

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2021

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

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

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

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

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

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

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

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

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

IL DISTANZIAMENTO SOCIALE: UN NUOVO PARADIGMA PER IL PROCESSO PENALE?

di Roberta Aprati

Lo scritto propone una riflessione sul principio di immediatezza. L'analisi si incentra sulla possibilità di bilanciare diversamente il principio, attraverso una nuova modulazione del rapporto fra le regole che lo attuano e le deroghe che lo sacrificano, tramite il sussidio di due inediti fattori: le videocomunicazioni e le verbalizzazioni tramite videoregistrazioni.

SOMMARIO: 1. *Incipit*. – 2. Un'ipotesi di lavoro: da un binomio verso un trinomio. – 3. La capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza. – 4. Sette proposte tutte da verificare. – 5. Verso un nuovo tassello delle prerogative difensive.

1. *Incipit*.

La crisi sanitaria mondiale causata dal virus SARS-Co-V2 ha stravolto qualsiasi cosa, sembra che nulla sia come prima, nella vita individuale e in quella collettiva; e questo radicale mutamento ha visto come protagonista assoluto il diritto e quindi anche il diritto processuale penale. Una alluvionale normazione emergenziale ha prodotto in un attimo tale cambiamento.

Non si discuterà qui delle misure processuali temporali anti covid-19¹, quanto piuttosto della possibilità di modulare diversamente il principio di immediatezza. A tal

¹ Su cui cfr., fra i numerosissimi contributi apparsi, E. AMODIO, E. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa *Rivista*, 5/2020, p. 267 ss.; J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *Proc. pen e giust.*, 2020; C. DI BUGNO, [L'amministrazione della giustizia alla prova della pandemia: brevi riflessioni sul \(difficile\) rapporto tra misure a tutela della salute e processo penale](#), in *lalegislazionepenale.eu*, 17 maggio 2020; F. GIANARIA, A. MITTONE, [Nuovi riti, vecchi miti: il processo penale da remoto](#), in *Quest. giust.*, 14 maggio 2020; L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920; E. IULIANO, [L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche](#), in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; V. MAIELLO, [La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà](#), in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19](#), in *Giur. pen. Web.*, 2020, n. 5; V. MANES, L. PETRILLO, G. SACCONI, [Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale](#), in *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020; G. MARINARI, [L'udienza penale in videoconferenza](#), in *Quest. giust.*, 24 aprile 2020; O. MAZZA, [Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo della Camera penale di Brescia](#), in *Diritto di difesa*, 28 giugno 2020; S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale](#), in questa *Rivista*, 7/2020, p. 25 ss.; F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione](#)

fine si prendono le mosse da una riflessione più generale inerente le politiche degli attuali governi. Ebbene, «oggi le regole di governo sono date sempre rispetto le emergenze (terrorismo, immigrazione, sicurezza), ma poi si normalizzano e quindi si trasformano in paradigmi»² ovvero in ‘modelli ordinari’, sicché nel futuro non va escluso che «il distanziamento sociale finirà per definire la nuova struttura delle relazioni fra gli uomini»³.

Se questa è la direzione verso cui andrà la società contemporanea – ovvero stabilizzazione del lavoro a distanza come della didattica, nonché dell’attività parlamentare e di governo, così come di quella medica, ludica, sportiva, culturale – non si può pensare che il processo penale non sarà coinvolto da questa nuova organizzazione della società. È un tale risparmio di risorse, per le strutture pubbliche come per le imprese private, che sarebbe troppo ingenuo ignorare il problema: nel mondo contemporaneo la tecnica è lo scopo della società⁴ e il distanziamento sociale rappresenta in questo momento il nuovo picco raggiunto della tecnica.

