

18. *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità.* Atti del Convegno, Palermo 1-2 dicembre 2006 (2008).
19. *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti.* Atti del Convegno, Milano 5-7 ottobre 2007 (2009).
20. *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso.* Atti del Convegno, Torino 26-27 settembre 2008 (2010).
21. *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti.* Atti del Convegno, Lecce 23-25 ottobre 2009 (2012).
22. *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale.* Atti del Convegno, Bergamo 24-26 settembre 2010 (2013).
23. *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità.* Atti del Convegno, Roma 27-29 settembre 2012 (2014).
24. *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali.* Atti del Convegno, Trento 11-13 ottobre 2013 (2014).
25. *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea.* Atti del Convegno, Milano 24-26 ottobre 2014 (2015).
26. *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso.* Atti del Convegno, Cagliari 29-31 ottobre 2015 (2016).
27. *Investigazioni e prove transnazionali.* Atti del XXX Convegno nazionale, Roma, 20-21 ottobre 2016 (2017).
28. *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi.* Atti del XXXI Convegno nazionale, Campobasso, 13-14 ottobre 2017 (2018).

IMPUTAZIONE E PROVA NEL DIBATTIMENTO TRA REGOLE E PRASSI

ATTI DEL XXXI CONVEGNO NAZIONALE

Campobasso, 13-14 ottobre 2017

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

centro di documentazione e distribuzione Giuffrè



GIUFFRÈ EDITORE

ROBERTO E. KOSTORIS

IN RICORDO DI ALFREDO MOLARI

Alfredo Molari, Dino, come lo chiamavamo in molti, è scomparso dieci mesi fa, poco dopo il nostro precedente Convegno, all'età di ottantotto anni. Questa è dunque la prima occasione ufficiale che abbiamo per ricordarlo. A Padova lo faremo in modo speciale il prossimo 7 novembre, in un incontro che ho organizzato all'Università in Sua memoria. Ma questo è il Convegno annuale dell'Associazione ed è quindi la giusta sede per tracciarne un sia pur sintetico profilo, anche a beneficio dei molti giovani che non hanno avuto occasione di conoscerlo. Bisognerebbe, anzi, riprendere il suggerimento che aveva giustamente avanzato alcuni anni fa Giovanni Conso di scrivere una storia recente della Procedura penale italiana, prima che la memoria del passato vada completamente dispersa, e, con essa, anche un pezzo delle nostre radici.

Parliamo, dunque, di Dino Molari, che è stato — e questa è forse la sintesi migliore per coglierne globalmente la figura — uno degli ultimi rappresentanti di quella felice generazione di studiosi *in utroque* in grado di dominare con pari capacità il diritto penale sostanziale e processuale.

Molari nasce penalista alla scuola di Giuseppe Bettiol. Anzi, pochi lo sanno, ma, per la verità, il suo esordio è addirittura da civilista, essendosi laureato a Padova con Luigi Carraro; per qualche tempo fa l'avvocato 'comparsista', come egli stesso raccontava e appena in un secondo momento si avvicina a Bettiol e al diritto penale. Quell'imprinting civilistico lascerà però il segno, contribuendo ad affinare in lui un gusto particolare per l'analisi dei congegni normativi; quell'acribia che Bettiol aveva definito — con termine tutt'altro che spregiativo per un fine esegeta normativo qual'era Molari — da "orologiaio".

Al diritto penale Molari dedica tutta la sua brillante attività di ricerca giovanile, che trova coronamento in due importanti monografie: "La tutela penale della condanna civile" del 1960 e "Profili dello stato di necessità" del 1964. La prima, in cui si colgono le tracce dei suoi originari interessi civilistici, sia pur declinati sul versante del processo, affronta un tema difficile, di confine, ricostruendone pregevolmente il quadro dei presidi penalistici; il riconoscimento più lusinghiero viene dallo stesso Francesco Carnelutti, che segnala l'opera — *rara avis* — con vivo apprezzamento in quell'autentico *theatrum veritatis* che era la temutissima ru-

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2018

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

INDICE

ROBERTO E. KOSTORIS, <i>In ricordo di Alfredo Molari</i>	1
RENZO ORLANDI, <i>Ricordando Francesco Gianniti</i>	5

Prima sessione

FISSITÀ MUTEVOLE DELL'IMPUTAZIONE

(*Presiede e introduce: Prof. AGOSTINO DE CARO*)

AGOSTINO DE CARO, <i>Introduzione</i>	11
ORESTE DOMINIONI, <i>La formulazione dell'imputazione</i>	15
FABIO CASSIBBA, <i>Vicende dell'imputazione</i>	25
ALFREDO GAFFO, <i>Imputazione e thema probandum</i>	43

Seconda sessione

DINAMICHE ARGOMENTATIVE

(*Presiede e introduce: Prof. RENZO ORLANDI*)

RENZO ORLANDI, <i>Introduzione</i>	55
MARIANO MENNA, <i>Le scansioni del dibattito</i>	59
GIUSEPPE DELLA MONICA, <i>Assunzione della prova dichiarativa e ruolo del giudice</i> . . .	77
HERVÉ BELLUTA, <i>Iniziativa probatoria officiosa</i>	93

Terza sessione

CONTROVERSA EVOLUZIONE DEI PRINCIPI DIBATTIMENTALI

(*Presiede e introduce: Prof. ROBERTO E. KOSTORIS*)

ROBERTO E. KOSTORIS, <i>Introduzione</i>	109
GIOVANNI PAOLO VOENA, <i>Rapporto tra indagini e dibattito</i>	113
GIUSEPPE DI CHIARA, « <i>Come s'uno schermo</i> ». <i>Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici</i>	125
ENNIO AMODIO, <i>Informazione mass-mediata e giustizia penale</i>	151
GIORGIO SPANGHER, <i>Conclusioni</i>	161

GIUSEPPE DI CHIARA

« COME S'UNO SCHERMO ».
PARTECIPAZIONE A DISTANZA, EFFICIENZA,
GARANZIE, *UPGRADE* TECNOLOGICI

1. "Delega anomala" e auspici tecnologici: una premessa. — 2. Dal « sacro circo » all'aula giudiziaria "estesa". — 3. Stratigrafie: origini e percorsi del palinsesto. — 4. I possibili approcci: gli *imprinting*. — 5. Specializzazione sensoriale e immersione nella realtà: chiose. — 6. La videoconferenza: linee tecnologiche. — 7. Le prospettive: il futuro prossimo. — 8. Approccio empirico vs approccio tecnologico? La clinica del diritto: obiezioni, rilievi, dialoghi. Le clausole di flessibilità: verso una discrezionalità responsabile. — 9. Per una conclusione aperta: appunti.

1. La « dimensione interrogativa » — aveva segnalato Antonio Tabucchi — è prerogativa delle entità che non hanno raggiunto un grado di compiutezza, perché — aveva osservato — « è ciò che è palesemente incompiuto che ha diritto a porre domande » ⁽¹⁾. La disciplina della partecipazione a distanza, riforgiata dalla l. n. 103 del 2017, è senza dubbio un'entità che non ha raggiunto un grado di compiutezza, continuando ad apparire, a tutt'oggi, una crisalide. Può, anzi, dirsi che la recente rifondazione degli statuti della partecipazione a distanza, incubata dalla "legge Orlando", ha dato luogo a una debordante palingenesi operata solo per segni normativi, che ha vorticosamente accentuato la dimensione di crisalide del *corpus* della disciplina: allo stato degli atti, un'incompiuta.

Perché, sì, è ben noto che la materia ridisegnata — così tuona il comma 81 dell'articolo unico (pur indicato come art. 1) in cui, dopo il maxiemendamento governativo, si snocciola la riforma Orlando — ha un'applicazione immediata (*id est* dispiega i suoi effetti sin dall'entrata in vigore della legge, dunque dal 3 agosto 2017) per i soggetti detenuti per i più gravi delitti associativi (associazione terroristica, mafiosa, finalizzata al traffico di stupefacenti): ma l'*exceptio*, propiziata da spinte securitarie, assume la veste di una sorta di anticipata prova generale.

La nuova totalizzante *Weltanschauung* della partecipazione a distanza di chiunque sia detenuto per reati "di prima fascia" — ricorrendo i

⁽¹⁾ A. TABUCCHI, *I volatili del Beato Angelico* (1987), 11^a ed., Sellerio, Palermo, 2006, 10.

presupposti di cui al “nuovo” art. 146-bis commi 1, 1-bis e 1-quater disp. att. c.p.p. — inizierà il suo decorso solo dal 4 luglio 2018, atteso che, secondo quanto stabilisce l’art. 1 (unico) comma 81 l. n. 103 del 2017, le nuove norme “acquistano efficacia” dopo una *vacatio* di un anno dalla pubblicazione della legge sulla *Gazzetta Ufficiale*.

La “normalità coatta” della partecipazione a distanza come regola per gli imputati e i dichiaranti detenuti sostanza, così, una sorta di delega anomala: una delega alle scelte tecniche, a chi dovrà predisporre — nel “tempo sospeso” della *vacatio* annuale — le strutture tecnologiche che siano in grado di supportare le “nuove” partecipazioni al processo.

La norma, beninteso, c’è, per intero, sotto il profilo del *dictum* formale, ma è, nella sua sostanza, solo un guscio: cosa esattamente sarà dipende non solo — come sempre — da come verrà interpretata ma, prima ancora, da come il progetto iscritto in quel *logos*, in quei perimetri normativi, transiterà in realtà.

« Realtà », dunque: lemma “difficile”, dalla faticosa decifrabilità testuale, con cui il processualista — il teorico, il clinico — ha un rapporto viscerale, eppure estremamente complesso; lemma su cui dovrà, a breve, tornarsi.

Sovvengono, in tal senso, le pagine esemplari di Delfino Siracusano — siamo alla fondazione del “nuovo” codice — sui rapporti tra il codice e le strutture (2); e, in quel contesto, la raffinata analisi sulle strutture — o sulle carenze di strutture — che modellano il codice, rischiando di risagomarne sul campo le fisionomie.

