

L'IMMEDIATEZZA IN CRISI. MUTAZIONI PERICOLOSE ED ANTICORPI ACCUSATORI

di Marcello Daniele

L'immediatezza è in crisi, inutile negarlo. La ragione è l'incapacità del sistema di assicurare che i dibattimenti avvengano ad una non eccessiva distanza dalla commissione dei fatti, si concludano in tempi ragionevoli e siano il luogo principale della formazione delle prove. Senza questi prerequisiti, dell'immediatezza resta solo l'involucro, e le interpretazioni eversive della giurisprudenza guadagnano terreno. Ancora più preoccupanti i rimedi che si delineano all'orizzonte: una concezione elastica dell'immediatezza, con la possibilità di praticarla o no a seconda delle peculiarità di ciascun caso; ovvero la sua sostituzione con il surrogato digitale delle videoconferenze. Se davvero si intende preservarla, è giunto il momento di creare le condizioni perché sia in grado di attecchire, rinunciando a certe garanzie vestigiali che con il modello accusatorio hanno poco da spartire.

SOMMARIO: 1. Il processo accusatorio a pieno regime. – 2. Il simulacro dell'immediatezza e le eversioni giurisprudenziali. – 3. L'immediatezza 2.0: due eccezionali *upgrade*. – 4. a) L'immediatezza flessibile. – 4.1. Le impalpabili "esigenze" o "ragioni" per la riassunzione orale. – 4.2. La pretesa quantificazionista delle garanzie compensative. – 5. b) La sirena dell'oralità digitale. – 5.1. L'illusione ottica della presenza. – 6. L'urgenza di anticorpi accusatori. – 6.1. La fluidità del transito al dibattimento. – 6.2. Il giusto dosaggio delle impugnazioni. – 7. Il sistema ad un bivio.

1. Il processo accusatorio a pieno regime.

Piaccia o no, il nostro è un codice imperniato sull'immediatezza¹. La ragione, se ancora ci fosse bisogno di ribadirlo, è che l'immediatezza esalta il processo accusatorio. Valorizzando al massimo l'apporto cognitivo dell'esame incrociato, giustifica il divieto di formare le prove nella fase anteriore al dibattimento, come invece pretenderebbe la logica inquisitoria tipica del processo misto tuttora in vigore in altri Stati europei.

Perfino la Corte europea dei diritti dell'uomo e, di rimando, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, pur avendo a che fare con ordinamenti nazionali che non necessariamente identificano il diritto di interrogare i testimoni con il contraddittorio

¹ Intesa come quella declinazione dell'oralità che consiste nella diretta percezione da parte del giudice di merito dell'escussione delle fonti di prova dichiarativa: cfr. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, p. 283 ss.; più di recente, R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*

nella formazione della prova², includono l'immediatezza (*immediacy*) fra i tratti distintivi dell'equità processuale. La "valutazione dell'attendibilità di un testimone" – osservano i giudici di Strasburgo – è un "compito complesso", che "non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni"³.

Si tende a dire che con l'avvento delle prove scientifiche, l'immediatezza e, più in generale, lo stesso contraddittorio dibattimentale starebbero perdendo la propria rilevanza, ma è un'affermazione valida fino ad un certo punto. È verissimo che le prove scientifiche spesso sono generate da attività non ripetibili espletate nel corso delle indagini, magari sulla stessa scena del crimine. Ma ciò non significa che l'immediatezza, qui, non abbia voce in capitolo. In quanto capace di creare un rapporto diretto con la fonte di prova, essa mantiene tutta la sua importanza per la migliore ponderazione delle dichiarazioni con cui gli esperti chiamati a deporre nei processi descrivono i metodi scientifici impiegati, rendendoli intellegibili per il giudice⁴.

È, insomma, un valore con cui il processo penale avrà ancora a lungo a che fare, perlomeno fino a quando l'umanità non sarà interamente sostituita da entità sintetiche guidate da un'intelligenza artificiale ed incapaci di esprimersi a parole.

2. Il simulacro dell'immediatezza e le eversioni giurisprudenziali.

Ribadita la centralità dell'immediatezza nel nostro sistema, si deve, con onestà, anche riconoscerne lo stato di difficoltà. Ciò tanto più quanto più se ne sia convinti sostenitori: nulla indebolisce maggiormente un valore che fingere di non vederne la crisi.

È una crisi che, naturalmente, non emerge dalla mera lettura delle norme vigenti, in cui l'immediatezza figura come regola a cui si accompagnano poche eccezioni perlopiù sorrette da comprensibili giustificazioni⁵. È alla realtà operativa che bisogna guardare, laddove troppe volte accade che l'immediatezza non sia in grado di apportare nessun valore aggiunto o, addirittura, risulti dannosa. Una disfunzione dovuta, principalmente, all'incapacità del nostro ordinamento di assicurare i prerequisiti fondamentali di qualunque sistema accusatorio⁶: lo svolgimento dei dibattimenti penali ad una non eccessiva distanza temporale dalla commissione dei fatti, la loro conclusione

² Tanto è vero che la Corte europea offre una nozione minimale del diritto al confronto *ex art. 6 § 3 lett. d CEDU*, identificandolo con l'"occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore, al momento della deposizione o in seguito" (e, quindi, non necessariamente attraverso l'esame incrociato del dichiarante). V, fra le molte, Corte eur., 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*, § 58 ss.

³ Cfr. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33; v. anche Id., 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, § 38. Nello stesso senso Corte giust., 29 luglio 2019, *Gambino*, C-38/18, § 42 ss.

⁴ Lo ha ben chiarito Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*, la quale ha ricompreso gli esami dei periti e dei consulenti tecnici nell'area applicativa della regola della rinnovazione in appello statuita dall'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p.

⁵ Si pensi all'uso probatorio dei verbali degli esami incrociati svolti negli incidenti probatori (art. 392 ss. c.p.p.), o degli esami incrociati svolti in altri processi (art. 238 c.p.p.).

⁶ Cfr. G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, n. 2, p. 547, 553.

entro termini ragionevoli e la riassunzione orale delle prove solo in casi eccezionali. Nefaste le conseguenze per la capacità non solo dei dichiaranti di ricordare gli eventi, ma anche dei giudici di ricordare gli esami dei dichiaranti. Senza dimenticare il pericolo, nelle situazioni in cui l'esame orale debba essere reiterato, della prescrizione del reato. Lo ha stigmatizzato fin troppo chiaramente la sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale⁷, ricordando come la realtà dei processi spesso sia assai "lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore", e l'immediatezza venga ridotta ad un "simulacro".

Inutile andare alla ricerca di un colpevole. Il fallimento dell'immediatezza dipende dai fattori più diversi: non solo i difetti tuttora insiti nella architettura normativa del nostro sistema, ma anche, a seconda dei casi, le carenze operative imputabili agli organi inquirenti o giudicanti, e le condotte difensive motivate da intenti dilatori. Quello che è certo è che si tratta di una situazione che stimola interpretazioni eversive, in sé considerate difficilmente accettabili in un sistema che vorrebbe essere improntato ai canoni accusatori. Gli esempi sono molteplici⁸, e se possono menzionare almeno tre.

(i) *Neutralizzazione della "regola d'oro"*. Non è infrequente che, esaminato in giudizio parecchio tempo dopo la commissione dei fatti e pungolato con le contestazioni ex art. 500 c.p.p., il testimone attesti in forma condizionale la veridicità delle dichiarazioni già rese nel corso delle indagini agli organi inquirenti ("se all'epoca ho detto così, allora è vero"). Si può ritenere che un'affermazione del genere, in quanto resa in dibattimento, di per sé fuoriesca dall'ambito operativo della regola di esclusione prevista dall'art. 500 comma 2 c.p.p.⁹. Tuttavia, in assenza di una chiara assunzione di responsabilità da parte del testimone circa l'attendibilità delle precedenti dichiarazioni¹⁰, dovrebbe essere difficile porla alla base di un giudizio di colpevolezza. Eppure non sono mancate occasioni in cui la giurisprudenza l'ha pensata diversamente, accontentandosi di una conferma "anche in termini laconici" di quanto detto nel corso delle indagini¹¹. Un approccio che rischia di giustificare condanne affette da macroscopici vizi di motivazione in merito al vaglio di attendibilità dei testimoni, di fatto consentendo di eludere la regola d'oro¹² di separazione tra le fasi.

