di cui all'art.180 c.p.p., non può essere eccepita dalle altre parti, per carenza d'interesse ex art.182 co.1 seconda parte c.p.p., e non può essere eccepita in udienza dall'interessato che abbia in precedenza dato luogo alla predisposizione del collegamento a distanza, per aver egli concorso a dare causa alla nullità medesima ex art.182 co.1 prima parte c.p.p.

¹⁰ Cass., Sez.I, sent. 27-5-2016, n.47195.

¹¹ L'art.178 lett. c) c.p.p. si riferisce testualmente all'imputato; l'art.61 co.1 c.p.p. ne estende la portata all'indagato; l'art.127 co.5 c.p.p. ne estende la portata agli interessati alla camera di consiglio, a sua volta paradigma alla base del procedimento contemplato dall'art.666 c.p.p., a sua volta richiamato dalle norme in materia di sorveglianza e prevenzione.

¹² In tal senso Cass., Sez.IV, sent. 12-04-2018, n.22039, secondo cui «il provvedimento con cui il giudice dispone la partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento, fuori dei casi previsti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'[art. 180 c.p.p.](#), in quanto relativa all'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato, di cui all'[art. 178, comma 1, lett. c\), c.p.p.](#), e pertanto, quando la parte vi abbia assistito, tale nullità deve essere eccepita nei termini di cui all'[art. 182, comma 2, c.p.p.](#)».

E, soprattutto, essa va immediatamente eccepita in udienza ex art.182 co.2 prima parte c.p.p. ed è sanata dall'eventuale rinuncia ex art.183 co.1 lett. a) c.p.p., il che sembra dunque poter aprire la strada alla possibile attuazione concordata di atipiche forme di collegamento a distanza.

Ed a maggior ragione possono ritenersi valide le ipotesi in cui l'interessato abbia consentito espressamente al collegamento atipico da remoto. In tal caso, oltre alle sanatorie appena menzionate, è la stessa non necessarietà della sua partecipazione al procedimento ad assumere – a parere di chi scrive – rilievo corroborante: in altre parole, se l'interessato ha la facoltà di scegliere se partecipare o meno al procedimento, nulla sembra ostare al riconoscimento dell'esistenza, in capo allo stesso, della facoltà di prediligere eventuali modalità alternative e atipiche di partecipazione (nella specie, a distanza), che – per quanto possano a taluno apparire poco effettive o poco partecipative – sono senz'altro un qualcosa in più rispetto all'assoluta mancata partecipazione.

Certamente però – e questo non è tema su cui può prevalere alcun principio dispositivo – occorre che l'identità e la libertà d'autodeterminazione dell'interessato siano certe e garantite,¹³ di tal che non potrebbe ritenersi legittimo un collegamento da remoto senza la presenza *in loco* di un pubblico ufficiale che ciò attesti. O meglio, siffatto collegamento senza attestazione non potrebbe in realtà considerarsi neanche 'esistente' e ciò, evidentemente, esclude in radice la possibilità di rinunce, consensi e sanatorie, proprio per l'insanabile incertezza che ne deriverebbe in ordine a identità e capacità del soggetto collegato.

Ai fini di effettuare un collegamento in presenza di idoneo pubblico ufficiale, si potrebbero prediligere caserme o stazioni C.C. o similari,¹⁴ senza comunque escludere la giuridica possibilità che il collegamento avvenga presso la stessa abitazione dell'interessato, ove egli acconsenta all'ingresso di personale pubblico finalizzato alle richieste attestazioni.¹⁵

Inoltre, va assicurata all'interessato la possibilità di avere contatto audio riservato con il proprio difensore, ove fisicamente posto in luogo differente.

¹³ Tale garanzia è assicurata, nell'ordinaria videoconferenza, dall'art.146 bis co.6 disp. att. c.p.p., non richiamato dall'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18 sol perché i soggetti contemplati dal predetto art.83 sono ben noti, controllati e ristretti in istituto, con conseguente affievolimento della corrispondente esigenza attestativa rispetto alla prevalente necessità di celerità e distanziamento sottesa all'esistenza stessa dell'art.83 cit.