Qualche precisazione, sin da adesso, è opportuno non tacerla.

Consta che il Dipartimento dell’organizzazione giudiziaria (DOG) del Ministero della Giustizia sta operando con impegno allo scopo di adempiere la “delega anomala” della *vacatio* annuale prevista, dalla “legge Orlando”, per la sola disciplina della partecipazione a distanza: si lavora, anzitutto, stando a quanto pur frammentariamente emerge, alla predisposizione di nuove aule e “salette”, nonché agli *upgrade* degli apparati tecnologici.

Ciò posto, deve d’altronde registrarsi come Via Arenula, in una recente pubblicizzata presentazione alla stampa dei *works in progress* (3), pur dedicando meritoriamente spazio all’informatizzazione del settore penale, non abbia fatto alcun riferimento alle tecnologie per la partecipazione a distanza.

(2) D. SIRACUSANO, *A qualche mese dall’entrata in vigore del nuovo codice*, in *Id.*, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 289 ss.

(3) « Più Giustizia. Più prossima, più innovativa, più rapida, più efficiente. Nuovi progetti, risultati e obiettivi in corso », conferenza stampa del Ministro della Giustizia, 3 ottobre 2017: per la cartella stampa del briefing, completa dei materiali posti a disposizione dei media, cfr. *Più Giustizia. Nuovi progetti, risultati e obiettivi in corso*, in *Giustizia Newonline* (www.giustizia.it), 3 ottobre 2017.

La delibera del 2015 adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura in tema di « Verifica dello stato di informatizzazione del processo penale » (4) dedicava un passaggio “di peso” alla partecipazione a distanza e alla necessità di implementare adeguate infrastrutture: « Si rende ormai necessario » — vi si rimarcava — « nell’ottica di un processo penale telematico, anche attraverso chiari interventi a livello legislativo, consentire una agevole “partecipazione a distanza” delle parti processuali, testimoni, periti, tramite idonei sistemi di “telepresence”, non vincolati a reti dedicate » (5).

Due anni dopo, in sede di presentazione alla stampa delle linee di svolgimento di quell’attuazione operativa, va registrato come il punto rimanga silente, e come ciò accada nella fase cruciale successiva alla pubblicazione della l. n. 103 del 2017. Non sembra un buon segnale, pur se appare congruo concedere un opportuno beneficio di inventario: è possibile si sia trattato soltanto di un effetto del necessario sforzo di sintesi proprio delle presentazioni ai *media* di meri *highlights*, in contesti ove non sono pretendibili indugi analitici di dettaglio. Ma è bene, pur *ad abundantiam*, rammentare a noi stessi come le mitologie, di solito scarsamente fondate, delle riforme “a costo zero” qui davvero, in tema di partecipazione a distanza, siano radicalmente incoltivabili.

2. Albert Einstein aveva studiato il *tempo esteso*: il presente esteso (« l’insieme degli eventi che sono a distanza di tipo spazio da qui ») è considerata « la più grande e strana tra le scoperte » del padre della fisica del XX secolo (6).

Il concetto di *spazio esteso* ha statuti meno inafferrabili e si palesa di rappresentazione più semplice: ci assiste l’esperienza in cui ci troviamo quotidianamente immersi, dalla realtà *tout court* (o, meglio, « reale ») alla realtà « virtuale », che mira a sostituirvisi, alla realtà « aumentata », che tesauroizza il « reale », dilatandolo (7).

Certo, sovviene Nabokov, allorché affermava come « reale » sia lemma che dobbiamo necessariamente adoperare tra virgolette (8), perché

(4) Si tratta della delibera adottata dal *plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura nella seduta del 14 ottobre 2015, il cui testo è consultabile in www.csm.it.

(5) In questi termini l’atto deliberativo citato alla nota precedente, § 5, n. 10.

(6) C. ROVELLI, *L’ordine del tempo*, Adelphi, Milano, 2017, 44 e nota 31.

(7) La letteratura in tema è notoriamente sterminata: qui ci si limita, per le messe a fuoco essenziali, a rinviare anzitutto al cruciale lavoro di P. LÉVY, *Il virtuale* (1995), trad. it., Cortina, Milano, 1997, nonché a C. GALIMBERTI, G. RIVA, *La comunicazione virtuale. Dal computer alle reti telematiche: nuove forme di interazione sociale*, Guerini, Milano, 1997, cui adde almeno T. CANTELM, M. PENSAVALLI, M. MARZOCCA, *Realtà Virtuale ed Aumentata: implicazioni teoriche ed applicative nei contesti educativi e nella clinica*, in *Modelli per la mente*, 2014, n. VI, 9 ss.

(8) V. NABOKOV, *A proposito di un libro intitolato “Lolita”* (1956), in *Id.*, *Lolita* (1955), trad. it., Adelphi, Milano, 1996, 389.

in fondo ciò che ci arriva, che si propaga fino a noi, più che la realtà, è la rappresentazione della realtà, che è pur sempre una meta-realtà.

Nel XVIII libro dell'*Iliade*, il rituale del processo giudiziario era finemente scolpito a sbalzo, sul nuovo rutilante scudo di Achille forgiato nelle fucine di Efesto, sull'asse iconico del *ieròs kyklos* ⁽⁹⁾, il « sacro circo », uno « spazio a parte » in cui la *fysis* del quotidiano è ritualmente trasfigurata; e « rito » — ci ha mostrato Cordero, sulla scorta degli studi linguistici e antropologici ⁽¹⁰⁾ — deriva da *réo*, in greco, e da *fluo*, in latino, la cui radice indoeuropea è *ra-*: una sequenza performativa, che si celebra in uno spazio fisico, pur se alimentato da un « tempo sospeso ». Era questa l'icona del processo giudiziario che aveva accompagnato e nutrito 27 secoli di civiltà occidentale.

Certo, nella plasticità dello scudo di Achille e nella fantasmagorica fisicità situazionale dell'universo antropologico che vi è rappresentato, faticheremmo a trovare il germe di ciò che è accaduto, come portato e segno dei tempi, alla dimensione categoriale dello « spazio sacro » in cui si amministra giustizia.

Muovendo da quel *ieròs kyklos* abbiamo assistito, anzitutto, a uno sviluppo delle modulazioni dello spazio fisico in cui si celebra il processo: dall'Areopago ateniese, ove nel periodo monarchico arcaico siede il collegio delle supreme magistrature dello Stato presiedute dal re, al pretorio in cui il governatore romano dice il diritto in nome di Cesare, ai saloni affrescati delle corti regie, in epoca di monarchie assolute, ove il principe è assiso sul trono, alla sala del Consiglio dei Dieci nel Palazzo Ducale della Serenissima (una macchina scenografica grandiosa e terribile nella sua formidabile potenza comunicativa), alle aule dei più recenti Palazzi di Giustizia; dagli stilemi del ventennio fascista ai manufatti degli anni ottanta e novanta del Novecento; alla dislocazione nei teatri di taluni dibattimenti degli anni cinquanta e sessanta, non ospitabili nelle aule ordinarie a causa del grande richiamo di pubblico (la chiesa di Santa Maria delle Grazie di Montevergini di Palermo, ad esempio, che ospita i grandi processi d'assise, assicurando congrue capienze di pubblico; ma sussistono esperienze più recenti, originate dalla numerosità non tanto del pubblico quanto delle parti civili, come il dibattito per il naufragio della nave Costa Concordia; o suggerite da esigenze eccezionali di sicurezza, unite alla coltivazione di funzioni simbolico-espressive, com'è accaduto per l'aula bunker del carcere dell'Ucciardone, a Palermo, allestita in poco più di due mesi, nell'autunno 1986, per la celebrazione del « maxiprocesso » per antonomasia).

Tutto ciò — la cui storia attende, ancora, di essere scandagliata in profondità — riguarda, tuttavia, ancora le modulazioni fisiche del luogo in

⁽⁹⁾ *Iliade*, XVIII, vv. 497-508.

⁽¹⁰⁾ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, 7.

cui il rito giudiziario si celebra: ne muta l'estrinsecazione di *species* della fisicità, ma è all'interno di quel *range*, il luogo fisico, che *habet corpus*, connotato da precisa univocità geografica, segnabile e cerchiabile, attraverso coordinate tradizionali di geolocalizzazione, su una mappa del territorio.

Oggi — e, per vero, non esattamente da oggi — assistiamo a un fenomeno ben diverso.

Rimane fermo, in verità, un perno di rotazione del *theatrum* nella sua « durezza » di contenitore: lo spazio fisico dell'aula di udienza, nel cui scranno più alto siede il giudice, rimane — almeno a tutt'oggi: tuttavia, atteso il processo che si è innescato, non è certo che questo aspetto permarrà in un futuro remoto — il centro dell'apparato, il suo ancoraggio di sistema.

Ma l'*ubi* fisico, l'antica unità di luogo destinata a ospitare la celebrazione del processo, subisce — esposta da una parte a sopravvenute inedite esigenze empiriche di un *way of life* che vertiginosamente muta, dall'altra agli ancor più vertiginosi sviluppi del progresso tecnologico — una mutazione priva di precedenti della struttura costitutiva della sua materia: il *ieròs kyklos* tende a trasformarsi in *spazio esteso*, e l'aula di udienza non ha più « sede » nella fisicità di uno spazio unico, continuo, segnabile su una mappa, ove gli attori della *performance* giudiziaria siedono, intervengono, si muovono, ma diviene anch'essa *aula di udienza estesa*; la postazione fisica (un tempo) centrale — l'aula ospitata a Palazzo di Giustizia, censita sulla mappa dell'immobile, segnata nei piani antincendio della struttura architettonica — conquista dimensioni nuove componendosi in un *ensemble* che comprende una o più postazioni remote, che dialogano con il *theatrum* centrale attraverso collegamenti costituiti da reti informatiche.