Bisogna allora attrezzarsi, apprestando una riflessione realistica sul tema. Il compito del giurista è quello di «coltivare onestà intellettuale, sforzandosi umilmente di cogliere con maggior obiettività possibile il senso e la portata dei cambiamenti in atto»⁵, affinché poi possa scegliere se sarà suo dovere ‘resistere’ a tale mutamento⁶, o se invece sarà suo dovere ‘accoglierlo’, almeno su alcuni aspetti.⁷

[della crisi](#), in www.laegislazionepenale.eu, 18 maggio 2020; L. SEMERARO, [Il pragmatismo dei giuristi e la sacralità del processo](#), in *Quest. giust.*, 4 maggio 2020; V. SPIGARELLI, [Fuori dai denti: sul processo da remoto. Il bivio della giustizia penale alla prova della pandemia](#), in *Quest. giust.*, 28 aprile 2020; A. TRAVERSI, *Processo da remoto: un “vulnus” temporaneo o con postumi permanenti?*, in *Altalex*, 5 giugno 2020; L.G. VELANI, [Gestione dell’emergenza COVID-19 e processo penale: un prodotto discutibile destinato a imporsi stabilmente?](#), in laegislazionepenale.eu, 7 maggio 2020; L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *Giur. pen. Web*, 2020, n. 5.

² G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

³ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 14.

⁴ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L’uomo nell’età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 37.

⁵ R. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. Kostoris, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 17.

⁶ O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *Archivio penale web*, 2020, n. 1; V. MANES, M. TERZI, [Processo penale online: opinioni a confronto](#), in www.dirittodidifesa.eu, 1° maggio 2020; 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.

⁷ S. LORUSSO, [Il cigno nero del processo penale](#), in questa *Rivista*, 11 maggio 2020; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza rispetto proprio al tema dell’immediatezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020; M. BIANCHI, *La distanza nel processo. Appunti preparatori*, in *Cass. pen.* 2019, p. 4389; S. SOTTANI, [Opportunità e sfide per la giurisdizione in epoca di emergenza sanitaria](#), in *Quest. Giust.*, 29 aprile 2020; S. RECCHIONE, [L’oralità \(ir\)rinunciabile nel processo penale](#), in giustiziainsieme.it, 3 giugno 2020.

2. Un'ipotesi di lavoro: da un binomio verso un trinomio.

Per iniziare a capire 'se' e in 'quale misura' sia possibile (dal punto di vista del diritto) e sia utile (dal punto di vista pratico) l'introduzione nel processo penale di regole volte a prendere a prestito qualcosa dal 'modello *sociale* del distanziamento sociale'⁸, appare necessario fare un passo indietro e avviare nuovamente una riflessione sui principi che conformano o possano conformare il processo penale.

A tal fine si può provare a formulare – ma solo in ipotesi – un piano di lavoro audace, nel quale al 'binomio' composto dai principi di 'oralità/scrittura', sostituiamo il 'trinomio' composto dai principi di 'oralità/scrittura/videocomunicazione'; e, ancora, al 'binomio' composto dai principi di 'immediatezza/mediazione', sostituiamo il 'trinomio' composto dai principi di 'immediatezza/mediazione attraverso un verbale scritto/mediazione attraverso un verbale videoregistrato'.

Spieghiamoci meglio.

È noto come si è soliti ragionare, nel costruire un sistema processuale reale, su modelli processuali ispirati a principi contrapposti.

In ogni dibattito relativo a come dovrebbe essere conformato il processo penale si fa sempre riferimento a dei binomi, in cui i termini che li formano consistono in principi che si oppongono fra loro: 'contraddittorio/formazione unilaterale della prova', 'principio dispositivo/principio inquisitorio', 'pubblicità/segretezza', 'presunzione di innocenza/presunzione di colpevolezza', e potremmo continuare a lungo su questa lista.

Di conseguenza, dopo che vengono selezionati i principi su cui si vuole fondare un determinato sistema processuale, per darvi attuazione si formulano regole processuali attuative dei principi prescelti, ma, nel contempo, si introducono anche deroghe alle regole, deroghe che fanno applicazione, in particolari circostanze, dei principi opposti.

Verifichiamo allora in che misura tale modo di procedere (dai principi prescelti alle regole, dalle regole alle deroghe, dalle deroghe ai principi opposti) ha visto come protagonisti i contrapposti principi di 'oralità/scrittura', di 'immediatezza/mediazione', di 'identità/fungibilità' del giudice, di 'concentrazione/frammentazione' delle udienze.

Ebbene, è noto come si è scelto di realizzare i principi indicati nei primi termini dei vari binomi appena citati (a discapito dei secondi) al fine di collocare al centro del processo la 'ricostruzione del fatto' e dunque per valorizzare il libero convincimento 'razionale' del giudice: oralità, immediatezza, identità, concentrazione sono strumentali all'attività di valutazione dei fatti.