¹⁴ Del resto, già la giurisprudenza formatasi in ordine all'operatività dell'art.146 bis co.6 disp. att. c.p.p. ha avuto modo di evidenziare come la mancanza di ausiliario abilitato, e la sua sostituzione con altro pubblico ufficiale, non integri alcuna ipotesi di nullità (Cass., Sez.I, 1-7-2002, n.25053).

¹⁵ Dal presente scritto esula qualsiasi considerazione in ordine ad opportunità ed economicità delle prospettate possibilità di collegamento, anche perché trattasi di discorsi a sé stanti, strettamente legati al peculiare periodo d'emergenza epidemiologica: in questa sede si affronta la sola questione della possibilità giuridica delle varie ipotesi.

Del resto, lo stesso art.3 della succitata nota D.G.S.I.A. n.3413 del 10-3-2020, ha in ogni caso escluso la possibilità del ricorso ai collegamenti da remoto diversi dalla videoconferenza ("Skype for Business" e "Microsoft Teams") «*laddove...sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore*»: in proposito, pur dovendosi riconoscere che il tenore testuale della previsione sembra categorico nell'escludere a monte l'utilizzo di "Skype for Business" e "Microsoft Teams" in tale ipotesi, nondimeno sembrerebbe poter esservi spazio per interpretare la previsione nel senso, più elastico, di consentire l'utilizzo di tali strumenti digitali alternativi allorché la predetta fonia riservata sia comunque garantita mediante ulteriori ausili, quale – ad es. – separato collegamento telefonico (se non altro perché, diversamente opinando, ne deriverebbe la sostanziale abrogazione implicita di buona parte dello stesso art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, la cui portata verrebbe invero in larga misura annientata). Peraltro, ogni questione in proposito rientrerebbe comunque nello spettro di cui all'art.178 lett.c) c.p.p., con relativo regime di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità ex artt.180, 182 e 183 c.p.p.

Per concludere, un cenno a parte meritano figure 'intermedie' quali quelle dell'interessato agli arresti domiciliari o in detenzione domiciliare. Sembra, in tali ipotesi, potersi direttamente applicare la disciplina dell'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, senza operazioni interpretative di stampo analogico o estensivo, atteso che: quanto al primo, l'art.284 co.5 c.p.p. lo considera espressamente in custodia cautelare e, quanto al secondo, è la stessa dizione normativa a qualificare come «*detenzione*» il suo stato (senza contare che risponde di evasione ex art.385 c.p. colui che vi si sottragga).

Ovviamente, valgono in relazione ad essi le medesime considerazioni logistiche appena svolte a proposito di certezza su identità e libertà d'autodeterminazione ed a proposito di garanzia di fonia riservata con il proprio difensore.

2.2 Difensore.

Problemi in parte analoghi, ed in parte più spinosi, sono posti dalla figura processuale del difensore dell'interessato (come sopra inteso).

Innanzitutto, nonostante non sembri esser mai stata prevista (né dall'art.146 bis cit., né dall'art.83 co.12 cit.) la sua partecipazione a distanza da luogo diverso dall'aula d'udienza e dal sito di collegamento dell'assistito,¹⁶ va tuttavia rilevato che la previsione del co.4 bis del predetto art.146 bis consente alle varie «*parti e ai loro difensori di intervenire a distanza*» (a proprie spese) in tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo.

¹⁶ L'espresso riferimento al difensore, contenuto nel co.4 dell'art.146 bis cit., richiamato dall'art.83 co.12 cit., gli consente di essere presente nel luogo dove si trova l'assistito.

Ora, se si predilige una lettura organica e sistematica, non legata alla logica dell'emergenza,¹⁷ il fisiologico significato del predetto co.4 bis non può prescindere dal contesto normativo in cui esso è andato a fondersi. E tale contesto normativo ha come oggetto la sola videoconferenza 'tradizionale', attuata ed attuabile con ben specifici strumenti nell'esclusiva disponibilità dei soli istituti a ciò preposti. Così ragionando, sembra non esservi spazio per interpretazioni più ampie rispetto a quella testuale: il comma *de quo*, nei processi in cui è stato disposto il collegamento in videoconferenza dell'imputato, consente alle altre parti private di chiedere al giudice di partecipare anch'esse a proprie spese in videoconferenza, ed i loro difensori possono in tal caso partecipare accanto a loro (come previsto dal co.4) anziché nell'aula d'udienza.