L'aula « estesa », vista dal punto di osservazione dell'aula fisica di Palazzo di Giustizia, dà corpo — potrebbe a un primo sguardo dirsi — a una realtà « aumentata ». Ma si tratta, a ben vedere, di un approccio semplificato e, per qualche aspetto, semplicistico: l'aula « estesa » è, in effetti, il sistema costituito da tutte le postazioni fisiche collegate in rete, per ciascuna delle quali le altre postazioni del *network* sono « remote »; l'aula « estesa » è, pertanto, più propriamente *realtà virtuale*, avuto riguardo alla sua configurazione di concetto « visto dall'alto », nella dimensione unitaria della sua globalità.

Si tratta di salto di qualità ben più cospicuo rispetto all'evoluzione solo fisica dell'aula di udienza nel tempo, che non si limita a modulare il *ieròs kyklos* dello scudo di Achille ma ne riplasma l'essenza, rifondandone gli statuti epistemici, prima ancora che il regime giuridico.

3. È ben noto che l'atto di nascita dell'aula giudiziaria « estesa » non ha data recente: i congegni dell'esame a distanza del collaboratore di giustizia nascono nel 1992, sull'onda lunga delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio (art. 147 *bis* disp. att., introdotto dal d.l. n. 306 del 1992 conv. in

l. n. 356 del 1992)⁽¹¹⁾; sono, in origine, meccanismi “a tempo”, che si estendono, con la novella 1998, pur ancora in via temporanea, alla partecipazione al dibattimento a distanza (art. 146-*bis* disp. att., introdotto dalla l. n. 11 del 1998)⁽¹²⁾; la disciplina verrà, di seguito, sottratta al transeunte e, dunque, stabilizzata nel 2002 (l. n. 279 del 2002)⁽¹³⁾, subendo, adesso, per effetto della l. n. 103 del 2017⁽¹⁴⁾, la più articolata e significativa modifica strutturale della sua storia.

Il sistema è notoriamente imperniato su due istituti, la partecipazione a distanza e il « telesame »⁽¹⁵⁾.

La stratificazione della disciplina, specie con riguardo alla partecipazione a distanza, restituiva, alla vigilia della l. n. 103 del 2017, l'immagine di scelte normative operate all'insegna del ritaglio di casi eccettuati sorretti da un principio di stretta legalità e, perciò, connotati dalla tassatività delle fattispecie interessate: solo nei casi e modi previsti dalla legge, e attraverso dosaggi discrezionali affidati a provvedimenti motivati del

⁽¹¹⁾ Sul primo impianto, varato dalla novella del 1992, cfr., per tutti, A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 147 bis disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Secondo aggiornamento, Utet, Torino, 1993, 306 ss.

⁽¹²⁾ Sulla novella del 1998 cfr., tra gli altri, M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41 bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 159 ss., e L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, a cura di A.A. DALIA e M. FERRAIOLI, Giuffrè, Milano, 1998, 17 ss.

⁽¹³⁾ Sulla stabilizzazione del 2002 cfr., *ex plurimis*, G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino, 2003, 73 ss. Per la ricostruzione ricapitolativa delle problematiche poste dalla partecipazione a distanza cfr., tra gli altri, D. CURTIOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, nonché D. NEGRI, *L'imputato presente al processo: una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. 282 ss.; cfr. altresì la ricca silloge di contributi raccolti in AA.VV., *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. ZAPPALÀ, Giuffrè, Milano, 1999.

⁽¹⁴⁾ Sulla riforma della disciplina della partecipazione a distanza nella novella del 2017 cfr., tra gli altri, A. DE CARO, *Difesa e contraddittorio: gli orizzonti minacciosi e le nuove frontiere*, in *Parola alla difesa*, 2017, n. 2, 126 s.; A. DIDDÌ, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 458 ss.; A. GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *Arch. pen.*, 2018 (www.archiviopenale.it); S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 maggio 2017; *Id.*, *Le nuove norme in tema di partecipazione al dibattimento a distanza*, in *La riforma della giustizia penale*, fascicolo speciale di *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 27 ss.; R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. MARANDOLA e T. BENE, Giuffrè, Milano, 2017, 188 ss.; P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. contemp.*, 31 luglio 2017; S. SIGNORATO, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *Legisl. pen.*, 2017 (www.lalegislazionepenale.eu).

⁽¹⁵⁾ Gli statuti di tale *summa divisio* sono stati, come è noto, nitidamente tracciati da G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 116 ss.

presidente (in via d'urgenza) o del giudice (in via ordinaria), poteva addivenirsi all'attuazione delle modalità tecnologiche di collegamento tra l'aula di udienza e una o più postazioni remote.

I margini di discrezionalità così disciplinati erano posti anche a presidio di esigenze di equo bilanciamento tra interessi contrapposti; il diritto di difesa era — e rimane, *on the book* — salvaguardato in termini di risultato, anche attraverso l'adozione di metodiche di doppio collegamento audio (la prima via comune, la seconda via riservata ai raccordi tra imputato nella postazione remota e difensore in aula), che rendano effettivo il diritto di difesa.

Tutto ciò, appunto, *on the book*, sul piano delle previsioni legali di garanzia.

Le innovazioni del 2017 — cui, qui, si allude sagomando lo sguardo sulla partecipazione e sul « telesame » dibattimentale a distanza, e sorvolando sui singoli dettagli — estendono la partecipazione a distanza a tutti i casi in cui sia coinvolto un soggetto comunque detenuto per reati “di prima fascia”, pur se si tratti di processo diverso rispetto a quello in cui è stato pronunciato il titolo restrittivo o, addirittura, anche se si tratti di testimonianza da rendere in un procedimento civile.

Liddove, dunque, lo *status custodiae* scaturisca, a qualsiasi titolo, da addebiti riconducibili a contenitori di “massima gravità” (artt. 51 comma 3-*bis* o 407 comma 2, lett. a, n. 4, c.p.p.), ovvero si tratti di soggetto sottoposto a programmi o misure di protezione, la partecipazione a distanza diviene la regola, e infatti viene soltanto comunicata all'interessato e al suo difensore, non più decisa dal giudice con provvedimento motivato; la partecipazione “fisica” diviene, pertanto, l'eccezione, che necessita essa di un provvedimento motivato che dimostri le ragioni dell'assoluta necessità della presenza, in aula, del soggetto.

Il perimetro può, d'altronde, ulteriormente dilatarsi a qualsiasi altra fattispecie in cui, « fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-*bis* » dell'art. 146 disp. att., il giudice discrezionalmente disponga, con decreto motivato, la partecipazione a distanza (art. 146 comma 1-*quater* disp. att.).

La giurisprudenza costituzionale già da tempo ha puntato l'accento sull'effettività della tutela del diritto di difesa: nell'accreditato *leading case*⁽¹⁶⁾, la disciplina si è ritenuta compatibile con i valori costituzionali a condizione che assicurati risultati « effettivi » in chiave partecipativa; il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo di custodia — si è rimarcato — « deve essere realizzato con modalità tali da rendere “effettiva”, e dunque concreta e non soltanto “virtuale”, la possibilità di

⁽¹⁶⁾ Si tratta, come è noto, di Corte cost. 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 76 ss., con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, *ivi*, 79 ss.: si è qui annoverata una (invero, nella prassi della Corte costituzionale, piuttosto rara) divaricazione tra il relatore (G. Vassalli) e l'estensore (F. Contri) della pronuncia.

percepire e di comunicare, così saldando intimamente tra loro le potenzialità e 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 » (17).

La norma ha tracciato — osserva ancora la Corte costituzionale — « un esauriente sistema di risultati », imperniato sul « canone della "effettività" »; un « sistema di risultati » che è sigillato, a valle, dal « poterdovere del giudice del dibattimento di effettuare il necessario controllo circa l'impiego di strumenti e modalità tecniche attraverso i quali raggiungere quel livello di effettività partecipativa che il legislatore ha inteso garantire, e di assicurare comunque la piena esplicazione della difesa anche con la presenza dell'imputato nell'aula, quando in concreto quella finalità non sia altrimenti raggiungibile per inadeguatezza del mezzo tecnico » (18).

A non diverse conclusioni è giunta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sviluppatasi, sul punto, all'insegna di un rigoroso principio di effettività. Nel noto arresto del 2006, concernente il ricorso individuale promosso da un cittadino italiano, la Corte ha chiarito che non v'è violazione dell'art. 6 C.e.d.u. se non consta che, in concreto, la partecipazione a distanza abbia posto la difesa in una posizione di concreto svantaggio sostanziale rispetto alle altre parti del processo (19), sicché occorre verificare che le modalità concrete di partecipazione al processo abbiano rispettato il diritto di difesa (20): invero, la Convenzione ha per scopo « la tutela di diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi » (21), e l'art. 6 C.e.d.u., letto nel suo insieme, riconosce all'accusato il diritto di partecipare realmente al suo processo, il che per principio implica, tra l'altro, non soltanto il diritto di assistervi, ma anche di ascoltare e di seguire il dibattimento (22).

Più di recente, proprio chiosando il precedente del 2006, la Corte di Strasburgo ha effettuato ulteriori importanti sottolineature concernenti i rapporti tra partecipazione a distanza ed effettività del *fair trial*: « as regard the use of a video link », si è rilevato, « the Court reiterates that this form of participation in proceedings is not, as such, incompatible with the notion of a fair and public hearing, but it must be ensures that the

(17) Così Corte cost. 22 luglio 1999, n. 342, cit., 78.

(18) In questi termini ancora Corte cost. 22 luglio 1999, n. 342, cit., *loc. ult. cit.*

(19) Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2016, Viola c. Italia, in *hudoc.echr.coe.it*, n. 76.

(20) Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2016, Viola c. Italia, cit., n. 72.

(21) Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2016, Viola c. Italia, cit., n. 60, nonché, di seguito, negli stessi termini, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, in *hudoc.echr.coe.it*, n. 95.