(ii) *Primato delle dichiarazioni scritte in memoriam*. Comprensibilmente, è consentito ad alcune tipologie di testimoni di avvalersi in dibattimento di loro eventuali

⁷ Chiamata a pronunciarsi sullo spinoso problema della rinnovazione degli esami testimoniali in caso di mutamento del collegio giudicante.

⁸ Cfr. L. ZILLETI, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze*, Mimesis, 2020, p. 109 ss.

⁹ La quale, letteralmente parlando, concerne le "dichiarazioni lette per la contestazione", e quindi già rese e verbalizzate prima del giudizio. Nel senso, invece, dell'inutilizzabilità v. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 718; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, agg., vol. VIII, Treccani, 2001, p. 7 ss.

¹⁰ In questi termini P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 163.

¹¹ Così, ad esempio, Cass., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 9849. V., al riguardo, le giuste critiche di M. BUSETTO, [Le contestazioni alla deriva](#), in [archiviopenale.it](#), 2019, n. 1, p. 1 ss.

¹² L'espressione è di P. FERRUA, *La Corte costituzionale promuove la 'regola d'oro' del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 401 ss.

scritti per ravvivare la memoria e rendere una più accurata deposizione orale: si pensi alle querele delle persone offese (art. 499 comma 5 c.p.p.), alle relazioni di servizio dei poliziotti (art. 514 comma 2 c.p.p.) e alle relazioni tecniche dei periti e dei consulenti (art. 501 comma 2 c.p.p.).

La legge è sufficientemente chiara sul fatto che scritti del genere dovrebbero possedere un mero valore integrativo. Tuttavia, riferendosi ad attività magari avvenute mesi o anni prima, come è facile immaginare nella prassi spesso divengono il fulcro dell'apporto cognitivo del dichiarante, mentre l'esame orale assume una funzione vicaria¹³.

(iii) *Limiti alla rinnovazione orale in caso di mutamento del collegio giudicante*. In caso di mutamento di uno dei membri del collegio giudicante, il rigoroso rispetto del canone dell'immediatezza – come affermato nel 1999 dalla sentenza *Iannasso* delle Sezioni Unite¹⁴ – imporrebbe di rinnovare le escussioni dei testimoni. Vi è, però, un prezzo: il rischio di un eccessivo allungamento dei tempi e della scadenza dei termini di prescrizione, magari a fronte di nuovi esami tali da concretizzarsi in una mera conferma delle dichiarazioni già rese. Di qui un nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2019 con la sentenza *Bajrami*, la quale ora pretende che l'interessato "indichi" "specificamente" le "ragioni" tali da imporre la rinnovazione¹⁵.

Di per sé, subordinare la ripetizione orale delle testimonianze a condizioni più precise – un aspetto lasciato nell'ombra dalla sentenza *Iannasso* – non è irragionevole. L'approccio della sentenza *Bajrami*, però, mal si concilia con un ordinamento imperniato sull'immediatezza¹⁶. Riesce difficile scorgere un'autentica differenza fra le "specifiche ragioni" da essa richieste e le "specifiche esigenze" postulate dall'art. 190 *bis* c.p.p. ai fini della rinnovazione. Quest'ultima è, evidentemente, una prescrizione eccezionale. La sentenza *Bajrami* sortisce l'effetto di allargarla in modo eccessivo, sovvertendo la scelta che il codice aveva effettuato a suo tempo.

3. L'immediatezza 2.0: due eccepibili upgrade.

Le interpretazioni eversive dell'immediatezza non vanno solo stigmatizzate. Bisogna anche cercare di comprenderne le cause e, se possibile, rimuoverle. La sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale ha invocato, a questo riguardo, l'intervento del

¹³ Cfr. Cass., sez. IV, 7 maggio 2009, n. 26387, in rapporto alla querela, secondo cui non sarebbe consentito "riscontrare alcuna differenziazione tra il concetto di aiuto totale o aiuto parziale della memoria nel ricordo di un fatto".

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, *Iannasso*.

¹⁵ V. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, *Bajrami*. Cfr. al riguardo, fra i molti, M. BARGIS, [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa *Rivista*, 6 aprile 2020, p. 41 ss.; A. DE CARO, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 293 ss.

¹⁶ Cfr. R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza*, cit.

legislatore, affinché introduca “ragionevoli deroghe” volte a prevenire “il possibile uso strumentale e dilatorio” dell’immediatezza¹⁷.

Certo, abbiamo a che fare con un valore che, pur non espressamente nominato dall’art. 111 Cost., rappresenta anche esso una condizione di equità processuale, considerato che si tratta del più potente amplificatore dei benefici cognitivi del contraddittorio¹⁸.

Si può, nondimeno, individuare una fondamentale differenza fra l’immediatezza e il contraddittorio, che consiste nel fatto che il secondo fruisce di una considerazione privilegiata: è lo stesso art. 111 Cost., al comma 5, ad individuarne con precisione le ipotesi di deroga, così manifestando l’intento di limitarne i possibili bilanciamenti legislativi¹⁹. Al di là di queste eccezioni, una compressione del metodo dialettico sarebbe ipotizzabile solo qualora mirasse a tutelare interessi di pari importanza²⁰, tra cui di certo non rientra l’efficienza²¹.

Più cedevole è l’immediatezza, in rapporto alla quale la Costituzione non restringe il novero dei possibili valori antagonisti. Ciò significa che, assicurato l’esame incrociato perlomeno in modalità scritta, sarebbe possibile rinunciare non solo nei casi indicati dall’art. 111 comma 5 o a favore di valori di pari importanza, ma in presenza di qualunque altra solida giustificazione fornita di copertura costituzionale²². Quest’ultima potrebbe essere identificata perfino con l’efficienza²³ – un valore comunque supportato dall’esigenza di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 comma 2 – nelle situazioni in cui l’immediatezza figurasse come una garanzia svuotata, un involucro suscettibile di generare attività processuali inutili o, addirittura, dannose.

Come, però, un *trade-off* del genere possa concretamente avvenire è ancora tutto da chiarire. A questo fine stanno emergendo, a vari livelli, due strategie distinte. Una mira a far diventare l’immediatezza più flessibile, in modo da renderla facilmente adattabile a ciascuna situazione concreta. L’altra vorrebbe addirittura sostituirla con un surrogato tecnologico: un’operazione inconcepibile anche solo pochi anni fa, ma che

¹⁷ V. anche Corte cost., n. 205 del 2010; Id., n. 318 del 2008; Id., n. 67 del 2007.

¹⁸ Se ne può, comunque, ricavare un riferimento implicito nell’art. 111 comma 3 Cost., nella parte in cui prevede la facoltà per l’accusato di interrogare i testimoni a carico davanti “al giudice”; non, quindi, di fronte ad “un” giudice qualsiasi, magari diverso dal giudice del dibattimento, come invece si evince dalla corrispondente formulazione dell’art. 6 § 1 CEDU («un tribunale indipendente e imparziale»): v. O. Mazza, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, ann. VII, Giuffrè, 2014, p. 270 ss.

¹⁹ Lo stesso vale per il diritto alla libertà personale, rispetto a cui è, parimenti, una norma sovraordinata – contenuta nell’art. 5 § 1 CEDU – ad individuare le possibili ipotesi di restrizione.