Se, invece, si predilige un'interpretazione dinamica del co.4 bis in questione, partendo dal dato normativo attuale (art.83 co.12 cit.) che estende il concetto di videoconferenza a fenomeni di collegamento da remoto più agili e anche 'casalinghi', lo si potrebbe intendere come legittimante parti e difensori, anche indipendentemente le une dagli altri, a partecipare a distanza (ognuno da autonomo sito, eventualmente anche dallo studio professionale) al procedimento in corso. Rimarrebbe, però, l'ostacolo rappresentato dal fatto che il predetto co.4 bis non è richiamato dall'art.83 co.12 cit. e tale scelta non può apparire casuale, dato che il medesimo art.83 co.12 richiama tutti i commi 3, 4 e 5 dell'art.146 bis, saltando proprio il co.4 bis. In ogni caso, tale mancato richiamo potrebbe anche non risultare decisivo nella risoluzione della presente questione, in virtù dei rilievi sul coordinamento fra norme sviluppati nel paragrafo successivo a proposito delle facoltà delle parti private.

A qualunque conclusione si ritenga di giungere, occorre in ogni caso tenere presente che il ricorso al co.4 bis non consentirebbe di chiudere completamente il cerchio, attuando una piena equiparazione tra 'smaterializzazione' dell'interessato e 'smaterializzazione' del difensore, poiché lo schema disegnato dal suddetto comma è attuabile solo a richiesta di parte, di tal che esso non può essere deciso ed imposto dall'autorità giudiziaria, come invece accade per tutte le altre modalità di collegamento in videoconferenza o da remoto positivamente disciplinate.

E a questo punto, volendo considerare *contra legem* l'ipotizzato autonomo collegamento da remoto del difensore, occorre verificarne le conseguenze. Qui il tenore dell'art.179 c.p.p. è meno indulgente rispetto agli altri soggetti processuali, prevedendo come nullità assoluta ed insanabile (rilevabile in

¹⁷ Va tenuto presente che il comma in questione è stato introdotto in un ordinario contesto normativo, anteriore alla decretazione d'urgenza, ed è destinato ad operare in via generale e permanente nel sistema, nel quale va dunque calato con ragionevolezza ed armonia.

ogni stato e grado del procedimento) l'assenza del difensore nei casi in cui ne sia obbligatoria la presenza.

Ora, poiché, nel caso del difensore, il dettato del codice fa riferimento al concetto fisico di «*presenza*»,¹⁸ laddove altrove, riguardo ad altri soggetti, si riferisce più genericamente agli immateriali concetti di «*intervento*»¹⁹ o «*partecipazione*»,²⁰ sembra doversi propendere per un'interpretazione rigida della norma in questione, che conduce a ravvisare nullità assoluta in caso di atipico e non previsto collegamento da remoto del difensore stesso. Del resto, lo scrupolo dimostrato dal legislatore nel disciplinare puntualmente la collocazione fisica del difensore nel co.4 dell'art.146 bis disp. att. c.p.p. sembra confermare ulteriormente l'estrema rilevanza attribuita dal codice di rito al luogo di materiale presenza del difensore medesimo rispetto all'udienza.²¹

Le conseguenze di siffatta impostazione sono note ed evidenti, e conducono alla perfetta irrilevanza di eventuali consensi o rinunce.