(22) Corte eur. dir. uomo, 5 ottobre 2016, Viola c. Italia, cit., n. 53.

applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and that effective and confidential communications with a lawyer is provided » (23).

4. A fronte di percorsi giurisprudenziali che, in punto di principio, hanno profuso attenzione circa le dimensioni di effettività delle garanzie partecipative, accordando fiducia solo ad apparati di cui possa testarsi la concreta idoneità a garantire partecipazioni « reali » e, però, nel contempo, respingendo come inaccettabile la pretesa di contrasto aprioristico di qualsivoglia forma di partecipazione o di esame a distanza con le tutele costituzionali del diritto di difesa, il dibattito politico-istituzionale ha mostrato meno univoci scenari, le cui direzioni appaiono, tuttavia, leggibili per grandi sintesi, pur a costo di qualche essenzialità schematica.

Tre sono apparsi, in tal senso, gli approcci di base. Il primo è costituito dal rifiuto radicale, fondato su una dichiarata fede immutabile nei valori — per dir così — del buon tempo antico: nessuna equipollenza tra partecipazione fisica e presenza virtuale — questa la *Weltanschauung* sottesa all'approccio radicale — è, prima ancora che possibile o predicabile, neppure formulabile come ipotesi di lavoro.

L'approccio diametralmente opposto appare, per contro, modulato su un'entusiastica accondiscendenza al paradigma dell'interazione virtuale, il cui timbro oscilla tra l'ingenuo (pronto a celebrare le virtù taumaturgiche del progresso tecnologico, secondo un paradigma di gusto vagamente futuristico: è quel che è stato efficacemente definito « il fascino sottile delle tecnologie audiovisive » (24)) e il cinico (in un'ottica ostentata di *necessary evil*).

Tra le due filosofie estreme si registra, invece, una gamma mediana di più meditati orientamenti, i quali, pur nella loro non sovrapponibilità, lasciano trasparire un metodo di approccio ispirato a ragionevolezza empirica: lungi dall'esperare, assolutizzandoli, i soli nodi critici o dal decantare idolatricamente gli innovativi vantaggi, gli approcci che privilegiano l'ottica della ragionevolezza non tacciono l'esistenza di *checks and balances*, soppesano le poste in gioco, dosano gli itinerari concreti, valorizzano gli ambiti di discrezionalità valutativa modellandoli su solide cornici valoriali, e si oppongono a tesi preconcrete e ad automatismi di maniera.

Potrebbe ritenersi che una simile lettura della scacchiera, nella sua schematicità, sia forse eccessivamente manichea — specie con riguardo alle filosofie estreme del rifiuto radicale e dell'accettazione entusiastica — e accomuni, per malinteso *esprit de geometrie*, posizioni in campo non

(23) Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, cit., n. 98.

(24) D. CURIOTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit. 40.

proprio coincidenti: non sarebbe, tuttavia, difficile replicare che, pur con qualche concessione chiaroscurale di superficie, i due approcci estremi segnalano le opposte mete cui si intende pervenire, sostanziano, insomma, il nucleo scarnificato della reale intenzione di alcuni attori del dibattito.

Rifuggendo da estremismi irrigiditi è, allora, alla prospettiva della ragionevolezza che sarà utile, per gradi, guardare.

5. Converrà, in tal senso, aver anzitutto cura di dilatare, attraverso un grandangolo, il punto di osservazione.

È ben noto che tutti i cinque sensi concorrono a garantire la nostra immersione nella realtà: la nostra capacità di comprenderla, di contestualizzarci, di entrare costruttivamente in dialogo, di rendere interattiva la nostra immersione nei contesti ove operiamo.

È, d'altronde, consapevolezza comune che i cinque sensi contribuiscono in misura diversa alle nostre esperienze immersive, a seconda del "tipo" esperienziale cui ci riferisca: il riferimento al "tipo" è utile sul piano della messa a fuoco tendenziale dei sensi maggiormente coinvolti, *id est* maggiormente responsabili del coinvolgimento soggettivo nelle singole situazioni, purché ci si guardi dal rischio, talora inconsapevole, della pretesa di classificare l'universo frammentandolo in improbabili schemi o tabelle periodiche.

Così, il senso dell'olfatto primeggerà — concorrendo, ma su piani meno intensi, con la vista e con l'udito — in un'esperienza di immersione in un prato provenzale che trionfa di lavanda; le sensazioni tattili saranno prevalenti — concorrendo, ma su piani meno intensi, con l'olfatto, la vista e l'udito — nei vissuti di un'esperienza termale; un'immersione nelle acque della laguna cristallina di un atollo tropicale esalterà anzitutto le sensazioni tattili, visive e olfattive, attivando su un piano secondario le risorse dell'udito e, con ben minore intensità, del gusto; le risorse gustative assumeranno, invece, rango primario — concorrendo con la vista, l'olfatto, le terminazioni tattili — in un'esperienza di degustazione di vini pregiati. La partecipazione a un evento concertistico di livello internazionale in un tempio riconosciuto di musica sinfonica esalterà anzitutto le capacità uditive, mentre la vista concorrerà a renderne indimenticabile la fruizione, e solo secondariamente gli altri sensi vi comparteciperanno; ancora l'udito primeggerà — pur concorrendo, su più ridotti ranghi, anzitutto con la vista — nella partecipazione a una conferenza tenuta da un brillante oratore.

E nei vissuti di un processo penale, nella costruzione immersiva dell'esperienza d'aula? Come funziona, per l'imputato, il maturarsi di quest'esperienza?

Certo, le dimensioni *lato sensu* culturali della persona, scaturenti dal bagaglio irripetibile dei suoi vissuti e del suo modo d'essere, assumono ruoli cardine nel maturarsi concreto dell'esperienza di partecipazione: maturità intellettuale, reti emotive, *asset* culturali incidono in termini

costitutivi sulla capacità di dar senso a ciò che accade, di decifrare le coordinate d'ambiente in cui l'esperienza immersiva si stratifica e di sapervi interagire.

Ma gli *inputs* primari, i segnali che alimentano i processi di decodifica, i dati grezzi che affluiscono alle aree specializzate della corteccia cerebrale per essere elaborati, sono elettivamente frutto dell'attività di recettori collocati su due livelli primari del sistema sensoriale: la vista e l'udito. I terminali ottici e acustici — essi anzitutto, mentre gli altri sensori vi concorrono su ranghi di solito assai più ridotti — garantiscono l'approvvigionamento di un sofisticato complesso di dati elementari sincroni — convogliati, dunque, in tabelle a incrocio — che, attraverso le pertinenti linee del sistema nervoso periferico, alimentano i dispositivi corticali centrali e avviano *plafond* assai dilatati di interscambi sinaptici; grazie ad essi, che coinvolgono molteplici aree specializzate (il linguaggio, la memoria autobiografica, le competenze spaziali, per non fare che qualche esempio), e grazie al contributo del sistema limbico, si edificano le sofisticate premesse che consentono al soggetto di partecipare — di prendere attivamente parte, interagendovi nel profondo — all'esperienza d'aula di cui *the trappings of the Court* (il cerimoniale della Corte, le regole di procedura) sono solo alcune — e neppure le più importanti — delle componenti del *network*.

È superfluo rilevare come quella appena descritta sia solo una ricostruzione approssimata, frutto di un primo sguardo e priva di ogni pretesa esaustiva, non coltivabile, d'altronde, in questa sede.

Un simile, per quanto approssimato, sguardo d'insieme rende, peraltro, palese una consapevolezza qui rilevante: un *deficit* artificialmente imposto nei congegni di raccolta dei dati di *background* — *id est* l'uso di congegni tecnici che, dichiarando di perseguire fini astrattamente non incongrui, decrementino in misura significativa gli approvvigionamenti di dati elementari grezzi, acquisibili attraverso i circuiti sensoriali della vista e dell'udito — incide sulle grandezze dello *stock* di informazioni elementari necessarie ai fini dell'osservanza delle garanzie partecipative presidiate da norme indeformabili di rango costituzionale; ove i congegni tecnologici mediante i quali sia veicolata la « partecipazione » « alternativa » al processo determino uno scadimento intollerabile della soglia di drenaggio dei dati elementari, riducendo oltre misura le capacità recettive dei sistemi sensoriali della vista e dell'udito e le loro risorse sincrone, sarà fatale la diagnosi di inaccettabilità degli scadenti *standards* qualitativi di tali congegni, sicché si imporrà un adeguato incremento delle tecnologie adoperate proprio allo scopo di rendere tollerabile il (pur non eliminabile) *gap* tra partecipazione « reale » e « virtuale » all'attività d'aula.

Va, dunque, chiarito da subito: incoerente si palesa un rigetto aprioristico dell'uso di strumenti virtuali di partecipazione, nei limiti in cui essi siano in grado di garantire — pur scontando un inevitabile *gap* — un'efficiente interrelazione tra luoghi fisici diversi tecnologicamente in-

terconnessi; liddove, invece, gli strumenti tecnologici adoperati palesino *standards* qualitativi concretamente inadeguati a garantire soglie accettabili di partecipazione effettiva al processo, si giustificherà una diagnosi di inaccettabilità “allo stato” di impianti di rete incapaci di tutelare in concreto le garanzie costituzionali coinvolte, proprio perché forieri di un *gap* inaccettabile tra l’esperienza della *fysis* partecipativa attraverso la presenza materiale in aula e l’inadeguato surrogato di partecipazione offerto da quei perfettibili *standards* tecnologici disponibili.

Quale — potrebbe allora chiedersi — l’algoritmo che palesa lo *stargate*, la linea di confine tra tecnologia sostenibile e insostenibile ai fini dell’osservanza della garanzia costituzionale di partecipazione al processo?