²⁰ Si pensi alle modifiche alle scadenze ordinarie dell’esame incrociato dei minorenni e dei testimoni vulnerabili, previste dall’art. 499 commi 4 ss. c.p.p. per ragioni di tutela dei dichiaranti.

²¹ Sarebbe infatti illegittima una norma che, per ragioni di economia, limitasse la durata dell’esame incrociato.

²² Di qui la copertura costituzionale dell’incidente probatorio, che assicura un contraddittorio senza immediatezza al fine di evitare una successiva perdita totale del metodo dialettico, o allo scopo di proteggere il dichiarante.

²³ In senso diverso, cfr. O. MAZZA, [Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale](#), in *archiviopenale.it*, 2019, n. 2, p. 6 ss.

oggi potrebbe essere favorita dalla crescente diffusione delle piattaforme di videoconferenza digitale.

Si tratta di due approcci non alternativi fra loro, che potrebbero anche essere adottati insieme. Entrambi, però, come ora vedremo, sono insoddisfacenti.

4. a) L'immediatezza flessibile.

La prima strategia riguarda le situazioni in cui si debba procedere alla ripetizione dell'audizione di un dichiarante già precedentemente esaminato di fronte a giudici in tutto o in parte diversi²⁴. L'obiettivo è ridimensionare il diritto alla rinnovazione orale delle prove che discende dall'immediatezza²⁵, attraverso la previsione di eccezioni formulate non più – come avviene attualmente – in termini ben delineati, ma in modo elastico. L'immediatezza diverrebbe, in questo modo, flessibile, ancorata a presupposti operativi di tipo discrezionale e, come tale, modulabili caso per caso²⁶.

L'ampliamento dell'art. 190 bis c.p.p. In questa direzione, una possibile configurazione è quella della riassunzione orale solo in presenza di "specifiche esigenze" (secondo la terminologia dell'art. 190 bis c.p.p.) o "ragioni" (come le chiama la più sopra menzionata sentenza *Bajrami*)²⁷. A questo risultato punta anche il progetto di legge di riforma del processo penale presentato dal Governo Conte *bis* nel marzo del 2020, il quale vorrebbe estendere le prescrizioni dell'art. 190 bis a tutti i casi di mutamento della composizione dell'organo giudicante²⁸.

Sono le stesse Sezioni Unite ad indicarne alcune possibilità applicative, laddove esigono che gli interessati allegghino le "circostanze" "in ordine alle quali esaminare nuovamente il dichiarante", o gli "elementi dai quali desumere la sua inattendibilità (anche se limitatamente ad alcuni punti della deposizione resa), e la conseguente necessità che egli venga nuovamente esaminato". Non basterebbe, a questo fine, postulare la "pedissequa reiterazione dell'esame già svolto" "sulle stesse circostanze già compiutamente oggetto del precedente esame". Né, tendenzialmente, si potrebbe domandare la rinnovazione quando il dichiarante, nel corso del precedente esame, avesse chiesto di "consultare in aiuto alla memoria gli atti a sua firma", avesse "palesato

²⁴ Si pensi alla già considerata eventualità del mutamento del collegio giudicante, nonché alla rinnovazione in dibattimento degli esami svolti in incidente probatorio o in altri processi, e alla rinnovazione in appello degli esami svolti in primo grado.

²⁵ Su cui v. P. FERRUA, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *studiosiprocessopenale.it*, p. 13 ss.

²⁶ A favore di questa prospettiva v. R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 152 ss.

²⁷ Cfr. *supra*, § 2.

²⁸ D.d.l. C-2435, presentato il 13 marzo 2020, art. 5, in *sistemapenale.it*, 21 aprile 2020, il quale postula che "la regola di cui all'articolo 190-bis, comma 1, del codice di procedura penale sia estesa, nei procedimenti di competenza del tribunale, anche ai casi nei quali, a seguito del mutamento della persona fisica di uno dei componenti del collegio, è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 del codice di procedura penale e queste hanno già reso dichiarazioni nel dibattimento svolto innanzi al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate".

cattivo ricordo dei fatti” o, comunque, dovesse “essere riesaminato dopo ampio lasso di tempo dal verificarsi dei fatti in ipotesi a sua conoscenza”²⁹.

Le garanzie compensative. Un’altra via per rendere flessibile l’immediatezza è, invece, mostrata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Quest’ultima, pur ritenendola un elemento rilevante dell’equità processuale, ammette, a seconda delle peculiarità di ciascun caso, la possibilità di rinunciare in presenza di misure capaci di controbilanciarne la compressione: garanzie compensative che, perlopiù, i giudici di Strasburgo finiscono per identificare con il peso conoscitivo delle dichiarazioni.

La Corte europea ha, così, affermato che, in caso di mutamento del collegio giudicante, la riassunzione orale non sarebbe necessaria quando la testimonianza non fosse sufficientemente “importante”³⁰. In rapporto al giudizio di appello, analogamente, i giudici di Strasburgo tendono a subordinare la ripetizione orale delle testimonianze alla condizione che si tratti di prove “decisive”³¹. Un approccio recepito anche dalla giurisprudenza italiana³², sebbene la rinnovazione sia prevista in termini perentori dall’art. 603 comma 3 *bis* c.p.p.³³.

Che cosa dire di queste possibili metamorfosi? È chiaro che, assumendo una conformazione elastica, l’immediatezza sarebbe in grado di adattarsi a ciascun caso concreto, con la possibilità di rinunciare in tutte le situazioni in cui non fosse in grado di apportare un valore aggiunto. Ciò, però, avverrebbe ad un costo ben maggiore: l’eccessiva discrezionalità che ne deriverebbe per i giudici, un tratto per certi versi in potenziale conflitto con la stessa Costituzione e, in ogni caso, pericolosa per la parità di trattamento e per le stesse esigenze cognitive del processo.

4.1. Le impalpabili “esigenze” o “ragioni” per la riassunzione orale.

Il parametro delle “esigenze” (art. 190 *bis* c.p.p.) o “ragioni” (sentenza *Bajrami*) ai fini della riassunzione orale è suscettibile di entrare in rotta di collisione con il principio di legalità processuale che, stando all’art. 111 comma 1 Cost., dovrebbe informare le norme processuali, specie se mirate a comprimere le garanzie fondamentali. Nella sua totale genericità, esso potrebbe essere declinato nei modi più diversi, rischiando di

²⁹ V. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, *Bajrami*, cit.

³⁰ Cfr. Corte eur., 6 marzo 2017, *Škaro c. Croazia*, § 24; Id., 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*, § 61.

³¹ Cfr. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 31, la quale parla di prove di “grande importanza per la decisione del caso”; Id., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 41 (“fatti decisivi per la determinazione della colpevolezza del ricorrente”). Più di recente, Id., 22 ottobre 2020, *Tondo c. Italia*, § 38 ss.; Id., 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia II*, § 53 ss., la quale ha richiamato al riguardo anche il *test* dei fattori di controbilanciamento elaborato in rapporto ai casi di assenza dei testimoni in dibattimento (Id., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 107 ss., e Id., 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 107 ss.)

³² V. Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*; Id., sez. V, 22 luglio 2020, n. 25949. In precedenza, prima dell’introduzione dell’art. 603 comma 3 *bis* da parte della legge Orlando, Id., sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*.

³³ Il quale la prescrive in tutti i casi di “appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa”.

generare discriminazioni o, comunque, di addossare alla parte interessata una *probatio* diabolica, azzerando nella sostanza il diritto all'oralità³⁴.

Volendo specificarlo meglio, si dovrebbe perlomeno indicare lo scopo della rinnovazione, così da permettere agli interessati di comprendere come calibrare le ragioni della richiesta.