Qualora, invece, si propendesse per una concezione meno 'fisica' della garanzia apprestata dall'art.179 c.p.p., allora la nullità ravvisabile sarebbe quella – meno severa – prevista dall'art.178 lett.c) c.p.p. per le violazioni inerenti l'assistenza e la rappresentanza dell'interessato, con tutto ciò che ne conseguirebbe in tema di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni ex artt.180, 182 e 183 c.p.p. (secondo quanto già esposto nel paragrafo precedente), e con tutte le già illustrate avvertenze in tema di certezza su identità e libertà d'autodeterminazione, nonché garanzia di fonia riservata.²²

Meno drammatica, infine, è la situazione che si crea allorquando la presenza del difensore sia meramente facoltativa: in tal caso, infatti, analogamente a quanto osservato nel paragrafo precedente, poiché è sua facoltà scegliere se partecipare o meno al procedimento, nulla sembra ostare al riconoscimento dell'esistenza, in capo allo stesso, della facoltà di prediligere eventuali modalità alternative e atipiche di partecipazione (e, soprattutto, non ricorrono le condizioni di operatività dell'art.179 c.p.p.).

¹⁸ Tale è il tenore testuale dell'art.179 c.p.p.

¹⁹ Come nel caso delle parti private (art.178 lett.c) c.p.p.).

²⁰ Come nel caso del pubblico ministero (art.178 lett. b) c.p.p.).

²¹ Un interessante spunto in materia potrebbe derivare da Cass., SS.UU., 26-3-2015, n.24630, che, in tema di nullità assoluta per assenza del difensore, ha sancito espressamente il «diritto dell'imputato di scegliere le modalità della propria difesa, riconosciuto anche dall'articolo 6, comma 3, lettera c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

²² Con la precisazione che, nel caso del difensore, non sembrano attuabili (poiché non previste) forme, pur da taluno proposte, di auto-attestazione delle necessarie condizioni da parte del difensore medesimo, di tal che non sembra attuabile un collegamento da remoto del difensore 'in solitaria'.

2.3 Pubblico ministero e altre parti private.

Quella del p.m. potrebbe apparire la figura che crea i minori problemi applicativi.

Andando per ordine: alla luce della giurisprudenza sin qui esaminata, la 'dematerializzazione' del rappresentante della pubblica accusa mediante suo collegamento da remoto, in quanto non prevista da alcuna norma processuale, dovrebbe condurre alla nullità sancita dall'art.178 lett. b) c.p.p. E, alla luce dei già esposti argomenti, analogamente a quanto osservato a proposito dell'imputato (e affini), non rinvenendosi nell'art.179 c.p.p. riferimenti a siffatta ipotesi, occorre ritenere che la ravvisata nullità non sia assoluta, bensì d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' (art.180 c.p.p.).²³

Ciò posto, dovrebbero valere in relazione al p.m. le medesime considerazioni già svolte in tema di disponibilità – in capo all'imputato – del proprio diritto di partecipazione all'udienza (rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni ex artt.180, 182 e 183 c.p.p.), di tal che potrebbe apparire quanto mai semplice la collaborazione tra Ufficio e Procura al fine di attuare ogni agile e snella forma di collegamento a distanza, a prescindere dall'eventuale consenso o dissenso delle altre parti, in virtù del filtro imposto alle loro eccezioni dal riferimento all'interesse contenuto nell'art.182 co.1 seconda parte c.p.p.

Del resto, è già recepito in giurisprudenza il principio della possibile e legittima decontestualizzazione della partecipazione del p.m. al contraddittorio in essere, come – ad es. – nelle pronunce che riconoscono la possibilità di 'cartolarizzarne' l'intervento al posto della sua partecipazione all'udienza.²⁴

Senonché, a tutto ciò potrebbe frapporsi la peculiare funzione pubblica svolta dal p.m., quale parte *sui generis* (in quanto non portatrice di un proprio privato interesse), che rende configurabile un possibile interesse delle parti private ad eccepire vizi inerenti la sua partecipazione al procedimento: peraltro, non mancano pronunce in questo senso.²⁵

Sul punto, decisiva può essere la distinzione tra procedimenti a partecipazione necessaria e procedimenti a partecipazione eventuale: nel secondo caso, difficilmente le parti private potranno dolersi dell'atipica

²³ In tal senso Cass., Sez. I, 18-6-2013, n.35615, che tale ipotesi di invalidità riconnette ai vizi inerenti la partecipazione del p.m.