La parola chiave è 'l'osservazione'.

Tutto era già stato detto da Socrate : «La scrittura è in una strana condizione, simile veramente a quella della pittura. I prodotti cioè della pittura ci stanno davanti come se vivessero; ma se li interroghi, tengono un maestoso silenzio. Nello stesso modo si comportano le parole scritte: crederesti che potessero parlare quasi che avessero in

⁸ E non del 'modello *sanitario* del distanziamento sociale', introdotto per far fronte alla crisi pandemica. Sul tema della politica della bio-sicurezza v. P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes*, Gallimard, Paris, 2013, nonché, sulla genesi della biopolitica, M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2004.

mente qualcosa; ma se tu, volendo imparare, chiedi loro qualcosa di ciò che dicono esse ti manifestano una cosa sola e sempre la stessa»⁹.

Lo hanno affermato poi i romani: «*alias est auctoritas praesentia testitium, alia testimoniorum que recitari solent*»¹⁰.

Dopo lo hanno ripetuto Pagano¹¹, Bentham¹², Mittermaier¹³, Nicolini¹⁴, Chiovenda¹⁵, Carnelutti¹⁶ e più di recente Nobili¹⁷. All'unisono si sottolinea come l'abbandono del sistema delle prove legale in favore del principio del libero convincimento implichi anche l'abbandono della lettura dei verbali in favore dell'ascolto dei dichiaranti da parte del giudice che dovrà emettere la decisione.

Oggi lo ribadisce ancora la Corte costituzionale¹⁸, la Corte edu¹⁹ e la Corte di Cassazione²⁰.

⁹ PLATONE, *Fedro*, in *Opere*, vol. I, Laterza, Bari, 1967, p. 790 ss.

¹⁰ *De testibus*, in *Digesto*, XXII, V, 3.4, in *Copus inuris civilis*, I, Weidmannos, Berolini, 1908, p. 328.

¹¹ F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, ed. Il Mulino, Bologna, 2010, p. 113 ss.

¹² J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, traduz. italiana di B.V. Zambelli, Tipografia della società belgica, Bruxelles, 1842, p. 103 ss.

¹³ K.J.A. MITTERMAIER, *L'oralità*, Stuttgart, 1845, pp. 83 ss., 251 ss., 405 ss.

¹⁴ N. NICOLINI, *Quistioni di diritto*, Nicola Jovene, Napoli, 1870, I, p. 63 ss.

¹⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1936, II, p. 382 ss.

¹⁶ P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965, I, p. 450 ss.

¹⁷ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Guffrè, Milano, 1974, p. 94.

¹⁸ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1543, su cui v. 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*, 4/2020, p. 41 ss.; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1551; P. FERRUA, [Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore](#), in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; ID., *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; O. MAZZA, [Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale](#), in *Arch. Pen. web*, 2019, n. 2; D. NEGRI, [La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti](#), in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; C. SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 175; G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in www.ilpenalista.it, 11 giugno 2019.

¹⁹ Corte edu, 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania; Corte edu, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia (sulla quale v. L. PRESSACCO, *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 356); Corte edu, 2 maggio 2019, Famulyak c. Ucraina (sulla quale v. V. AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3747), Corte edu, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia; Corte edu, 4 dicembre 2003, Milan c. Italia; Corte edu, 27 settembre 2007, Reiner c. Romania; nonché Corte edu, 9 luglio 2002, P.K. c. Finlande e Corte edu, 9 marzo 2004, Pitkänen c. Finlande secondo le quali «*The Court considers that an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused. Therefore, normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness*».

²⁰ Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, Bajrami, in *C.E.D. Cass.*, n. 276754/01/02/03/04, su cui cfr. G. ALTIERI, *È ancora garantito il principio di oralità nel processo penale?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2020, f. 3, p. 232; A. CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1030; S. DI PAOLA, *Mutamento del*

«Lo strumento più raffinato e sicuro d'indagine è l'osservazione diretta delle persone, per poi trarne delle valutazioni»²¹: questa rimane ancora 'adesso' la giustificazione elettiva di tali principi. Non a caso per i greci 'persona' – πρόσωπον – è colui che vediamo davanti a noi²².