Non è, in verità, questione di algoritmi: sarebbe artificioso e arbitrario — finirebbe, anzi, per essere sterilmente arrogante — andare alla ricerca di un’equazione idonea a farsi specchio rilucente di pretese verità metafisiche; le variabili in gioco sono tali e così numerose da suggerire la rinuncia a ricerche siffatte, erronee anzitutto nel metodo.

Ciò, tuttavia, non importa affatto che le grandezze in campo siano irrilevanti: è, al contrario, proprio muovendo dalla comprensione del significato di queste grandezze — spostando lo sguardo, dunque, su terreni poco adusi alla ricerca giuridica tradizionale, e assecondando vocazioni sempre più necessariamente interdisciplinari, attraverso la valorizzazione di *koinè* culturali inevitabili quanto feconde — che potrà consentirsi a questi interrogativi di assumere spessore, e ai nostri cauti tentativi di risposta di assumere senso, planando dalla quota delle dimensioni iperboree al *download* di messe a fuoco capaci di incidere sulla realtà, contribuendovi anche sul terreno empirico.

6. È, allora, tempo di dare uno sguardo alle tecnologie che supportano, oggi, la partecipazione a distanza e il « telesame »: sarà utile, in tal senso, riguardare le caratteristiche tecniche degli apparati di teleconferenza ordinariamente adoperati nelle aule giudiziarie nell’ambito dei congegni processuali di cui agli artt. 146-*bis* e 147-*bis* disp. att. c.p.p.

È, in tale ambito, noto che tre piani vengono primariamente in considerazione: la componente audio, la componente video e le parametrizzazioni di qualità del servizio ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ Per la ricostruzione del quadro generale della tecnologia adoperata in sede di collegamento a distanza e per le parametrizzazioni quantitative concernenti il segnale audio, il segnale video e la qualità del servizio rimangono preziose le pagine di J.C. DE MARIN, *Un “servizio” tecnologico tra presente e futuro*, in A.A.VV., *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, a cura di M. CHIAVARIO, Giappichelli, Torino, 2006, 94 ss., cui si è attinto per molteplici delle messe a fuoco rassegnate nel presente paragrafo.

A) Circa la componente audio, converrà segnalare anzitutto alcuni dati generali relativi ai segnali audio nell’esperienza umana: rileva, in tal senso, una coppia di parametri di base, riconducibili alla frequenza e all’intensità del segnale. Circa la frequenza, l’orecchio umano decodifica fonti sonore che si attestano tra i 20 e i 20.000 Hz: si tratta di un intervallo straordinariamente ampio, che disegna un arco sovrapponibile a 10 ottave della scala musicale. Rileva, inoltre, l’intensità del segnale: l’arco che unisce la soglia di udibilità, cui si attesta il suono più basso, e la soglia del dolore, in cui si colloca il suono più elevato, sostanzia un intervallo di oltre 100 dB.

La voce umana è contenuta all’interno della regione dei suoni di generale interesse, come la musica e la voce in genere.

Entro la classe acustica della voce umana, va segnalato che la voce naturale è segnale molto ricco sia in frequenza (oltre i 10 Hz) che in intensità (oltre 60 dB). Assai più approssimata, in quanto acusticamente più povera, è, invece, la voce in banda telefonica: il suo contenuto in frequenza si attesta intorno ai 3 Hz e, dunque, su un parametro riconducibile a poco più di 1/4 del contenuto in frequenza della voce naturale e a circa 1/7 della sensibilità in frequenza dell’orecchio. La voce in banda telefonica — dalla caratteristica resa metallica, pertanto “fredda” — è l’intervallo in frequenza minimo in grado di garantire buoni livelli di intelligibilità e accettabili livelli di naturalezza.

Nella videoconferenza, la qualità della componente audio deve, dunque, essere almeno pari a quella telefonica. Poiché, d’altronde, la voce in banda telefonica ha bassa naturalezza rispetto alla voce naturale, pur mantenendo la caratteristica dell’intelligibilità, alcuni servizi di videoconferenza offrono una componente audio di qualità superiore: si tratta della voce in banda larga, il cui contenuto in frequenza è di 7 Hz, dunque più che doppio rispetto alla frequenza della voce telefonica. La voce in banda larga, grazie al maggior contenuto in frequenza, suona come più naturale e, perciò, più “calda”.

B) Alle parametrizzazioni audio si associa, nella videoconferenza, la componente video.

Il video, è noto, è una sequenza di immagini in rapida successione, la cui soglia minima di accettabilità è di 15 fotogrammi al secondo.

È, d’altronde, ben noto che il segnale digitale è costituito da una sequenza di 0 e di 1. Atteso che il segnale video assume, nelle trasmissioni digitali, grandezze significative, impegnando volumi cospicui di dati di flusso, i sistemi di trasmissione dati si avvalgono di un algoritmo di codifica o di compressione idoneo a ridurre il numero di cifre necessario a rappresentare il segnale.

I due aspetti essenziali che caratterizzano la componente video sono il numero di *frame* al secondo, solitamente indicato come *frame rate*, e la dimensione dell’immagine.

Il *frame rate* campeggia, in tal senso, costituendo il parametro cardine su cui si modula la qualità della trasmissione video: il dato influenza, infatti, in termini decisivi la fedeltà con cui viene preservata la rappresentazione del movimento.

La frequenza dei fotogrammi viene misurata in hertz (Hz) nei monitor a scansione progressiva, ovvero espressa in fotogrammi per secondo (fps): è quest'ultima la modalità descrittiva preferibile. Converterà, ciò posto, far cenno ad alcune grandezze quantitative comuni, confrontandole con i valori di *frame rate* che ricorrono nella pratica delle videoconferenze giudiziarie domestiche. La soglia minima di *full motion* (che consente alla corteccia cerebrale specializzata nella decodifica dei segnali trasmessi dal nervo ottico di non percepire la separazione tra i diversi fotogrammi, dando corpo, dunque, all'illusione del movimento) è, notoriamente, di 24 fps; la televisione non HD utilizza almeno 27 fps; il cinema utilizza *frame rate* molto più elevati, a volte anche superiori a 60 fps; ancor più significativo è il *frame rate* utilizzato nelle trasmissioni televisive digitali HD e super HD, che giunge a valori pari o superiori a 120 fps; la videocamera di uno dei più sofisticati telefoni cellulari disponibili sul mercato, presentato nell'autunno 2017, è in grado di girare video a 240 fps (pur se, in questo caso, il dato, certamente suggestivo, non va amplificato, riferendosi alla registrazione delle immagini in movimento e non alla relativa trasmissione).

Nel contesto di una videoconferenza, il movimento fisico oggetto di ripresa e, perciò, di flusso di dati trasmessi è in genere limitato (c.d. « scenario *talking head* »), sicché il numero di fps è generalmente inferiore a quello utilizzato dalla televisione o dal cinema.

Esistono, tuttavia, aspetti, in particolare alcune gestualità del volto, che si sviluppano in un arco di durata di pochi millisecondi, e che dunque possono non essere rappresentati fedelmente se il *frame rate* non è sufficientemente rapido.

Le *guide lines* europee in tema di videoconferenze giudiziarie transnazionali ⁽²⁶⁾ raccomandano che il *frame rate* non scenda sotto la soglia

⁽²⁶⁾ Si tratta della *Guida sulla videoconferenza nei processi penali transfrontalieri* (2013) curata dal Segretariato generale del Consiglio d'Europa (in www.consilium.europa.eu), 19. Merita, in argomento, una sottolineatura la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea sul tema « Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE » (in *Gazz. Uff. UE*, 31 luglio 2015, n. C250), il cui n. 20 rimarca come occorra « assicurare che la videoconferenza, pur tutelando maggiormente gli indagati, le vittime, i testimoni e le persone vulnerabili, non pregiudichi i diritti della difesa », e come, a tal fine, occorra « prestare particolare attenzione a garantire il rispetto dei principi di immediatezza, di eguaglianza delle armi e di contraddittorio », il che « comporta l'utilizzo di apparecchiature che siano aggiornate, al fine di conseguire un livello sufficiente di qualità audio e video, e sicure in misura proporzionale alla sensibilità del caso ». In tema cfr., per acuti rilievi, S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, 326 ss.

di 30 fps; il *frame rate* su cui mediamente ci si attesta, nelle videoconferenze giudiziarie interne, si livella, per contro, su soglie di 15 fps, dimezzate, dunque, rispetto al *minimum standard* sovranazionale.

Quanto alla dimensione dell'immagine, è noto che le tecnologie digitali hanno prodotto un moltiplicarsi di formati video che vanno dai piccoli formati creati per gli schermi dei telefoni cellulari ai nuovi formati della televisione digitale ad alta definizione e del cinema digitale.

Frame rate e dimensione dell'immagine determinano, insieme all'algoritmo di compressione utilizzato, il numero di bit al secondo necessario a rappresentare il video con la qualità desiderata.

C) In ordine alla qualità del servizio, può dirsi che i principali fattori che influiscono sulla qualità percepita da un partecipante a una sessione di videoconferenza sono la quantità di bit portati a destinazione con successo, la tempestività della consegna, la sincronizzazione tra audio e video, l'eco acustico.

La qualità del servizio è, anzitutto, connessa alla quantità di bit portata a destinazione con successo, ovvero al tasso dei pacchetti persi. I tassi di perdita dipendono, tra l'altro, dalle prestazioni dell'operatore di TLC utilizzato, dal traffico concorrente al momento della videoconferenza, dalla capacità della tratta geografica interessata, dallo specifico *software* di videoconferenza utilizzato.

Sotto quest'ultimo profilo, lo *standard* maggiormente utilizzato è la videoconferenza attraverso internet: la qualità attuale è medio-bassa, con possibilità di significative variazioni anche all'interno della stessa chiamata, pur se può dirsi, sotto il profilo tecnologico, in costante crescita.

Il protocollo di compressione video più adoperato nelle videoconferenze giudiziarie domestiche è l'H 264 ⁽²⁷⁾, che consente di recuperare fino al 5% dei pacchetti persi se la connettività degrada: ma è, ad ogni evidenza, soglia ancora tecnologicamente insoddisfacente.