²⁴ Cass., Sez. I, 24-1-2019, n.12660 sostiene infatti che, in materia d'esecuzione, «qualora il giudice, intenda procedere al di fuori dell'udienza instaurando un contraddittorio soltanto cartolare, deve assicurare un'effettiva partecipazione del pubblico ministero e, pertanto, può provvedere soltanto dopo che sia decorso il termine minimo di dieci giorni, previsto dall'[art. 666, comma 3, c.p.p.](#), tra l'avviso di fissazione dell'udienza ed il suo svolgimento».

²⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 17-2-1997, n.1142, secondo cui, in materia d'esecuzione, «l'assenza del p.m. all'udienza camerale prevista dall'art. 666 c.p.p. non è causa di nullità assoluta ed insanabile e deve, pertanto, essere dedotta dalla parte privata che intenda dolersene e che sia presente, entro il termine fissato dall'art. 182 comma 2 c.p.p.».



partecipazione a distanza del p.m., essendo rimessa alla sua esclusiva discrezionalità la scelta se partecipare o meno.

Quanto, infine, al collegamento da remoto di tutte le altre parti private, non sembrano porsi questioni differenti da quelle sin'ora esaminate, attesa la previsione comune di cui al citato art.178 lett. c) c.p.p. (che equipara la partecipazione dell'imputato a quella delle altre parti private) e tenuto peraltro conto che, allorquando la parte privata sia impersonata da soggetto detenuto, internato o in custodia cautelare, si applica *de plano* al predetto la disciplina dell'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, non confinata al solo protagonista passivo del procedimento.

Per contro, ciò che merita in questa sede sottolineare è che l'art.83 co.12 cit., nel richiamare l'art.146 bis co.3, 4 e 5 disp. att. c.p.p., non ne richiama anche il co.4 bis (riferito appunto alle altre parti diverse dall'imputato).

Quindi, in relazione ai soggetti-parti private non detenuti o internati, né in custodia cautelare, se ne potrebbe dedurre che è a loro preclusa la possibilità di collegarsi con mezzi diversi dall'ordinaria videoconferenza, pur allorquando tale possibilità sia data dallo stesso art.83 co.12 cit. all'imputato detenuto, magari nello stesso procedimento: la *ratio* di siffatta differenziazione non appare peregrina, potendo ragionevolmente ritenersi che la norma abbia voluto tenere distinta la figura del soggetto *in vinculis* da quella del soggetto libero, intendendo favorire la delocalizzazione digitale solamente del primo (perché maggiormente sentita l'esigenza di ridurre al minimo i contatti esterni per la popolazione carceraria o comunque ristretta in istituto).

Non può però ignorarsi l'esistenza di una diversa (e più possibilista) chiave di lettura.

Poiché l'art.146 bis cit. si riferisce fisiologicamente alla sola partecipazione a distanza dell'imputato, l'introduzione in esso del citato co.4 bis ha avuto la funzione di estendere alle altre parti private (a loro spese) la relativa disciplina; viceversa, poiché l'art.83 co.12 cit. si riferisce indistintamente a qualsiasi soggetto e parte, un eventuale richiamo da parte sua al citato co.4 bis sarebbe apparso superfluo ed ultroneo, oltre che potenzialmente fuorviante, perché avrebbe rischiato di creare confusione circa la spettanza dell'onere economico del collegamento digitale alternativo relativo alla parte privata *in vinculis* (che l'art.83 co.12 cit. presuppone essere a carico del procedimento e il co.4 bis pone invece a carico della parte).

Una considerazione conclusiva in relazione alla validità della 'remotizzazione' delle parti private riguarda poi la sostanziale irrilevanza del carattere necessario o eventuale della loro partecipazione al procedimento, poiché sarebbe comunque rimessa alla loro esclusiva disponibilità – per quanto *supra* osservato – ogni possibile doglianza sul punto.

2.4 Giudice.

Last but not least, va affrontata una questione che, prima dell'avvento della triste pandemia, difficilmente sarebbe stata sollevata, a parità di contesto normativo.

E' abbastanza chiaro che le ormai più volte richiamate disposizioni in materia di collegamento da remoto (dall'art.146 bis all'art.83 co.12 cit.) non prendano in considerazione l'ipotesi di 'delocalizzazione' dello stesso giudice rispetto all'aula d'udienza.