Tuttavia l'oralità, l'immediatezza, l'identità e la concentrazione – sebbene si è voluto con forza che fossero i principi ispiratori dell'attuale assetto processuale²³ – ci appaiono oggi altamente contaminati.

Nell'osservare il rapporto che intercorre fra regole e deroghe, queste ultime risultano così diffuse e pervasive, che ci danno la triste consapevolezza della debolezza dei principi che volevamo realizzare. Va preso atto della crisi dei principi che abbiamo prescelto, che si stanno dissolvendo a favore dei principi opposti: sia dal punto di vista della loro reale esistenza nell'apparato normativo, sia nella loro pratica realizzazione, sia – e questo è quello che deve suscitare maggiore allarme – nel raggiungimento dei loro obiettivi.

In termini di presenza nell'impianto codicistico, sono così numerosi i casi in cui è consentito l'impiego nella decisione di prove assunte da altri giudici, che l'oralità, l'immediatezza e l'identità risultano principi quasi concorrenti alla pari con gli opposti principi della scrittura, della mediazione e della sostituzione.

In termini di realizzazione pratica, la concentrazione del processo è solo un'aspirazione²⁴ e la sostituzione del giudice è senza dubbio fin troppo praticata²⁵.

giudice, rinnovazione del dibattimento e consenso delle parti dell'utilizzazione delle prove già assunte: il tramonto di un "mito"?, in *Foro it.*, 2020, f. 3, p. II, p. 185; M.G. GALLUCCIO, *Sezioni unite e ideale accusatorio: una relazione in crisi*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1030; L. MAGI, intervista P. FERRUA, C. INTRIERI, F. CASCINI e N. RUSSO, [Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale](#), in *giustiziasieme.it*, 30 ottobre 2019; A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus inefficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 151; A. NATALINI, *Nuovo dibattimento con collegio diverso: riassunzione limitata*, in *Guida dir.*, 2019, f. 46, p. 64; G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1219; F. PORCU, *Mutamento della composizione del giudice e nuova semantica (preagonica) del principio di immediatezza*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1218; G. SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, in *Guida dir.*, 2019, f. 47, p. 13.

²¹ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, I, p. 127.

²² In greco πρόσωπον è composto dalla preposizione πρό (davanti) e dal suffisso ὄπων, legato alla radice ὄπ del verbo politematico ὄραω (vedere).

²³ Per un inquadramento di tali principi nell'assetto del nuovo c.p.p. v. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.

²⁴ Sulla incapacità del sistema di realizzare la concentrazione delle udienze emblematica è la Corte Cost. (Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit.), la quale osserva che «l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni, come emblematicamente illustra l'odierno giudizio a quo».

²⁵ Sulle procedure relative alla sostituzione di un giudice nel corso del dibattimento v. Circolare CSM 20 giugno 2018, Disposizioni in materia di supplenze, assegnazioni, applicazioni e magistrati distrettuali per assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale in presenza di difficoltà organizzative; più in generale sul sistema tabellare v. Circolare CSM 21 luglio 2020, Formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti.

In termini di obiettivi da raggiungere, è così diluito il tempo che passa da un'udienza all'altra, che il giudice dimentica ciò che ha osservato e di fatto valuta i verbali scritti; del pari, la riassunzione delle prove – nel tentativo di recuperare oralità e immediatezza – trasforma le dichiarazioni da testimonianze dei fatti percepiti in testimonianze delle testimonianze, minando a monte la credibilità dei testi osservati direttamente dal secondo giudice²⁶.

In questo quadro già da tempo sono arrivate due novità: la possibilità di rivedere i verbali, e non più leggerli (con le videoregistrazioni); la possibilità di vedere e parlare con il giudice, pur non essendo più dinnanzi ad esso (con le videoconferenze²⁷).

Si tratta allora di capire pregiudizialmente che tipo di conoscenza ci forniscono questi strumenti, ovverosia se possano essere qualificati come 'osservazione', o se invece siano 'muti' come la scrittura, o se invece siano incomparabili con le forme di comunicazioni che conosciamo, perché ne sono una terza e inedita forma: così che dobbiamo iniziare a pensare – nel comparare e scegliere fra i diversi principi – a dei 'trinomi', e non più a dei 'binomi'.