Il parametro della tempestività della consegna intercetta il fenomeno del c.d. ritardo, individuando dopo quanto tempo il video e la voce arrivano all'interlocutore percorrendo i canali di trasmissione dei dati.

Dal ritardo dipende il livello di interattività tra gli interlocutori,

⁽²⁷⁾ Cfr., in tal senso, i dati pubblicati sul portale europeo della giustizia elettronica (<https://e-justice.europa.eu>) a cura dei singoli Paesi aderenti e, in specie, i dati resi noti dall'Italia circa le attrezzature adoperate per la videoconferenza: pur se il conferimento dei dati si riferisce alle videoconferenze transfrontaliere, i quadri informativi, concernenti le caratteristiche di base di *hardware* e *software*, costituiscono un inventario dell'esistente anche circa le videoconferenze domestiche, posto che, all'uno e all'altro scopo, si adoperano i medesimi *hot points*. In ordine alle dotazioni tecnologiche cfr., altresì, la *Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia, Anno 2014*, predisposta ai fini dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 (in www.giustizia.it), 291 s., nonché la successiva *Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia, Anno 2016*, predisposta ai fini dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 (ivi), 522.

aspetto chiave in una videoconferenza, che è una comunicazione audio e video bidirezionale tra due o più interlocutori.

È noto che, in via generale, in una conversazione interattiva, l'interlocutore interpreta un silenzio dell'altro interlocutore che dura oltre un certo intervallo come via libera per iniziare a parlare. Se tale silenzio, tuttavia, è dovuto al ritardo di trasmissione, l'interlocutore correrà il rischio di interpretare come silenzio ciò che in realtà è solo un ritardo, sicché inizierà a parlare, sovrapponendosi all'altro dialogante. Se ciò accade troppo frequentemente, gli interlocutori iniziano a parlare in modalità « rice-trasmittente » (c.d. *walkie-talkie mode*), cioè a turno, anziché in maniera spontaneamente interattiva.

Circa la sincronizzazione tra audio e video, è agevole intuire come uno scarto significativo tra i due canali determini gravi fastidi percettivi e dia luogo a potenziali cadute sull'intelligibilità dei contenuti.

Rileva, infine, l'eco acustico, *id est* il fenomeno per cui, nell'esperienza di una trasmissione elettronica, l'interlocutore percepisce, talora, dopo aver parlato, un'eco della propria voce. Quando il ritardo di arrivo dell'eco supera i 50 msec., il fastidio può essere talmente spiccato da indurre a interrompere la sessione di comunicazione: un sistema avanzato di videoconferenza sarà dunque dotato di opportuni algoritmi di soppressione dell'eco acustico per assicurare un livello adeguato di qualità.

7. Basterebbe già quanto appena rammentato per rilevare come le tecnologie ad oggi correntemente adoperabili appaiano ancora ben lontane dal garantire davvero quell'effettività partecipativa che le fonti normative evocano.

Gli studi sull'interazione umana in contesti presidiati da collegamenti ad alta tecnologia hanno mostrato come il livello percepito di presenza risulti associato alla capacità, propria di un contesto virtuale, di riprodurre le *affordance* — *id est* le opportunità di azione che possono manifestarsi in una specifica situazione — offerte da un ambiente reale (28).

Ciò che, invece, scaturisce dalle esperienze di partecipazione processuale a distanza è non di rado una presenza pulviscolare: si transita dal *continuum* della partecipazione fisica in aula a una partecipazione a distanza imperfetta, discontinua; da una meccanica naturalmente fluida a sommatorie artificiosamente puntiformi, stroboscopiche, in cui il *trait d'union* tra i vari punti appare — nel senso dell'effettiva resa "a valle" — artificiale, convenzionale, surrogatorio rispetto allo scorrimento della realtà. Tutto ciò concerne, peraltro, non solo le problematiche di *frame*

(28) Cfr. GAGGIOLI, RIVA, *Qualità dell'esperienze e nove tecnologie: progettare l'interazione ottimale*, in AA.VV., *La condivisione del benessere. Il contributo della Psicologia Positiva*, a cura di DELLE FAVE,, Milano, 2007, 305 s.

rate, ma anche la sincronia tra segnale video e segnale audio, i cui incroci, spesso imperfetti, moltiplicano i difetti tecnici.

Guardando oltre l'esperienza giudiziaria, è noto, piuttosto, che il *know-how* tecnologico è in grado, oggi, di riprodurre a distanza uno spazio tridimensionale sia audio che video: la possibilità di vedere una scena, muoversi intorno a essa, ovvero vederla da diversi punti di vista, anche con il corrispondente audio che si modifica a seconda della nostra posizione.

Nei contesti non giudiziari esistono, ad esempio, avendo da tempo superato la fase sperimentale, sistemi di videoconferenza che si avvalgono, per il collegamento con la postazione remota, di *videowall* che si sviluppano in lunghezza per oltre 5 metri composti da una sequenza di *display* ultrapiatti HD da 84 pollici e di un ulteriore schermo dedicato da 65 pollici per la condivisione dei contenuti, i cui segnali viaggiano non su costose linee dedicate ma su una banda larghissima di rete ordinaria (29).

Con l'avvento di tecnologie immersive di questo tipo, l'interazione a distanza si candiderà a essere una versione diversa, certo, ma altrettanto intensa e coinvolgente, di quella in presenza.

Di più, è ben noto come l'Istituto nazionale di Ottica applicata del CNR, in *partnership* con imprese private, stia attualmente svolgendo attività di ricerca aventi ad oggetto tecnologie di telepresenza olografica, idonee a creare in tempo reale l'ologramma di una persona in un sito remoto attraverso sistemi di specchi semiriflettenti che elaborano segnali digitali che viaggiano in rete (30). Tutto ciò, beninteso, se è utile ad avvertirci, in genere, circa quanto le tecnologie adoperate nei Palazzi di Giustizia siano largamente suscettibili di *upgrade*, non rientra, tuttavia, certo nell'ambito delle desiderabilità nel comparto della partecipazione giudiziaria a distanza: nessun auspicio, insomma, si sta qui formulando circa prospettive futuribili e — appunto — decisamente non desiderabili di partecipazioni olografiche al processo penale.

8. È noto che, con precipuo riguardo al « telesame », la prassi forense non ha mancato di stigmatizzare i cospicui *deficit* prodotti dai limiti delle tecnologie d'aula attualmente disponibili: la scadente qualità delle elaborazioni del segnale video e gli effetti asincroni prodotti dai difettosi coordinamenti con la componente audio impediscono, da una parte, una

(29) È il caso, ad esempio, di Polycom Immersive Studio, una tra le più avanzate soluzioni di *immersive telepresence* adoperata in contesti *business executive* (per le specifiche tecniche cfr. www.polycom.com).

(30) In tema cfr., per un suggestivo quadro di sintesi, CONSOLI, *Gli ologrammi sono realtà. In pista anche startup italiane*, in www.ilsole24ore.com, 8 maggio 2017. Per una scheda informativa sul progetto Q-Room (Quintetto's Holographic Telepresence Room) cfr. *Telepresenza? Con l'olografia diventa realtà* (2014), in www.cnr.it, nonché la scheda ufficiale del progetto (2015) e il *Periodic Reporting for Period 1* (2015), entrambi consultabili sul sito web istituzionale del Cordis (Community Research and Development Information Service: <https://cordis.europa.eu>).

metabolizzazione corretta dei dialoghi tra le diverse postazioni collegate in *network* e non consentono, dall'altra, di cogliere adeguatamente i molteplici *outputs* comunicazionali non verbali preziosi ai fini delle attività valutative dei risultati di prova.

L'obiezione precipua che la clinica del diritto suole, sul punto, sollevare è altrettanto nota: far leva sul sacrificio della diagnosi del *body language* — si afferma — proverebbe troppo, ove si abbia cura di rammentare che, ad esempio, nell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia è radicalmente impedita, per ragioni legate agli apparati organizzativi di protezione, la ripresa del volto del dichiarante ⁽³¹⁾.

Si tratta, tuttavia, di obiezione che non coglie nel segno, poiché confina nell'ombra un non trascurabile problema di proporzionalità, opacizzando l'esigenza di un rapporto dialogico sostenibile tra costi e benefici: se non può dirsi irragionevole il sacrificio imposto dalla metodica dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia e — su ben altro piano — delle vittime particolarmente vulnerabili, questa diagnosi non può estendersi alla partecipazione e all'esame a distanza di qualunque soggetto in stato di privazione della libertà personale, pur per titoli di reato di particolare allarme sociale, perché l'indiscriminata latitudine del *parterre* coinvolto altera il rapporto di proporzionalità tra costi imposti sul terreno delle garanzie individuali e benefici di sistema.

Nel quadro del dibattito sulle reali esigenze in gioco non possono, d'altronde, trascurarsi i *feedback* offerti dal punto di osservazione della pratica difensiva d'aula alla stregua dell'esperienza operativa maturatasi sul campo.

I più macroscopici difetti segnalati dalla pratica difensiva non investono, invero, tanto le interruzioni nei flussi audio-video e i difetti di funzionamento degli impianti tecnologici: non si manca, in effetti, di riconoscere che sono stati profusi sforzi organizzativi cospicui, a fronte di una tecnologia che pur ancora attende ben più adeguati sviluppi; è noto, peraltro, che ove, nel collegamento tra l'aula di udienza e la postazione remota collegata in videoconferenza, si registrino malfunzionamenti scarsamente tollerabili, è non di rado il giudice stesso a disporre d'ufficio la sospensione o il rinvio dell'udienza, nelle more di un ripristino di condizioni tecniche sostenibili.