Neanche il citato d.l. 17-3-2020 n.18 ha inteso derogare a tale sistema, pur essendosi fatto carico di attuare e consentire nel settore civile un efficace modello di udienza virtuale, mediante le previsioni di cui all'art.83 co.7 lett. f) ed h), così confermando la scelta dell'Esecutivo di non intervenire nel settore penale.

Ciò premesso, ci si è chiesti – come per gli altri soggetti – se l'irregolare attuazione di un'eventuale 'remotizzazione' del giudice penale possa creare danni irreparabili o, semplicemente, invalidità suscettibili di sanatoria.

A parere di chi scrive, nell'attuale contesto penale, ivi compresa la recente decretazione d'urgenza, attesi gli odierni numerosi riferimenti normativi alla fisicità e materialità dell'aula d'udienza, alla sua disciplina ed ai connessi poteri di polizia, si può in astratto ipotizzare il collegamento da remoto di qualunque soggetto, ma – allo stato – non del giudice: rischierebbe di venire a mancare la nozione stessa di 'esistenza' di qualsiasi atto del procedimento. Peraltro, non può sottacersi che l'art.126 c.p.p. prevede la necessaria assistenza del giudice, in ogni atto, da parte di idoneo ausiliario, il quale deve provvedere alla relativa verbalizzazione ex art.135 c.p.p. (sebbene la giurisprudenza, galantemente, sia da tempo orientata nel senso di considerare mera irregolarità la mancanza dell'ausiliario e della relativa sottoscrizione del verbale).²⁶

Certo, si potrebbe provare a invertire i termini della questione, e replicare che può considerarsi aula d'udienza qualunque luogo fisico da cui il giudice, con accanto il proprio ausiliario, si colleghi: del resto, se si consente la delocalizzazione di tutte le parti, pubbliche e private, potrebbe divenire in effetti alquanto irrilevante che il giudice e l'ausiliario siedano in aula piuttosto che altrove (e salvo l'intervento di testimoni o altri soggetti terzi, che meriterebbero un discorso a parte).²⁷

In tale ottica, non sarebbe il giudice ad essere assente, bensì sarebbe semplicemente l'aula d'udienza a non essere quella istituzionale.

²⁶ Cass., Sez.IV, 11-2-1998, n.3352.

²⁷ Lo stesso modello di udienza virtuale previsto dall'art.83 co.7 lett. f) d.l. 17-3-2020 n.18, in relazione al processo civile, ha un'operatività limitata alle sole udienze che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti (e quello di cui alla lett.h), praticamente 'cartolarizzato', è limitato ai soli difensori delle parti).

Probabilmente (e salva una miriade di implicazioni di altra e diversa natura), ciò non inciderebbe negativamente sull'esistenza degli atti, né sulle condizioni di capacità del giudice rilevanti ai fini della configurabilità di nullità assolute ex artt.179 e 178 lett.a) c.p.p.

Ne potrebbe derivare semmai una nullità d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' ex art.178 lett.b) e c) c.p.p., per l'avvenuto illegittimo trasferimento dell'aula d'udienza, potenzialmente idoneo ad incidere sulla partecipazione al procedimento di tutte le parti, le quali, a loro volta, sarebbero soggette ai già evidenziati criteri di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni ex artt.180, 182 e 183 c.p.p. (vd. *supra*).

Nel percorrere siffatto cammino inesplorato, occorrerebbe però tener presenti dei limiti dirimenti.

Innanzitutto, una simile impostazione si mantiene coerente con i propri stessi presupposti solo ove si attui una 'smaterializzazione', mediante collegamento da remoto, di tutte le parti processuali, poiché altrimenti sarebbe nuovamente il giudice (e non le parti) a non essere presente in aula.

In secondo luogo, l'ipotizzata udienza virtuale non potrebbe comunque condurre all'individuale separazione fisica dei componenti di un eventuale organo giudicante collegiale, poiché altrimenti – per quanto anzidetto – si dovrebbe assistere ad abnormi sdoppiamenti degli ausiliari e, ciò che è ancor meno concepibile, delle aule.