A questo fine, non ci potrebbe limitare a postulare che il nuovo esame abbia ad oggetto fatti diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni. Tale parametro, già ora indicato dall'art. 190 *bis* c.p.p., e invocato da alcune sentenze della Corte europea nel caso del mutamento del collegio giudicante³⁵, non terrebbe conto del fatto che la rinnovazione dovrebbe principalmente servire a recuperare gli *input* conoscitivi derivanti dall'immediatezza a beneficio dei nuovi giudici in rapporto alle medesime circostanze fattuali già esplorate in precedenza. Diversamente perderebbe la sua ragion d'essere, tramutandosi in una mera attività di integrazione probatoria mirata a colmare le lacune istruttorie del primo esame³⁶.

La legge dovrebbe perlomeno chiarire che – *novum* a parte – bisognerebbe indicare i motivi per cui la rinnovazione risulterebbe indispensabile per valutare l'attendibilità del dichiarante³⁷. In questo modo si identificherebbe ciò che conta davvero, ossia l'effettiva necessità di riattivare i canali della comunicazione orale ai fini della migliore resa cognitiva della testimonianza a beneficio del nuovo giudice.

È fortemente dubbio, però, che una soluzione del genere sia in grado di assicurare un sufficiente margine operativo alla ripetizione orale dell'esame. È difficile che dal verbale della precedente deposizione emergano specifici segnali dell'esigenza di riascoltare le domande e le risposte attraverso la viva voce degli interessati, e ciò proprio perché la scrittura e l'oralità sono due mezzi espressivi che viaggiano su binari diversi. La prima decontestualizza il linguaggio, recidendo ogni contatto diretto con l'autore delle dichiarazioni, ed azzerando qualunque apporto cognitivo che non sia il significato delle espressioni utilizzate³⁸. Che la riassunzione orale possa davvero servire ai fini di una migliore valutazione di una testimonianza scritta, in linea di massima, non è pronosticabile *a priori*, ma solo dopo averla praticata.

³⁴ Lo dimostra, del resto, l'attuale prassi applicativa relativa all'art. 190 *bis* c.p.p., tale da renderlo difficile da accettare persino se limitato ai procedimenti per determinati reati: cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 125.

³⁵ Cfr. Corte eur., 10 febbraio 2005, *Graviano*, cit., § 39, secondo cui l'interessato dovrebbe indicare "in che cosa", i "nuovi interrogatori" potrebbero "apportare elementi nuovi e pertinenti" per la decisione.

³⁶ V. D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *archiviopenale.it*, 2019, n. 2, p. 5.

³⁷ In questo senso v. la proposta della Commissione Gratteri per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata, p. 49, in *unitelmasapienza.it*. In precedenza, v. già P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008, p. 302, secondo cui «la rinnovazione dovrebbe imporsi ogniquale volta, in considerazione delle caratteristiche della persona esaminanda, delle circostanze oggetto di esame ovvero di altre situazioni esterne, apparisse necessario consentire al giudice deliberante di cogliere in via diretta, dal comportamento del soggetto-fonte, elementi utili ai fini della decisione».

³⁸ Cfr. W. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, trad. it., Il Mulino, 1986, p. 119 ss.

Ben altro ausilio verrebbe dalla sostituzione della verbalizzazione con la videoregistrazione della precedente deposizione, capace di offrire anche una rappresentazione dei tratti extralinguistici della testimonianza³⁹. Ma si deve essere consapevoli che, consentendo l'impiego di quest'ultima, si metterebbe una pietra tombale sulla rinnovazione orale, sostituendola con una modalità cognitiva di qualità inferiore: anche impiegando le tecnologie più avanzate, l'artificiale riproduzione audiovisiva, per forza di cose confinata alle inquadrature e alle scelte di montaggio effettuate dall'autore delle videoriprese, non potrebbe mai competere con la percezione fisica.

4.2. La pretesa quantificazionista delle garanzie compensative.

Parimenti criticabili risultano i parametri dell'"importanza" e della "decisività" della testimonianza, in cui, come si è detto, perlopiù si traducono le garanzie compensative richieste dalla Corte europea ai fini del rispetto dell'equità processuale. Si tratta di criteri dal significato controverso, suscettibile di assumere sfumature diverse a seconda del contesto⁴⁰.

L'"importanza" è rapportata dai giudici di Strasburgo agli indici più diversi⁴¹, quali la porzione di fatto tipico oggetto delle dichiarazioni già raccolte⁴², l'effettiva possibilità per i nuovi giudici di comprenderne comunque il valore grazie alle tecniche di documentazione utilizzate⁴³, oppure la grandezza del numero dei giudici sostituiti⁴⁴. E comunque non va dimenticato che essa, se è impiegata dalla Corte europea per giudicare *ex post* l'equità complessiva del processo nonostante l'avvenuto mutamento del collegio giudicante, a livello nazionale verrebbe in gioco prima della pronuncia della sentenza di primo grado. Non potrebbe, dunque, che essere focalizzata sulle singole prove dichiarative considerate isolatamente dal resto del materiale probatorio, assumendo un margine di arbitrarietà ancora più grande.

³⁹ Così accogliendo uno dei suggerimenti della sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale. Analogamente, la videoregistrazione degli esami dibattimentali potrebbe essere utilizzata anche dai giudici di appello per decidere in merito alla necessità di riassumere le testimonianze raccolte in primo grado.

⁴⁰ Sulla ambiguità dei criteri individuati dalla Corte europea v., in particolare, M.L. Di BITONTO – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *In difesa del dibattimento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1125 ss.

⁴¹ V., in generale, V. AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3747 ss.; R. CASIRAGHI, *Mutamento del giudice, diritto alla prova e adattamento dell'Al-Khawaja test*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1617 ss.

⁴² Ad esempio, l'elemento soggettivo del reato (Corte eur., 2 dicembre 2014, *Cutean*, cit., § 61 ss.), o la condotta materiale (Id., 6 marzo 2017, *Škaro*, cit., § 24 ss.).

⁴³ V. Corte eur., 25 luglio 2019, *Svanidze c. Georgia*, § 32 ss.

⁴⁴ Così, la riassunzione orale delle prove dovrebbe essere disposta quando il mutamento riguardasse tutti i giudici (Corte eur., 2 dicembre 2014, *Cutean*, cit., § 61 ss.) e non, invece, quando concernesse solo un giudice su nove (Id., 10 febbraio 2005, *Graviano*, cit., § 39) o un giudice su cinque (Id., 6 marzo 2017, *Škaro*, cit., § 24 ss.). Così però resterebbe dubbia, perlomeno nel nostro ordinamento, la situazione più frequente, ossia quella del mutamento di un giudice su tre: una variazione di cui sarebbe impossibile misurare la concreta incidenza sull'esito del giudizio.

Non meno ambiguo il criterio della “decisività” invocato nel caso della riassunzione delle testimonianze in appello, nonostante che esso, intervenendo dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, consentirebbe di considerare la prova nell’economia di tutto il materiale istruttorio. Secondo la sentenza *Dasgupta* delle Sezioni Unite, sarebbero decisive le prove dichiarative che, “pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura”, risultassero di per sé “potenzialmente incisive” o anche solo “rilevanti” ai fini della valutazione di colpevolezza o innocenza; non, invece, le prove che ricevessero un “significato risolutivo” solo dalle fonti di prova di diversa natura⁴⁵.

Dovrebbe essere chiaro il difetto di fondo che affligge una prospettazione del genere, basata sull’erronea convinzione di riuscire a quantificare e a comparare il peso di ciascuna prova. I canoni induttivi che governano l’accertamento storico nel processo penale – fondati non sull’aritmetica, ma sulla capacità logico-argomentativa delle prove di cucire le reti inferenziali a sostegno dei fatti da provare – non contemplano tale possibilità, se non al prezzo di un’ipocrisia.