Ciò che i difensori, sul piano empirico, soprattutto lamentano, nell'ipotesi di partecipazione a distanza dell'imputato, è piuttosto il sacrificio della contiguità fisica del raccordo con l'assistito proprio nella fase dell'istruzione probatoria dibattimentale, durante il "farsi" della prova rappresentativa: è agevole intuire quanto prezioso possa rivelarsi questo raccordo, ad esempio durante un esame diretto di un dichiarante a carico

⁽³¹⁾ Cfr., in tal senso, ad esempio, Ass. Palermo, 29 maggio 1996, Andreotti, in *Cass. pen.*, 1997, 2889.

condotto dal pubblico ministero, ai fini della messa a punto tempestiva di un dettaglio da adoperare costruttivamente nel controesame.

Qualcosa d'oltre sembra, d'altronde, esserci. Nell'impianto scaturito dalla novella del 2017, la partecipazione a distanza è il modello partecipativo di *default* per i detenuti per reati "di prima fascia": essi, anche ove si proceda per altri reati, e finanche laddove debbano partecipare a procedimenti civili in cui ne sia stata disposta l'audizione in qualità di testimoni, partecipano da remoto, in modalità — per dir così — di aula "estesa", salva la facoltà del giudice di derogarvi motivatamente, disponendo la presenza fisica del soggetto ristretto.

Se, da una parte, ciò dichiaratamente risponde a esigenze organizzative e di sicurezza, dall'altra il congegno finisce per configurare, per il detenuto, una sorta di sanzione parapenale accessoria, per di più anticipatamente applicata ove il *titulum custodiae* non sia un giudicato di condanna: alla massima restrizione della libertà per quella categoria di reati consegue, quale necessario corollario, la perdita del diritto di partecipazione "reale" a qualsiasi processo, anche per reati diversi rispetto a quelli che hanno dato luogo al regime detentivo, salva la sola facoltà del giudice di derogarvi con provvedimento *ad hoc*.

È agevole immaginare come questo effetto dirompente alteri i dati generali di scacchiera, accendendo riverberi inediti e contagi situazionali suscettibili di estendersi da un processo a un altro, proprio perché le modulazioni dei regimi partecipativi tendono a strutturarsi in *status* soggettivi accessori alla detenzione: il che propizierà variazioni dinamiche delle strategie d'accusa e di difesa e delle volumetrie dei poteri del giudice, della cognizione ma anche dell'esecuzione e della sorveglianza.

Si tratta di effetti di propagazione di onde d'urto ancora tutti da inventariare e, di seguito, da metabolizzare nella pratica operativa.

V'è, d'altronde, un ulteriore aspetto che merita di essere esplorato.

È noto che, nel corso della XIII legislatura, fu presentato in Senato un disegno di legge in tema di esame a distanza ⁽³²⁾: il progetto mirava a un significativo ampliamento dello spettro di adoperabilità del collegamento a distanza per l'ascolto di contributi dichiarativi. La sua pedana d'avvio era costituito dal riferimento alle c.d. testimonianze marginali: l'allusione è a fattispecie in cui il contributo dichiarativo appaia *ex ante* di « minima rilevanza » ⁽³³⁾.

Non sfugge che il tema, pur rispondente a ben noti intenti pratici, si palesa di estrema delicatezza, intercettando la previsione del *rank* di criteri diagnostici per la formulazione del giudizio di « minima rilevanza »,

⁽³²⁾ Si tratta del disegno di legge in tema di « Esame a distanza, mediante collegamento audiovisivo, di testimoni, periti e consulenti tecnici, nei processi penali », a firma del Sen. Tapparo e altri, comunicato alla Presidenza il 24 settembre 1998 (*XIII Legislatura, Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, stampato n. 3542).

⁽³³⁾ Così la *Relazione* al disegno di legge, *ibid.*

la sua giustificazione motivazionale, l'individuazione di congrui strumenti di controllo. Il testo normativo allora proposto non si impegnava, opportunamente, su questi terreni scivolosi, progettando, piuttosto, una previsione che mirava a spostare il fuoco dello *screening* su altro oggetto: il giudice avrebbe potuto disporre (« può disporre »), con ordinanza, l'audizione a distanza, su richiesta concorde delle parti, o su richiesta di « almeno una » delle parti e con il consenso delle restanti, ovvero liddove ritenesse ingiustificato il diniego, « se l'audizione diretta appare inidonea ad aggiungere specifici elementi utili al giudizio ».

Il disegno di legge non ebbe, di seguito, sorti fauste, e ciò probabilmente non può dirsi fatto negativo⁽³⁴⁾. Ma il fenomeno esiste, e sarebbe artificioso disconoscerlo: omologare, su una linea di neutra piatezza, il peso specifico — ciò che i pratici di *common law* efficacemente indicano come *the weight of evidence* — di qualsiasi contributo dichiarativo, estrapolandolo dal contesto, è operazione dall'apparenza stilisticamente raffinata, che, tuttavia, non tiene conto degli equilibri reali, dispari, irripetibili, che si manifestano in ogni singola vicenda processuale.

Proprio muovendo da simili rilievi, che consentono di avviare la mappatura di un panorama generale frastagliato, si rivelano, in tal senso, preziose le clausole di flessibilità contenute nell'art. 146-*bis* commi 1-*ter* e 7: spetterà al giudice disporre la presenza fisica del soggetto in aula ove ciò ritenga « necessario » (comma 1-*ter*), in via di genere, o « indispensabile » (comma 7), nel caso precipuo di confronto o ricognizione dell'imputato o di compimento di « altro atto che implica l'osservazione della sua persona ».

È, dunque, la risorsa della discrezionalità responsabile — pur nella sua configurazione meccanica di eccezione alla regola della partecipazione a distanza — a offrire al sistema una preziosa valvola di riequilibrio. È stato già segnalato⁽³⁵⁾, e merita di essere rilanciato con forza: le clausole di flessibilità, se adoperate bene, costituiscono una pietra angolare dell'edificio, idonea a incanalare il sistema nel solco di una discrezionalità responsabile che — *legibus sic stantibus* — sappia distinguere le diverse situazioni, propiziando, in quelle realmente meritevoli, il ritorno alla fisicità dell'aula al fine di scongiurare partecipazioni solo labiali, epidermici mere prive di profondità.

Il punto merita ancora qualche sottolineatura.

È noto che la riforma del 2017 in tema di immigrazione⁽³⁶⁾ ha, tra

⁽³⁴⁾ Cfr., in proposito, gli acuti rilievi di D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 407.

⁽³⁵⁾ Cfr. P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale*, cit., spec. 24.

⁽³⁶⁾ Si allude al d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con modif. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, recante « Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale ».

l'altro, dato luogo a un innesto delle risorse della partecipazione a distanza nel tessuto della disciplina del trattenimento dello straniero irregolare: spetta al questore disporre il trattenimento o la proroga del trattenimento nel Centro di permanenza per i rimpatri (CPR) quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento (art. 14 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dal d.l. n. 13 del 2017); il provvedimento del questore è sottoposto a convalida avanti alla Sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale distrettuale (art. 6 comma 5 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come modificato dal d.l. n. 13 del 2017). La partecipazione del richiedente all'udienza per la convalida — prevede l'art. 6 comma 5 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come modificato dal d.l. n. 13 del 2017 — « avviene, ove possibile, a distanza mediante un collegamento audiovisivo » tra l'aula di udienza e il Centro di permanenza per i rimpatri, che « si svolge in conformità alle specifiche tecniche stabilite con decreto direttoriale » e, « in ogni caso, 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 »: quest'ultima formula è identica a quella adoperata dall'art. 146-*bis* comma 3 disp. att., come modificato dalla l. n. 103 del 2017. È contemplato il diritto del difensore o del sostituto di essere presente nella postazione remota (dunque nel Centro di permanenza per i rimpatri), analogo al diritto previsto dall'art. 146-*bis* comma 3 disp. att.; manca, per contro, sorprendentemente, nel d.l. n. 13 del 2017, la previsione — contenuta, invece, nell'art. 146-*bis* comma 3 disp. att. — della possibilità del collegamento riservato, per le consultazioni difensive, tra l'aula di udienza e la postazione remota.

Il *Parere* del Consiglio Superiore della Magistratura sul testo del d.l. n. 13 del 2017⁽³⁷⁾, nel manifestare apprezzamento per i vantaggi pratici conseguenti alla scelta del collegamento a distanza, ha segnalato come si sia qui riproposto « un modello processuale in cui le innovazioni tecnologiche incidono sulla tradizionale unitarietà di tempo e di luogo della trattazione »; nel soffermarsi sulla prescrizione della partecipazione a distanza in termini di « modalità doverosa da seguire, sul piano procedimentale, sottoposta all'unica condizione della fattibilità materiale del collegamento ("ove possibile") », il Consiglio segnala, tuttavia, che « la scelta normativa, certamente apprezzabile sotto il profilo della velocizzazione e dello snellimento delle procedure e vantaggiosa in termini di costi complessivi (in particolare, quelli del trasporto dal Centro all'Ufficio giudiziario), andrebbe strutturata più opportunamente come una facoltà

⁽³⁷⁾ Il *Parere* è stato reso con delibera 15 marzo 2017 del Consiglio Superiore della Magistratura (in www.csm.it).

del giudice nella scelta tra l'adottare o meno il collegamento in videoconferenza»⁽³⁸⁾.

La sussistenza di un diaframma di discrezionalità valutativa si conferma, dunque, quale ganglio virtuoso del sistema: pur se, va rimarcato, lo sarà solo a condizione che le clausole di flessibilità, contenute nei paragrafi dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., non vengano relegate a mero ornamentale accessorio *on the book*; occorrerà, in tal senso, che la vita quotidiana del diritto sappia valorizzarne, attivamente tesaurizzandole, tutte le potenzialità. Sarà, perciò, necessario vigilare, da parte tanto degli operatori che degli osservatori, affinché non abbia a indulgersi verso letture esangui delle clausole di flessibilità, sfruttabili per escluderne la vita: non potrà brandirsi quale alibi il rischio sbandierato di snaturare, in tal modo, la scelta del legislatore, forgiate in termini di eccezione alla regola; sarebbe, qui, palese l'errore malizioso di metodo, posto che la previsione di una *exceptio* indica, invece, che, ove ne ricorrano i presupposti, il ritorno alla presenza fisica in aula vada disposto proprio allo scopo di riaffermare il primato delle garanzie partecipative, non surrogabili attraverso il ricorso a schermi fittizi.