Infine, l'ipotetico ragionamento in esame potrebbe valere solo per i procedimenti in camera di consiglio e per quelli a porte chiuse (che dovrebbero comunque essere la regola in periodo di pandemia, ex art.83 co.5 e 7 lett.e) d.l. 17-3-2020 n.18), non potendo ovviamente ipotizzarsi trasferimenti *ad libitum* dell'aula di udienza pubblica.²⁸

Pertanto, a ben vedere, tutto ciò considerato, sembra che la delocalizzazione del giudice penale si riveli in definitiva, se praticabile, comunque a tutt'oggi ancora poco utile in ragione di tutti i suesposti limiti, da potersi superare solo con opportuna novella (anche d'urgenza) in materia.

3. Comunicazioni e notificazioni.

Altra rilevante innovazione dettata dall'emergenza riguarda le comunicazioni e le notificazioni relative agli avvisi ed ai provvedimenti adottati nei procedimenti penali ai sensi dell'art.83 d.l. cit.: esse, ai sensi del co.14 del predetto art.83, ove indirizzate agli imputati ed alle altre parti, «*sono eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia, ferme restando le notifiche che per legge si effettuano presso il difensore d'ufficio*».

²⁸ Salvo ipotizzare, nei casi di pubblica udienza, trasmissioni in diretta e/o streaming dell'attività processuale su media di vario tipo, il che implicherebbe però inversi problemi di privacy nei confronti dei soggetti interessati, secondo i dettami dell'art.147 disp. att. c.p.p.

E' un'innovazione d'urgenza quanto mai felice ed opportuna, anche e se non altro per dare respiro alle cancellerie, in questo periodo subissate da ingestibile mole di provvedimenti (per lo più di rinvio) da comunicare e notificare alle varie parti.

Anche sotto questo profilo, però, il *soft-law* in agguato ha preso strade pericolose.

La prima tentazione, in alcuni uffici, è stata quella di dilatare oltremodo, in via protocollare, il nuovo riferimento normativo al difensore d'ufficio, onerando anche quest'ultimo (al pari del difensore di fiducia) dell'incombente di ricevere in ogni caso via PEC le notificazioni per l'assistito, da informare poi a sue spese e cure. Orbene, in queste ipotesi di indiscriminata investitura del difensore d'ufficio, si è senz'altro di fronte ad una notificazione nulla, come osservato da condivisibile giurisprudenza secondo cui «la qualità del rapporto intercorrente tra questi e l'imputato non consente alcuna presunzione fisiologica di concreta conoscenza da parte del secondo».²⁹ Rimangono ovviamente valide, come del resto precisato (pleonasticamente) dallo stesso art.83 cit., le notificazioni effettuate presso il difensore d'ufficio nei casi già previsti dalla legge (come, ad es., nel caso di domiciliamento presso di lui ex art.161 co.1 c.p.p. o in caso di domiciliamento inidonea ex art.161 co.4 c.p.p.).

La seconda tentazione, più *soft* (in quanto rappresenta una variante temperata della prima), sempre in tema di difesa d'ufficio, è stata quella di considerare superflua la notificazione del rinvio all'imputato nei cui confronti si sia già instaurato il rapporto processuale a seguito di costituzione delle parti: in altre parole, riconoscendo che l'art.83 co.14 cit. non ha attribuito al difensore d'ufficio alcun nuovo ruolo in tema di notificazioni, si è sostenuto che, nondimeno, in tutti i processi in cui l'imputato sia già stato dichiarato presente o assente, egli è comunque rappresentato dal difensore e, quindi, l'avviso del rinvio ben potrebbe esser notificato al solo difensore che lo rappresenta, anche se d'ufficio. Orbene, anche in questi casi, ad avviso di chi scrive, si è di fronte ad una notificazione nulla, poiché è ben vero che, a mente dell'art.420 bis co.3 c.p.p., l'imputato assente o già presente è rappresentato dal difensore, ma è anche vero che siffatta norma mirata e speciale va riferita alla sola attività (ed ai soli avvisi) d'udienza, e non certo a tutte le comunicazioni estranee all'udienza medesima, atteso il chiaro riferimento testuale dell'art.420 bis c.p.p. alla sola attività svolta innanzi al giudice («*il giudice procede*»). Del resto, l'art.148 co.5 c.p.p. è chiaro nel prevedere che le notificazioni possano essere sostituite solo da avvisi ai presenti in udienza (dovendo esserne fatta menzione nel verbale). Peraltro, diversamente opinando, si dovrebbe giungere all'inaccettabile conclusione che l'instaurazione di ogni processo travolgerebbe il senso e significato di