Evidente, inoltre, il paralogismo di inversione causale che ne discende. La determinazione del valore delle prove, che dovrebbe essere il risultato dell’immediatezza, diventerebbe invece la ragione dell’adozione di quest’ultima.

5. b) La sirena dell’oralità digitale.

Un’altra strategia è addirittura volta a sostituire l’immediatezza con un surrogato di tipo tecnologico: la riproduzione delle parole con le piattaforme digitali di videoconferenza, capaci di connettere in tempo reale persone situate in luoghi diversi attraverso la trasmissione sincrona di immagini e suoni. Una modalità che, in linea teorica, potrebbe essere impiegata per esaminare o riesaminare qualunque dichiarante che non si trovi fisicamente nel luogo dell’udienza.

È una possibilità suscettibile assumere due declinazioni distinte: quella dell’esame di un dichiarante in un dibattito completamente virtuale, al quale tutti i partecipanti sono videocollegati a distanza; e quella dell’esame a distanza di un dichiarante in un’udienza tradizionale.

(i) *Dibattimento virtuale*. La prima è un’eventualità che comporta la rottura più totale delle normali coordinate spaziali e sensoriali delle udienze⁴⁶. Come tale, potrebbe essere adottata solo nelle situazioni di emergenza, in forza di un’espressa indicazione legislativa. È quello che si è verificato, come ben sappiamo, con la crisi sanitaria scatenata

⁴⁵ Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, cit. Non molto diversa la nozione di “decisività” prospettata da Corte eur., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 131, sia pure nel diverso contesto dell’uso probatorio delle dichiarazioni raccolte dai testimoni assenti in dibattimento. Stando ai giudici di Strasburgo, essa sarebbe inversamente proporzionale al valore degli elementi di riscontro: quanto più elevato fosse quest’ultimo, tanto più non si tratterebbe di prove decisive.

⁴⁶ Cfr. S. LORUSSO, [Il cigno nero del processo penale](#), in questa *Rivista*, 11 maggio 2020, p. 2 ss.; F. ALONZI – F. PETRELLI, [La privatizzazione \(e la privazione\) del processo](#), in *dirittodidifesa.eu*, 26 aprile 2020, p. 1 ss.

dal Covid-19, la quale ha portato il Governo Conte *bis* ad intervenire d'urgenza con il d.l. n. 18 del 2020 (decreto "Cura Italia") durante la prima ondata della pandemia⁴⁷ e, più di recente, con i d.l. n. 137 del 2020 (decreto "Ristori")⁴⁸ e n. 149 del 2020 (decreto "Ristori *bis*")⁴⁹.

Sono norme di non agevole lettura, evidentemente redatte in modo frettoloso. È, nondimeno, consentito ricavarvi che, salvo il consenso delle parti⁵⁰, la modalità virtuale non potrebbe essere adottata per le udienze aventi ad oggetto la raccolta di prove dichiarative⁵¹.

Tale scelta denota la consapevolezza del fatto che l'assenza di fisicità non è senza conseguenze negative per la corretta esplicazione degli effetti dell'oralità. Ciò non toglie che, qualora l'emergenza sanitaria fosse qualificabile come "pericolo pubblico" tale da "minacciare la vita dello Stato", l'art. 15 CEDU consentirebbe una sospensione anche del diritto all'equità processuale, legittimando la raccolta delle prove dichiarative in un dibattimento virtuale pure a prescindere dal consenso delle parti. Volendo, però, rispettare il criterio di stretta necessità imposto da tale prescrizione⁵², il legislatore dovrebbe perlomeno indicare le ragioni per cui si tratterebbe di una misura indispensabile, non risultando praticabili alternative meno problematiche per l'oralità in grado di fronteggiare ugualmente i pericoli di contagio⁵³.

(ii) *Esame a distanza*. L'esame a distanza di un dichiarante in un dibattimento tradizionale è, invece, un istituto già presente da tempo nel nostro sistema. Lo prevede l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., come strumento eccezionale per tutelare le persone in una concreta situazione di pericolo per la propria incolumità (è il caso dei collaboratori di giustizia) o integrità psico-emotiva (ad esempio, le vittime di reati sessuali), oppure nelle ipotesi di impossibilità oggettiva dell'esame in presenza⁵⁴.

⁴⁷ Su cui v., fra i molti, F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi](#), in [lalegislazionepenale.eu](#), 18 maggio 2020.

⁴⁸ Cfr. G. BORGIA, [Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria](#), in [osservatorioaic.it](#), 2020, n. 6, p. 181 ss.

⁴⁹ Cfr. J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in [processopenaleegustizia.it](#), 2021, n. 1, p. 226 ss.

⁵⁰ Riguardo al decreto Ristori, nel senso che le parti potrebbero acconsentire alla modalità virtuale anche per le udienze istruttorie, considerato che l'art. 23 comma 5 riferisce l'eventualità del consenso, genericamente, alle "udienze dibattimentali", v. M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020, § 7.

⁵¹ Ossia, nella terminologia legislativa, le "udienze nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti" (artt. 12 *bis* d.l. Cura Italia, e 23 comma 5 d.l. Ristori).

⁵² Cfr. R. LUGARÀ, [Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali](#), in [osservatorioaic.it](#), 2020, n. 3, p. 358 ss.

⁵³ Ad esempio, un'udienza in un luogo ben areato e senza la presenza del pubblico: cfr. E. AMODIO – E.M. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa *Rivista*, 2020, n. 5, p. 279 ss. In senso, invece, radicalmente contrario alle udienze virtuali istruttorie, perfino se con il consenso delle parti, v. [L'Unione delle Camere Penali Italiane alle consultazioni del Senato sul 'Decreto Ristori'](#), in [camerepenali.it](#), 10 novembre 2020, p. 3 ss.

⁵⁴ Si pensi a serie difficoltà di movimento, oppure al fatto che il dichiarante si trovi all'estero e le competenti autorità straniere non ne permettano l'audizione *in loco* con modalità rispettose del contraddittorio. Il comma 5 dell'art. 147 *bis* consente, poi, di adottarlo in caso di "gravi difficoltà" ad assicurare la comparizione

Così limitato, è un uso ragionevole dello strumento, considerato che bilancia in modo proporzionato l'immediatezza con l'esigenza di proteggere valori della massima importanza. Il problema è che, per vari fattori, potrebbero aprirsi delle breccie in questa costruzione.

Si pensi, anzitutto, alle ipotesi di esame a distanza introdotte dalla legge Orlando nel corpo dell'art. 146 *bis* disp. att.⁵⁵: la videoconferenza, ora, può essere adottata anche per esaminare gli imputati di uno dei gravi delitti indicati dagli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a n. 4 c.p.p., detenuti o liberi, nonché le persone a qualunque titolo in stato di detenzione. Situazioni, come si vede, in cui essa potrebbe essere giustificata anche solo da ragioni di mera efficienza, senza la necessità di un reale pericolo per il dichiarante.

Il rischio di un ulteriore e ben più largo varco è rappresentato dalla crescente familiarizzazione con le piattaforme di videoconferenza, favorita dalla crescente diffusione della tecnologia digitale e, di recente, forzata dalla pandemia di Covid-19. Tale uso obbligato, trasformandosi in un'abitudine, rischia di accreditare l'idea che l'esame a distanza sia del tutto simile a quello in presenza, e possa essere convertito da eccezione a regola. Un mutamento che, tutto sommato, a molti non dispiacerebbe, considerato che consentirebbe di ovviare agli inconvenienti pratici – ben noti a chi frequenta le aule giudiziarie – legati alla comparizione fisica dei dichiaranti.

5.1. *L'illusione ottica della presenza.*

Lo sdoganamento dell'oralità digitale potrebbe sembrare un passaggio indolore specie in considerazione del fatto che essa, a differenza della scrittura, non elimina la possibilità d'interazione con l'autore delle dichiarazioni: collegato a distanza in modo sincrono, quest'ultimo, sia pure solo virtualmente, figura come presente, e può essere interpellato⁵⁶.