Sovviene la grande nobile pagina di Salvatore Satta in tema di formalismo giuridico, a proposito dei rapporti tra il formalismo e il giudice nella sua dimensione di essere umano: la grande paura di giudicare, di scegliere tra le opzioni in contrasto, che sfocia nell'evasione, nel « risolvere il giudizio in termini di processo », nel « rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma »⁽³⁹⁾. Parole potenti, che scolpiscono principi naturali del processo, e che ridisegnano, oggi, timori e auspici.

9. È, allora, tempo di concludere.

Lo sguardo alle caratteristiche degli apparati tecnologici oggi in uso nelle aule attrezzate ha mostrato come lo scarto tra *Sollen* e *Sein*, tra ciò che è desiderabile, o meglio costituzionalmente doveroso in termini di tutela, e ciò che in atto esiste, è ancora troppo spiccato.

V'è, dunque, ancora una volta, un problema di proporzionalità, di dialogo tra i valori in gioco: che impone scelte selettive e osta a opzioni massive, generalizzate, che puntano, per *default*, a una virtualità pervasiva.

Invero, la partecipazione a distanza e il « telesame » trovano naturale giustificazione alla luce della tutela di interessi specifici di natura eccezionale: la sussistenza di esigenze di sicurezza non altrimenti tutelabili (è il caso dei soggetti detenuti in regime di art. 41-bis ord. penit.), ovvero l'emergere di istanze primarie di protezione di dichiaranti particolarmente vulnerabili, offrono un saggio persuasivo di casi eccettuati idonei a rendere

⁽³⁸⁾ *Parere* del Consiglio Superiore della Magistratura, cit., 10.

⁽³⁹⁾ S. SATTA, *Prefazione* alla 5ª edizione del *Manuale di diritto processuale civile* (1956), ora in *Ib.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, 144 s.

ragionevole — e, perciò, giustificabile — che, per essi, la partecipazione fisica possa considerarsi recessiva rispetto a piani “altri” di preponderante tutela. Apparirebbe, dunque, coerente un sistema della partecipazione a distanza disegnato su una frammentarietà di fattispecie elevata a metodo di normazione, che si coaguli in scelte tassative, in selezione di casi eccettuati dai contorni netti; al contrario, allo stato attuale della tecnologia disponibile, un uso rigido e generalizzato della videoconferenza giudiziaria non appare ancora congruamente giustificabile, in chiave di corretta valutazione di proporzionalità tra vantaggi coltivati e sacrifici imposti.

Filtra, d'altronde, la consapevolezza che i laboratori ministeriali siano al lavoro, in direzione di congrui *upgrade* tecnologici di sistema: converrà seguire con attenzione — spetta, anzi, alla dottrina l'onere culturale e civile di farlo — questi *works in progress*.

V'è un precedente ben noto, nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, avente a oggetto le risorse e i limiti dell'esame a distanza⁽⁴⁰⁾: si tratta di una fattispecie assurta agli onori della cronaca, in cui la vittima era stata sentita a distanza, a mezzo di un collegamento *one way*, secondo la normativa del Maryland, senza “direzione di ritorno” dall'aula di udienza alla postazione remota. La posta in gioco era la tenuta del VI emendamento del Bill of Rights: il *right of confrontation* nella dimensione tessutale della *face-to-face confrontation*. La pronuncia è corredata di una *dissenting opinion* di Antony Scalia: una pagina esemplare, in cui l'estensore rileva che « The Court today has applied “interest-balancing” analysis where the text of the Constitution simply does not permit it », poiché — continua — « We are not free to conduct a cost-benefit analysis of clear and explicit constitutional guarantees, and then to adjust their meaning to comport with our findings ». La Corte — prosegue la *dissenting opinion* — « has convincingly proved that the Maryland procedure serves a valid interest, and gives the defendant virtually everything the Confrontation Clause guarantees (everything, that is, except confrontation) »: per contro — rimarca — « I am persuaded, therefore, that the Maryland procedure is *virtually constitutional*. Since it is not, however, *actually constitutional*, I would affirm the judgment of the Maryland Court of Appeals reversing the judgment of conviction ».

Potrebbe dirsi anche dell'opzione di *default* forgiata dalla disciplina del 2017 in tema di partecipazione e di esame a distanza: scelta *virtually constitutional, but not actually constitutional*. A misura che si sarà in grado di garantire adeguati approdi, in termini di ricerca applicata, e adeguati investimenti tecnologici in termini di infrastrutture giudiziarie di supporto, a misura che si ridurrà il *gap* tra *Sein* e *Sollen*, la diagnosi di scarsa accettabilità costituzionale del meccanismo oggi scolpito dal “nuovo” art.

⁽⁴⁰⁾ Si tratta di U.S. Supreme Court, *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), in <https://supreme.justia.com>.

146-bis disp. att. perderà terreno; *rebus sic stantibus*, invece, la diagnosi di robusta perplessità assume tutto il suo spessore, e va rimarcata.

Così, l'affermazione secondo cui la disciplina novellata sarebbe, *tout court*, costituzionalmente illegittima si palesa, nella sua draconiana drasticità, difficilmente persuasiva; sostenere, d'altronde, che si tratti di disciplina costituzionalmente orientata appare, allo stato attuale degli investimenti tecnologici di settore, convinzione altrettanto improbabile.

L'indicazione è, allora, che si investa in tecnologia, per rendere davvero sostenibile l'adozione della videoconferenza come modello "di genere" di partecipazione a distanza e di « telesame »: allorché si perverrà — e occorrono, più che tempi lunghi, investimenti congrui — a un livello tecnologico adeguato affinché il collegamento *two way* realizzi una realtà immersiva, e non un affievolimento inaccettabile della partecipazione "reale", i tempi si renderanno maturi per il varo consapevole della nuova disciplina "massiva", garante di un autentico *right of confrontation* e non di una edulcorata, convenzionale *fictio iuris*; ci si porrà, a quel punto, realmente in linea con quanto delineato dalla Corte di Strasburgo nel richiamo insistito all'effettività della tutela del contraddittorio.

Nessun *horror novi* tecnologico, dunque: va, per contro, auspicato in questo solco uno sviluppo rigoglioso delle ricerche e degli investimenti, affinché la partecipazione a distanza possa divenire davvero la regola per l'imputato detenuto, ma ribadendo l'esigenza di non avallare meccaniche "al ribasso", scongiurando che abbiano a sacrificarsi, sull'altare di una sbandierata efficienza di maniera, valori costituzionali e di civiltà che si sottraggono, e vanno sottratti, a negoziati poco ortodossi, in cui operino disinvolti "forze di scambio" tra *fictio iuris* ed effettività delle garanzie di contesto.

Altrimenti, il « come s'uno schermo » prenderà il posto della vita reale, surrogando — appunto "al ribasso" — soglie di garanzia non negoziabili.

Nella danza dell'imitazione, nelle suture tra realtà « reale », « virtuale » e « aumentata », il sistema specchio della legge ha stabilito che non v'è tra esse differenza alcuna: secondo quanto previsto dall'art. 146-bis, comma 5, disp. att. c.p.p., « il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza ».

Potremmo, allora, concordare, secondo una convenzione stipulatoria modulata sulla lunghezza d'onda del « come se », che la presenza in teleconferenza realizzi una partecipazione piena, perfetta; potremmo lasciar correre, autoconvincerci che *coetera fumus*, fermarci a certezze epidermiche, non sottilizzare.

Eppure, forse, difficilmente potrà vaporizzarsi la sensazione di un baratro incolmabile tra presenza "reale" e partecipazione virtuale, che deriva dalla consapevolezza dell'esperienza, dai vissuti maturati dagli operatori del processo nelle aule giudiziarie. Vissuti che qualcuno potrà, dall'esterno, qualificare impalpabili: gli operatori sanno che non lo sono.

In tempi non vicini a noi, con riguardo a oggetti non vicini a noi, Eugenio Montale è stato in grado, forse più di chiunque altro, di evocare consapevolezze di questo segno: « Come s'uno schermo » appare, oggi, ben oltre che una citazione testuale di pochi, fulminanti versi tratti da *Ossi di seppia*. Narrano, questi versi, della comparsa, davanti allo sguardo, « come s'uno schermo », di un luogo — « alberi case colli per l'inganno consueto » — che sembra davvero, in una dimensione visionaria, un arcipelago di luoghi, un *network* di monitor, una rete che converge, *ut unum sint*, in un *uno* artificiale, l'aula estesa, che è seducente efficacissima finzione: « Forse un mattino andando in un'aria di vetro, / arida, rivolgendomi, vedrò compirsi il miracolo: / il nulla alle mie spalle, il vuoto dietro / di me, con un terrore di ubriaco. / Poi come s'uno schermo, s'accamperanno di gitto / alberi case colli / per l'inganno consueto. / Ma sarà troppo tardi; ed io me n'andrò zitto / tra gli uomini che non si voltano, col mio segreto » (41).

Parlarne, insieme, senza precomprensioni iconoclaste, e nel contempo senza infingimenti, condividere l'impegno di vigilare, è un modo per tirarsi fuori, costruttivamente, dal *club* degli « uomini che non si voltano »: per ripudiare la tessera di chi, magari per quieto vivere, scivoli, senza dir nulla, nello stare indolentemente al gioco.

(41) E. MONTALE, *Ossi di seppia* (1925), ora in Id., *Tutte le poesie*, 4^a ed., a cura di G. ZAMPA, Mondadori, Milano, 1989, 42.