3. La capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza.

«Se la 'tecnica' è il fine della società contemporanea, perché oggi la tecnica è condizione per qualsiasi scopo e di conseguenza diviene lo scopo primo, è lo scopo stesso, perché la tecnica è il massimo dello scopo con il minimo dei mezzi (di tempo, di spazio, di costi)»²⁸, è chiaro che in un dibattito che abbia ad oggetto il processo penale tale paradigma contemporaneo deve essere messo da parte: nel processo il fine non può essere la tecnica, ma deve rimanere il '*giusto accertamento*' ex art. 111 Cost., e dunque la tecnica deve tornare ad essere solo uno strumento e non già un fine.

È necessario allora verificare cosa possano offrire al giusto accertamento processuale i verbali videoregistrati e le udienze a distanza, ovverosia capire in che modo tali mezzi possano concorrere al fine di 'valutare' i dichiaranti.

Allo stato attuale della nostra esperienza di giuristi, credo però che ancora ci sfugga la 'misura effettiva' della capacità epistemica di una videoregistrazione o di un colloquio a distanza.

Possiamo intanto avviare una riflessione sul tema ragionando per 'comparazione', ovverosia su come i 'benefici' dell'oralità e dell'immediatezza – che conosciamo bene – si manifestano rispetto la visione di una videoregistrazione e rispetto la delocalizzazione delle persone che partecipano al giudizio.

Non a caso i grandi giuristi del passato hanno sempre ragionato per comparazione: paragonando scrittura e oralità. Da Socrate in poi si è fatto l'elogio dell'oralità rispetto la scrittura.

²⁶ R. APRATI, *Una nuova modulazione del principio di immediatezza: la proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3533.

²⁷ Sulle quali v. D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

²⁸ U. GALIMBERTI, *op. cit.*, p. 680 ss.

Ebbene: oralità e immediatezza consentono – a differenza della scrittura – la valutazione delle comunicazioni non verbali.

Tuttavia oggi esiste una vera e propria disciplina scientifica che studia tali temi²⁹, dalla quale abbiamo appreso che per valutare i messaggi del corpo e l'atteggiamento emotivo sono necessarie competenze, i dati significativi sfuggono all'occhio del non esperto³⁰. Insomma, è un po' ingenuo pensare che il giudice possieda queste competenze³¹. Diversi sono il semplice 'imbarazzo', 'la reticenza', la 'preconfezione' di una dichiarazione, che possono certo essere colte da chiunque³², ma anche a distanza o attraverso una videoregistrazione.

L'oralità e l'immediatezza, poi, danno efficacia all'esame e al controesame e permettono di compararne meglio gli esiti.

La scoperta della menzogna è frutto della contestualità delle domande, del loro incedere serrato, della presenza fisica di tutte le persone coinvolte nell'escussione incrociata³³. Tre, in definitiva, sono i fattori che esaltano l'attività maieutica: unità di tempo, unità di luogo, rapidità dell'azione.

Da questi tre punti di vista, appare evidente che i tempi in cui viaggiano le comunicazioni a distanza, per quanto veloci, non sono comparabili con quelli delle comunicazioni in presenza: e già quegli attimi di ritardo tolgono qualcosa. Senza contare, poi, che l'assenza fisica – il filtro dello schermo – rende il dichiarante meno sensibile alle sollecitazioni. Sicché nella comparazione fra oralità e videoconferenza, senza dubbio la prima risulta più efficace della seconda.

Però non va nemmeno sottovalutato che l'esame e il controesame incalzanti a volte drammatizzano troppo la scena, e questo in certe circostanze non assicura la bontà del risultato epistemico a cui si tende³⁴. Pensiamo alle cautele per i testimoni deboli, sicuramente finalizzate ad evitare quei processi di vittimizzazione secondaria, ma che mirano anche a garantire meglio l'attendibilità del teste. Non si può però escludere che un singolo testimone – e non già una classe di dichiaranti – necessiti di un filtro per raggiungere una tranquillità emotiva che lo metta nella condizione psicologica di condividere a pieno le sue conoscenze sui fatti³⁵. Banalmente la lontananza fisica e la maggiore lentezza oggettiva di tutta la scena in videoconferenza, impone un *fair play* di

²⁹ Uno dei primi studiosi delle espressioni fu C. DARWIN, *L'espressione delle emozioni nell'uomo e negli animali*, a cura di P. Elkman, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.