Tanto è vero che i suoi sostenitori spesso si appellano all'affermazione con cui la sentenza n. 342 del 1999 della Corte costituzionale aveva giustificato la possibilità di impiegare le videoconferenze per la partecipazione a distanza al dibattimento degli imputati di associazione mafiosa in stato di detenzione: conterebbe solo l'“effettiva partecipazione personale e consapevole” degli interessati alle attività procedurali e, dunque, la capacità dei mezzi tecnici impiegati di realizzare tale risultato⁵⁷.

fisica del dichiarante; ma si deve ritenere che tale clausola di chiusura non ne permetterebbe l'impiego al di fuori delle evenienze appena menzionate. Per questa ricostruzione, v. M. DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. Negri – R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, 2017, p. 134 ss.

⁵⁵ Il quale riguarda, invece, la partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento, un istituto che coinvolge il diritto di difesa ex art. 24 Cost considerato nel suo complesso.

⁵⁶ Cfr. J.C. DEMPSEY, *The Theory of Virtuality Culture and Technology-Mediated Human Presence*, in M.J. Spector-B.B. Lockee-M.D. Childress (a cura di), *Learning, Design, and Technology*, Springer, 2017, p. 5 ss.

⁵⁷ Cfr. S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale](#), in questa Rivista, 6 luglio 2020, p. 46 ss. Seguono questa logica gli artt. 83 comma 12 *bis* d.l. Cura Italia e 23 comma 5 d.l. Ristori, secondo cui la

Peccato, però, che si tratti di un'illusione ottica. La presenza digitale, *"in imagine"*, è ontologicamente diversa da quella *"in corpore"*⁵⁸. Denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva⁵⁹, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato. Anche potendo avvalersi delle più avanzate tecnologie, la riproduzione digitale dei volti, dei corpi e dei suoni sconta un insopprimibile margine di artificiosità. Le distorsioni cognitive che ne risultano – di cui ancora non vi è ancora piena consapevolezza neppure a livello scientifico – producono un profondo impatto sulla capacità di comunicazione e di ascolto⁶⁰, distorcendo gli indici di credibilità delle testimonianze⁶¹.

In linea teorica, l'impiego dell'oralità digitale per rendere il processo penale più efficiente sarebbe prospettabile solo nelle situazioni in cui fosse consentito prevedere in astratto che l'esame incrociato in presenza non sarebbe capace di produrre un valore aggiunto. Si tratta, però, di un requisito non facilmente soddisfabile. Sarebbe davvero arduo per la legge prestabilire a priori con sufficiente precisione le ipotesi in cui l'esame a distanza non determinerebbe nessuna perdita cognitiva, potendo essere adottato senza pregiudizio per l'immediatezza⁶². Tutto dipende dal caso concreto, in base a condizioni – la distanza temporale dalla commissione dei fatti, le capacità mnemoniche di quello specifico dichiarante, il livello di complessità degli eventi da riferire, la qualità della tecnologia di videoconferenza utilizzabile – non preventivabili *ex ante*.

Né si potrebbe graduare l'uso dell'immediatezza, riservando la modalità in presenza solo a certe tipologie di esami⁶³. Così ragionando, si cadrebbe nella già menzionata fallacia di inversione causale fra l'immediatezza e il valore delle prove: laddove dovrebbe esserne l'effetto, il secondo diventerebbe la ragione di adozione della prima, pur venendo determinato a monte dal giudice sulla scorta di una base epistemologica incompleta⁶⁴.

Diverso il discorso qualora le parti, al di là dei casi attualmente previsti dagli artt. 146 e 147 *bis* disp. att. c.p.p., concordassero sull'uso della videoconferenza per esaminare un dichiarante: un'evenienza che, attualmente non contemplata dalla legge, sarebbe opportuno introdurre. Per l'imputato, tale facoltà sarebbe legittimata dall'eccezione del

videoconferenza dovrebbe *"salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti"*.

⁵⁸ Cfr. E. FRAGASSO JR., [Il processo penale a distanza, la costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la covid19](#), in *discrimen.it*, 22 giugno 2020, p. 13 ss.: se è vero che l'informatica ha cambiato il mondo, non è, nel frattempo, ancora *"cambiato l'uomo"*.

⁵⁹ Cfr. J.C. DEMPSEY, *The Theory of Virtuality Culture*, cit., p. 13 ss.

⁶⁰ V.K. MURPHY, *Why Zoom is Terrible*, in *nytimes.com*, 29 aprile 2020.

⁶¹ Cfr. O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *archiviopenale.it*, 2020, n. 1, p. 9 ss.; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del CODIV-19](#), in *giurisprudenzapenale.com*, 10 maggio 2020, p. 7.

⁶² Cfr. [Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo con l'avv. prof. Oliviero Mazza](#), in *dirittodidifesa.eu*, p. 10 ss.

⁶³ In questo senso, invece, S. RECCHIONE, [L'oralità \(ir\)rinunciabile nel processo penale](#), in *giustiziainsieme.it*, 3 giugno 2020, § 3, la quale cita, a titolo di esempio, *"l'esame del perito sulle parti della relazione poco comprensibili o contestate dai tecnici di parte; degli ufficiali di polizia giudiziaria sulle parti non chiare o incomplete degli atti che hanno stilato; dei sanitari sui dati non refertati, ma rilevanti (come ad esempio le condizioni psichiche della persona curata)"*.

⁶⁴ Cfr. *supra*, § 4.2.

consenso *ex art.* 111 comma 5 Cost. (la quale, prevista per il contraddittorio nella formazione della prova, può valere anche per l'immediatezza, che del metodo dialettico rappresenta la migliore declinazione operativa)⁶⁵. L'esigenza del consenso dell'accusa, dal canto suo, si spiega con il fatto che il pubblico ministero dovrebbe sempre potersi opporre ad una modalità tale da inibire il miglior accertamento dei fatti.

L'esame a distanza su accordo delle parti, del resto, non sarebbe nulla di rivoluzionario in un sistema che contempla il patteggiamento e il giudizio abbreviato, permettendo alle parti di contrattare sull'entità della pena e, addirittura, all'imputato di chiedere di essere giudicato sulla base di atti di indagine scritti.

6. L'urgenza di anticorpi accusatori.

Se le strategie di rimodulazione dell'immediatezza fin qui considerate si rivelano impraticabili, che cosa fare? Altro non resta che provare a mutare angolo visuale, riconoscendo che il problema non sta nell'immediatezza in sé – la quale non potrebbe essere mutata geneticamente se non al costo di depotenziarla – bensì nel contesto in cui essa è chiamata ad operare. Volendo preservarla come regola soggetta ad eccezioni delimitate in modo sufficientemente preciso, appare ineludibile ripristinare pienamente la grammatica del sistema accusatorio, recuperando la centralità del dibattimento.

A questo fine bisognerebbe avere il coraggio di affrontare una volta per tutte i difetti sistemici che tuttora affliggono il processo penale italiano, il quale vorrebbe assicurare l'immediatezza impiantandola su un terreno incapace di consentirne il corretto sviluppo. Difetti ascrivibili a vizi di progettazione di cui magari non si poteva cogliere la portata al momento della compilazione del codice, ma che non si possono più ignorare a ben più di trenta anni dall'entrata in vigore delle norme vigenti.

Volendo seriamente rimuoverli, è urgente introdurre alcuni anticorpi che possano fermare e, sperabilmente, invertire l'attuale processo degenerativo. Senza pretesa di completezza, è consentito individuare almeno due possibili linee di intervento, relative a quelli che si potrebbero definire l'*input* e l'*output* del dibattimento: vale a dire, il transito dalle indagini al giudizio e le impugnazioni delle decisioni dibattimentali.