²⁹ Cass., Sez.III, 8-10-2019, n.2196.

qualunque elezione o dichiarazione di domicilio, in contrasto con gli attuali principi – anche convenzionali – in tema di conoscenza e conoscibilità del procedimento, nonché in contrasto con la stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite che, a proposito della portata dell'art.157 co.8 bis c.p.p., riguardante addirittura il difensore di fiducia, ne ha subordinato l'operatività, appunto, all'assenza di una dichiarazione o elezione di domicilio.³⁰

Sembra, dunque, inevitabile, in caso di difesa d'ufficio, dover notificare all'assistito, nelle ordinarie forme di legge, ogni avviso e provvedimento adottato nei procedimenti penali ai sensi dell'art.83 d.l. cit. Né sembrano praticabili soluzioni alternative, eventualmente concordate con C.O.A., Camere penali o altro, in quanto eventuali nullità prodotte da prassi difformi e *contra legem* non potrebbero certo essere sanate da condotte che prescindano dal consenso o dalla conoscenza dell'assistito medesimo.

E tornando, invece, alla nuova ipotesi di notificazione via PEC al difensore di fiducia, non sembra che essa desti particolari perplessità: trattasi, in sostanza, di una sorta di rinvigorismento del già promulgato art.157 co.8 bis c.p.p., sfrondata della limitazione rappresentata dalla possibilità di rifiutare la notifica e liberato dal succitato depotenziamento giurisprudenziale inerente l'avvenuta elezione o dichiarazione di domicilio. In altre parole, l'attuale dicitura, per il suo carattere perentorio ed assoluto, sembra non poter soffrire di deroga alcuna, né in caso di domicilio dichiarato o eletto, né in caso di assistito detenuto, né altro.

E quanto al numero di copie dell'atto da notificare via PEC al difensore di fiducia ex art.83 co.14 cit., sembra attagliarsi agevolmente al caso la giurisprudenza già formatasi a proposito di doppia notifica al difensore domiciliatario, secondo cui «in tema di notificazione al difensore mediante posta elettronica certificata (c.d. pec), l'invio dell'atto da notificare in un'unica copia al difensore, sia in tale qualità sia in quanto domiciliatario dell'imputato non dà luogo a nullità».³¹

Concludendo, va osservato che potrebbe destare qualche perplessità la previsione di questa sorta di interruzione legale della conoscenza della progressione del procedimento ai danni dell'interessato, nel caso in cui egli abbia eletto o dichiarato domicilio presso luogo diverso dal difensore di fiducia (poiché, in sostanza, a un certo punto, il procedimento viene differito senza che egli riceva notizia del differimento e comunicazione alcuna della data del prosieguo, rimanendo 'nelle mani' del difensore di fiducia); nondimeno, anche in virtù della peculiare ottica dell'attuale periodo d'emergenza, sembra proprio potersi ragionevolmente riporre giuridico

³⁰ Cass., SS.UU., 27-3-2008 (dep. 15-5-2008), n.19602

³¹ Cass., Sez.II, 17-1-2019, n.8887.



affidamento sulla consistenza del rapporto fiduciario intercorrente tra difensore ed assistito.

A questo punto, non resta che aggiungere un grande in bocca al lupo a tutti, con l'auspicio che, nelle more della pubblicazione di questi appunti, l'Esecutivo abbia varato nuove norme processuali volte a favorire, nell'attuale fase emergenziale, l'utilizzo di ogni possibile modalità di svolgimento dell'udienza penale da remoto, così da dissolvere ognuno degli evidenziati ostacoli e rendere il presente scritto nulla più che una sorta di promemoria per l'ordinario processo nei tempi a venire...