³⁰ A. MEHRABIAN, *Nonverbal Communication*, Aldine Transaction, New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.), 1972; P. EKMAN, W. V. FRIESEN, *Giù la maschera. Come riconoscere le emozioni dall'espressione del viso*, Giunti Editore, Firenze, 2007; P.E. RICCI BITTI, B. ZANI, *La comunicazione come processo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1983; G. GULLOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1987; L. DE CATALDO, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1988.

³¹ A. VRIJ, L. CASO, *L'interrogatorio giudiziario e l'interista investigativa*, Il Mulino, Bologna, 2009, 143 ss.; F. PERUSSIA, *Psicologia del giudizio interpersonale*, in *Trattato di psicologia*, cit., p. 997.

³² Cfr. E. FLORIAN, *Delle prove penali*, II, Vallardi, Milano, 1924, p. 293 ss., il quale, dopo aver tracciato la storia della psicologia della testimonianza, avverte che «bisogna ben guardarsi così come dalle facili generalizzazioni come dell'improvvisare regole».

³³ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, Giappichelli, Torino, 2015, p. 109.

³⁴ Cfr. A. VRIJ, L. CASO, *Op. cit.*, p. 45 ss.

³⁵ Cfr. A. VRIJ, L. CASO, *Op. cit.*, p. 51 ss.

chi conduce l'esame, così che si potrebbero anche valutare i benefici di tale modo di procedere rispetto l'intensità emotiva delle domande in presenza: perché ci sono testimoni e testimoni.

Del pari, oralità e immediatezza immergono i dichiaranti nella cornice del "rito processuale", suscitando quell'atteggiamento di serietà, importanza, consapevolezza dell'ufficio che si sta ricoprendo³⁶. Ma anche da questo punto di vista, non va sottovalutato che un testimone in un ambiente meno formale, come è di fatto il video-collegamento, possa essere più sereno, lasciarsi andare, rendendo una dichiarazione più autentica, rispetto al contesto formalizzato del tribunale³⁷.

Di contro però l'inquadratura, lo sfondo, i rumori, la qualità del collegamento, influiscono sull'osservazione, che risulta falsata, distratta, ridotta rispetto alla presenza fisica, ma non già rispetto alla lettura di un verbale scritto. Ma da questo punto di vista, non possiamo dimenticarci che nel futuro – magari non prossimo, ma più remoto – si costruiranno programmi di realtà virtuale, che consentiranno ai protagonisti del processo di essere dentro un'ambiente comune. È sufficiente un personal computer e un occhiale interattivo. Facciamo un'ipotesi: avete mai provato un gioco di realtà virtuale? Si è insieme agli altri, nel vero senso della parola³⁸.

Oralità e immediatezza permettono al giudice di esercitare i suoi poteri di escussione integrativa, e qui – è evidente – nulla cambia. Da una parte la videoregistrazione, come la scrittura, rimane 'muta'; dall'altra il dichiarante risponde alle sollecitazioni del giudice tanto in presenza quanto a distanza.

Si tratta, in conclusione, di temi da approfondire, perché nulla può essere dato per scontato. Però – già solo ragionando per 'comparazione' di benefici – inizia ad emergere che anche i verbali videoregistrati e le videoconferenze, almeno in alcune circostanze – possano offrire qualcosa al fine (comune all'oralità e all'immediatezza) di aumentare la razionalità del libero convincimento del giudice.

4. Sette proposte tutte da verificare.

Proviamo allora a formulare delle ipotesi di lavoro, in cui inseriamo questi nuovi fattori.

1) Nel caso in cui siano rispettati i principi di oralità, di immediatezza e identità, potrebbe prevedersi che nella fase istruttoria il verbale sia sempre una riproduzione audiovisiva (intervenendo dunque sugli artt. 134-142 c.p.p.), e ci sia l'obbligo di portarla (e se del caso visionarla) in camera di consiglio (ex art. 528 c.p.p.), così che il problema del ricordo svanito a causa della distanza temporale fra udienza e decisione possa in parte essere attenuato, attraverso un recupero parziale del rapporto diretto fra giudice e dichiarante.

³⁶ Cfr. G. GULLOTTA, *Psicologia della testimonianza*, in *Trattato di psicologia*, cit., p. 533 ss.