6.1. La fluidità del transito al dibattimento.

Riguardo all'*input*, va fatto tutto il possibile per realizzare il prerequisite fondamentale di qualunque sistema accusatorio, indispensabile affinché il contraddittorio orale funzioni al meglio: lo svolgimento del dibattimento ad una ragionevolmente breve distanza di tempo dalla commissione dei fatti.

⁶⁵ Cfr. G. BORGIA, *Dibattimento a distanza*, cit., p. 191 ss., anche se in riferimento alla normativa emergenziale.

A questo riguardo, emerge l'evidente problema dell'eccessiva durata delle indagini, nel corso delle quali, stando alle statistiche, si verifica la maggioranza delle prescrizioni⁶⁶. Molti propongono di risolverlo fissando termini ancora più stringenti per la loro conduzione. Il già menzionato progetto del Governo Conte *bis* di riforma del processo penale, in particolare, vorrebbe predisporre un termine specifico entro cui il pubblico ministero, subito dopo la loro conclusione, decida se esercitare l'azione penale o domandare l'archiviazione. Si vorrebbe, altresì, prevedere un controllo giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato, in modo da evitare che, ritardando quest'ultima, i termini per investigare siano indebitamente allungati⁶⁷.

Tuttavia l'esperienza dell'attuale disciplina in materia – in rapporto a cui operano le più variegate tecniche di elusione – rende lecito dubitare che si tratterebbe di soluzioni vincenti. È molto difficile, del resto, ipotizzare un valido apparato di sanzioni per il mancato rispetto dei tempi imposti dalla legge⁶⁸. Più in generale, un sistema rigido di termini non è conciliabile con un'attività per definizione elastica, la cui durata, dipendendo dai carichi di lavoro delle procure e dalla complessità del singolo caso, è imprevedibile a priori a prescindere dalla gravità del reato. In un sistema accusatorio ortodossamente costruito, la previsione di termini rigidi per indagare rappresenta una "pseudogaranzia" che non dovrebbe neppure avere cittadinanza⁶⁹.

Abolizione dell'udienza preliminare. Nell'ottica di velocizzare il passaggio al dibattimento, sarebbe auspicabile una mossa ben più coraggiosa: arrivare ad abolire l'udienza preliminare, muovendo dalla constatazione che, alla prova dei fatti, il vaglio preliminare dell'accusa non è in grado di svolgere un'apprezzabile funzione di filtro⁷⁰. Le risorse dedicate ad un controllo che, storicamente, aveva un senso in rapporto all'azione penale svolta dai privati, ma che oggi ha perso ogni ragion d'essere, potrebbero essere più proficuamente destinate ad altre attività.

Si tratta di una prospettiva avversata da chi preferirebbe per contro un rafforzamento dell'udienza preliminare, invertendo il *thema probandum* e il criterio decisorio che ne discende rispetto a quello ad oggi previsto dall'art. 425 c.p.p. Anche il progetto di riforma del governo Conte *bis* si colloca in quest'ultima ottica, laddove vorrebbe che il rinvio a giudizio venisse pronunciato solo quando fosse possibile formulare una prognosi di probabile condanna all'esito del dibattimento (in modo da convertire l'attuale canone dell'*in dubio pro actione* nell'opposto criterio dell'*in dubio pro reo*⁷¹).

⁶⁶ V. G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, in cortedicassazione.it, p. 29 ss.

⁶⁷ D.d.l. C-2435, cit., art. 3.

⁶⁸ Cfr. G. GARUTI, [Il "d.d.l. Bonafede": riformulata \(timidamente\) la durata delle indagini](#), in archiviopenale.it, 6 novembre 2020, p. 8 ss.

⁶⁹ Cfr. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 811 ss.

⁷⁰ Per questa proposta, v. M. DANIELE, [L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in questa *Rivista*, 27 gennaio 2020. Nello stesso senso, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, [Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi \(e giusti\) serve un cambio di passo](#), in questa *Rivista*, 21 aprile 2020, p. 160 ss.

⁷¹ D.d.l. C-2435, cit., art. 3, secondo cui si dovrebbe "escludere il rinvio a giudizio nei casi in cui gli elementi acquisiti risultano insufficienti o contraddittori o comunque non consentono una ragionevole previsione di

Si vorrebbe, in questo modo, indurre il giudice dell'udienza preliminare ad un controllo ben più approfondito, senza però accorgersi che così si rafforzerebbero le pulsioni inquisitorie già presenti nel sistema, valorizzando ancora di più le indagini a scapito del giudizio. In una logica di naturale compensazione, più il vaglio preliminare è completo ed esaustivo, più c'è da aspettarsi che il dibattimento perda la sua centralità⁷².

Videoconferenze investigative. Pur con tutte le sue carenze, non è realistico pensare che la tecnologia digitale continui a rimanere completamente al di fuori del processo penale anche per il futuro e al di là dell'emergenza determinata dalla pandemia. Sarebbe una posizione di retroguardia, in un contesto in cui essa pervade sempre di più tutti gli aspetti della nostra vita⁷³.

Non sarebbe del resto scandaloso, in un sistema accusatorio come il nostro, ricavarle uno spazio operativo nella fase delle indagini⁷⁴, nel momento in cui gli uffici giudiziari riuscissero a dotarsi di piattaforme di videoconferenza in grado di funzionare in modo adeguato.

Certo, in molti casi l'uso della modalità a distanza non consentirebbe di risparmiare tempo. Vi sono, nondimeno, delle situazioni in cui permetterebbe di ovviare a certi problemi logistici o a situazioni di urgenza senza pregiudicare le esigenze difensive. Basti pensare all'assunzione di dichiarazioni da persone informate sui fatti che vivessero in luoghi geograficamente lontani dagli uffici degli organi inquirenti; oppure all'interrogatorio di garanzia da svolgere nella circoscrizione di un altro tribunale, che, grazie al collegamento in videoconferenza, si potrebbe evitare di delegare ad un giudice per le indagini preliminari ignaro della vicenda⁷⁵.

Nei casi in cui fosse realmente in grado di accorciare i tempi, poi, la videoconferenza potrebbe essere utilizzata per attività a ridotto tasso di oralità, quali le udienze di convalida degli arresti e dei fermi, di opposizione alle archiviazioni, di patteggiamento o di messa alla prova⁷⁶.

A chi obietta che in questo modo si disumanizzerebbe il processo penale, privandolo della presenza fisica degli interessati⁷⁷, si può replicare che è proprio legittimando un uso mirato e proporzionato della modalità digitale si riuscirebbe ad impedire che essa venisse impiegata laddove rischierebbe di produrre danni.

accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio".

⁷² Cfr. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffè, 1963, p. 203.

⁷³ Cfr. S. LORUSSO, *Il cigno nero*, cit., p. 10 ss. V. anche J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza*, cit., p. 259 ss.

⁷⁴ V. L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *giurisprudenzapenale.com*, 10 maggio 2020, p. 9.

⁷⁵ L'esempio è di L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 924.

⁷⁶ In questo senso, ma con riferimento al solo periodo di emergenza determinato dalla pandemia, v. le [Proposte per assicurare livelli di efficienza degli Uffici giudiziari e la tutela dei diritti di difesa nel tempo della pandemia. Il confronto tra i Procuratori della Repubblica e l'Unione delle Camere Penali Italiane](#), 27 ottobre 2020, in *camerepenali.it*.

⁷⁷ Cfr. G. SANTALUCIA, [La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"](#), in *giustiziainsieme.it*, 10 aprile 2020, § 8.