³⁷ Cfr. T. HALL, *La dimensione nascosta. Cos'è la prossemica?*, Bompiani, Milano, 1968, *passim*.

³⁸ Cfr. E. MORIN, *Sull'estetica*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2019, p. 73.

2) In tutti i numerosi casi di deroga all'immediatezza – si pensi agli artt. 190 *bis*, 238, 48, 26, 33 c.p.p., ma anche alle ipotesi di mutamento del giudice secondo le regole tabellari –, potrebbe prevedersi che sia obbligatorio rivedere in dibattimento i verbali redatti tramite videoriprese (e non già leggere i verbali scritti ex art. 511 c.p.p.), anche qui con la regola del dato visto. E lo stesso dovrebbe valere per il giudice in camera di consiglio. In tal modo consentiremmo una miglior 'osservazione' rispetto alla lettura dei verbali scritti³⁹.

3) In tutti i casi di rinnovazione dell'istruttoria per mutamento del giudice, potrebbe prevedersi che prima si 'riveda' la prova già acquisita (ribaltando così la sequenza prevista dall'art. 511 c.p.p. rispetto le letture) e dopo si deliberi sulla ri-acquisizione, così che quest'ultima possa essere valutata in base ad un criterio di ammissione che abbia come termine di relazione la prova già assunta e non più l'imputazione. Si potrebbe così introdurre un criterio più stringente di quello offerto dal 190 c.p.p.: un criterio positivo e non già negativo, non più l'inutilità, ma piuttosto l'utilità. L'uso di un criterio positivo – e non già negativo – non ci deve però sembrare distonico rispetto al sistema, in quanto esso è già rinvenibile nel codice in altre situazioni: nell'ammissione anche d'ufficio alla fine della fase acquisitiva (art. 507 c.p.p.); nel supplemento istruttorio del giudizio abbreviato condizionato (art. 438 c.p.p.); nell'integrazione probatoria in udienza preliminare (art. 422); nella rinnovazione dibattimentale in appello (art. 603 c.p.p.). A ben vedere è previsto in tutti i casi in cui le prove da assumere vanno ad aggiungersi a prove già assunte, e le prime concorreranno insieme alle seconde alla decisione. E la stessa Corte edu ci ha detto in un'occasione che le parti devono indicare il motivo per cui richiedono di ripetere gli interrogatori: dunque anche a livello sovranazionale si profila come normale una valutazione positiva di utilità⁴⁰. In tal modo ragionevole durata del processo e principio di identità del giudice troverebbero un nuovo assetto: la ragionevole durata cede il posto all'immediatezza, se la prova è utile; ma l'immediatezza lascia il passo alla ragionevole durata, se la prova è inutile. Viene quindi configurato un diverso bilanciamento fra i due principi, che probabilmente rientra fra quelle scelte ragionevoli riservate al potere legislativo⁴¹.

Del pari una siffatta regola non si porrebbe in contrasto con la Convenzione, la quale ammette deroghe al principio di immediatezza esplicitamente: non vi sarebbe quindi una violazione di sistema. Anzi, in tutti i casi in cui il giudice mal eserciterà i poteri di selezione delle prove, si potranno configurare delle violazioni dell'equo processo nel singolo caso, perché è stata male applicata la regola della riassunzione della

³⁹ Potremmo poi spingerci oltre, e ipotizzare che si debbano rivedere anche gli atti di indagine nei casi in cui, in deroga al principio del contraddittorio, possano essere usati ai fini della decisione.

⁴⁰ Corte edu 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, secondo cui «il ricorrente non aveva indicato in che cosa gli interrogatori dei testimoni, da lui richiesti, avrebbero potuto apportare degli elementi nuovi e pertinenti».

⁴¹ Sulla riforma dell'art. 190 *bis* c.p.p., in discussione in parlamento, v. 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*, 4/2020, p. 179 ss.; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 41 ss.

prova. Ma questo è un rischio che si corre di fronte a qualsiasi norma male applicata e costituisce l'espressione elettiva dei controlli sull'equità del processo da parte della Corte edu: a Strasburgo non si controlla l'equità della legge, ma si controlla l'equità del singolo processo.