Né va trascurato che il suo utilizzo non solo determinerebbe benefici in termini efficienza, ma permetterebbe anche un miglior controllo della genuinità degli atti. Sarebbe sufficiente, a questo proposito, prevedere l'obbligo di integrale videoregistrazione delle attività a distanza compiute: una modalità di documentazione ben più trasparente dei classici verbali scritti, e che, peraltro, dovrebbe essere imposta anche per gli atti di indagine in presenza⁷⁸.

6.2. Il giusto dosaggio delle impugnazioni.

Riguardo all'*output*, la legge dovrebbe, con onestà, riconoscere che il sistema delle impugnazioni è rimasto pressoché identico a quello del codice del 1930, continuando a riflettere il *favor* inquisitorio per le garanzie di natura verticale anziché orizzontale.

La logica accusatoria prediligerebbe, in particolare, un uso moderato dell'appello. Da noi, invece, quest'ultimo è un rimedio generalizzato, e – per quanto l'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p. abbia resa obbligatoria la riassunzione delle prove dichiarative ai fini della riforma del proscioglimento in una condanna – allo stesso tempo dotato di un'immediatezza inevitabilmente depotenziata: in secondo grado, i dichiaranti vengono perlopiù riesaminati ad una notevole distanza dalla commissione dei fatti, senza l'effetto-sorpresa dell'originaria escussione⁷⁹ e con il rischio che rendano dichiarazioni difformi dalle precedenti⁸⁰.

Per razionalizzare l'appello le soluzioni sarebbero molteplici, e se ne discute da decenni. Una via potrebbe essere quella di introdurre un più stringente vaglio di ammissibilità, tale da consentire anche un controllo di non manifesta infondatezza dei motivi presentati. Sarebbe preferibile non lasciare tale opzione alla sola gestione della giurisprudenza, la quale, prima con la sentenza *Galtelli*⁸¹ e poi in forza dell'ambiguo onere di specificità inserito nell'art. 581 c.p.p. ad opera della legge Orlando, ha già cominciato a muoversi in questo senso.

A fronte di un appello consentito solo in caso di motivi ben costruiti e non pretestuosi, si determinerebbero le condizioni per un'altra riforma di segno autenticamente accusatorio, e questa volta a favore della difesa: il divieto di appello del proscioglimento, che la l. n. 46 del 2006 aveva già tentato di introdurre, ma che era caduto sotto la scure della sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale.

⁷⁸ Ad esempio, la videoregistrazione dell'assunzione di dichiarazioni da parte degli organi inquirenti, utilizzabile come prova in caso di impossibilità oggettiva dell'esame dibattimentale ai sensi dell'art. 512 c.p.p., permetterebbe di valutare con maggiore accuratezza l'affidabilità cognitiva delle dichiarazioni, non formate dialetticamente. Similmente, la videoregistrazione degli interrogatori potrebbe essere un utile deterrente contro eventuali abusi, mentre la videoregistrazione delle operazioni della polizia sulla scena del crimine consentirebbe il miglior controllo sulla corretta adozione delle *best practices* scientifiche.

⁷⁹ V. R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni*, cit., p. 162 ss.

⁸⁰ La questione è approfondita da V. AIUTI, *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 111 ss.

⁸¹ Cfr. Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, *Galtelli*.

Tale divieto eliminerebbe alla radice il rischio della condanna per la prima volta in appello senza la piena operatività di tutte le garanzie previste per la decisione di primo grado, prevenendo la violazione del diritto al riesame nel merito delle decisioni di condanna stabilito dall'art. 14 comma 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁸².

L'appello, in questo modo, assumerebbe il ruolo che dovrebbe essergli proprio: quello di rimedio eminentemente difensivo, con la possibilità per il pubblico ministero di avvalersene solo in ipotesi eccezionali (ad esempio, qualora sopravvenissero nuove prove a carico). Essendo, al contempo, un rimedio attivabile per la difesa solo in presenza di solide ragioni, verrebbe meno l'argomento, a suo tempo addotto dalla Corte costituzionale, secondo cui il divieto di appellare il proscioglimento determinerebbe una sproporzione eccessiva con i poteri dell'accusa.

Il progetto di riforma del Governo Conte *bis*, tuttavia, è orientato diversamente. L'idea è di ridurre, più che il numero degli appelli, il numero dei giudici di appello necessari per ciascun procedimento: un risultato conseguibile attribuendo i gravami nei confronti delle sentenze pronunciate dai tribunali monocratici a corti di appello parimenti composte da un giudice unico⁸³. Inutile dire che sarebbe una riforma ispirata al più spinto efficientismo, eliminando *in toto* la collegialità – già assente in primo grado – per i procedimenti relativi ad un numero non certo ridotto di reati. Ma è tutto da dimostrare che, per la difesa, il diritto incondizionato di usufruire di appelli meno garantiti sia davvero preferibile ad un vaglio preliminare più rigoroso sulla reale consistenza dei motivi di gravame presentati.

7. Il sistema ad un bivio.

Può essere che si decida di non provare a rimuovere le incrostazioni inquisitorie che continuano a pervadere il nostro sistema. Bisogna, però, essere consapevoli delle implicazioni della conservazione dello *status quo*. Continuando nell'attuale direzione, sarebbe sempre più difficile bloccare il processo di erosione della centralità del dibattimento. Anche perché sono sempre più insistenti le voci a favore di un radicale ripensamento del modello. Vi è infatti chi, pur senza rinunciare all'esame incrociato (una mossa che sarebbe, ovviamente, incostituzionale), vorrebbe irrobustire le garanzie nella fase delle indagini⁸⁴ e, magari, trasformare il giudizio abbreviato nel rito ordinario⁸⁵, con

⁸² Una fonte che, trasposta nel nostro sistema con la l. n. 81 del 1977, integra un limite alla potestà legislativa ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost., non potendo essere derogata dalla legge ordinaria: v. O. MAZZA, [L'appello necessario](#), in [dirittodidifesa.eu](#), 16 marzo 2020, p. 2 ss.

⁸³ D.d.l. C-2435, cit., art. 7.

⁸⁴ In questo senso v. S. LORUSSO, [Il fascino indiscreto della "mediatezza"](#), in questa *Rivista*, 23 novembre 2020, § 4, il quale si interroga sull'utilità della creazione di un "giudice della prova" nella fase delle indagini, che magari "che si occupi della formazione del materiale cognitivo la cui proiezione dibattimentale appare incerta o problematica".

⁸⁵ In questo senso v. M. TERZI, [Osservazioni sullo stato della fase dibattimentale di primo grado dei Tribunali Ordinari](#), in [giustiziainsieme.it](#), 13 febbraio 2019, § 7.

il contraddittorio dibattimentale declassato a mero metodo di controllo *ex post* di un accertamento già svolto.

Sarebbe, evidentemente, un ritorno alla logica del processo misto. Si tratterebbe, per certi versi, di un sistema paradossalmente più in linea con le caratteristiche della società contemporanea, nella quale la globalizzazione e la diffusione dell'informatica hanno condotto alla frantumazione spaziale e temporale delle attività e delle interazioni personali ad ogni livello: un connotato con cui proprio la filosofia inquisitoria – fondata per l'appunto sulla dilatazione delle attività istruttorie lungo tutto l'arco del procedimento – si concilierebbe meglio dell'ideale accusatorio della concentrazione. Senza trascurare che, ovviamente, non verrebbe meno l'esigenza di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale inibirebbe taluni *deficit* di tutela che contraddistinguevano il codice del 1930.

C'è, naturalmente, da sperare che una restaurazione del processo misto non avvenga. Se, però, non si sarà disposti ad affrontare senza preconcetti il tema dell'efficienza del processo, rinunciando a certe garanzie che con il sistema accusatorio hanno poco da spartire, è un destino a cui non sarà facile sottrarsi per il nostro processo penale. E questa, come purtroppo la storia ci ha insegnato, sarebbe solo l'ultima di una lunga serie di sconfitte per il modello accusatorio⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 1, p. 12 ss.