Anche in tal caso, infine, vi sarebbe una minor contaminazione delle finalità del principio di immediatezza: la prova pre-acquisita entrerebbe nella decisione tramite la sua videoregistrazione, non importa poi se da sola o in coppia con la sua riassunzione.

4) In tutti i casi in cui debba essere sentito un dichiarante, potrebbe prevedersi che l'esame dello stesso possa svolgersi a distanza su richiesta del difensore che ha formulato la richiesta di ammissione. In pratica il difensore potrebbe rinunciare unilateralmente alla presenza fisica della sua fonte di prova, in cambio della presenza in video-collegamento, con il consenso però delle altre parti contrapposte (ad imitazione dell'art. 495 comma 4 *bis* c.p.p.).

Accanto ad una regola generale di tale consistenza, potrebbero poi affiancarsi due previsioni speciali nell'art. 502 c.p.p. e nell'art. 512 *bis* c.p.p., sempre condizionate alla scelta difensiva.

In tal modo nelle ipotesi previste dall'art. 502 c.p.p. si aggiungerebbe una alternativa rispetto all'esame svolto nel luogo dove si trova il dichiarante.

Ed anche rispetto all'art. 512 *bis* c.p.p. si verrebbe a configurare una terza via rispetto la presenza del dichiarante al dibattimento: rogatoria; rogatoria in videoconferenza secondo quanto dispone l'art. 729 *quater* c.p.p.; videoconferenza semplificata nella modalità esecutiva qualora il difensore richieda il collegamento a distanza e il dichiarante acconsenta ad intervenire in tal modo⁴². In tale ipotesi, in pratica, si può valutare se si possa superare l'acquisizione attraverso la rogatoria, magari nei soli casi in cui il dichiarante sia cittadino italiano. In ogni caso vale la pena aprire una riflessione sulla necessità o meno di utilizzare gli strumenti della cooperazione giudiziaria qualora un soggetto aderisca alla richiesta di partecipare ad un procedimento penale dello Stato in video-collegamento⁴³.

⁴² Cass., S.U, 25 novembre 2010, n. 27918, Martusciello, in *C.E.D. Cass.* n. 250197, secondo ai fini dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, *ex* art. 512 *bis* c.p.p., delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero, è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso – secondo le modalità previste dall'art. 727 c.p.p. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria – verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Occorre, inoltre, che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, occorre che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

⁴³ Per fare un parallelismo, anche se azzardato, si può pensare a come le intercettazioni telefoniche non richiedano più la rogatoria qualora la conversazione registrata, se pur avvenuta all'estero, avvenga attraverso un operatore italiano. *Ex plurimis*, Cass., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 13972, Barbaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 243138, secondo cui in tema d'intercettazioni telefoniche, il ricorso alla procedura dell'istradamento, è cioè il convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia (e a maggior ragione di quelle in partenza dall'Italia verso l'estero, delle quali è ceto che vengono convogliate a mezzo di gestore

5) In tutti i casi in cui il difensore e l'imputato possano o debbano partecipare ad un contesto processuale, si potrebbe prevedere che su richiesta del difensore, possano essere collegati a distanza; non solo quindi qualora vogliano evitare e superare un legittimo impedimento (*ex art 420 ter c.p.p.*), ma più in generale ogniqualvolta preferiscano – per qualsiasi ragione – collegarsi da remoto.

6) In tutti i casi in cui sono previste udienze non partecipate con contraddittorio cartolare, si potrebbe prevedere che il difensore possa chiedere di essere collegato in videoconferenza al solo fine e per il tempo necessario ad illustrare quanto indicato nelle carte (emblematiche in tal senso le numerose ipotesi previste dall'art. 611 c.p.p.).

7) Infine, su iniziativa del giudice, ma con la possibilità dei difensori di opporsi, potrebbero essere celebrati in videoconferenza – quindi qui si fa riferimento ad una partecipazione a distanza di tutti i soggetti coinvolti – tutti i momenti processuali diversi sia da quelli in cui si acquisiscono le prove, sia da quelli in cui si discute per poi formulare e illustrare le conclusioni in vista dei provvedimenti conclusivi delle diverse fasi che compongono i variegati procedimenti processuali. In pratica, mentre il difensore potrebbe chiedere di essere collegato in videoconferenza in qualsiasi situazione (ipotesi 6), al giudice sarebbe vietato di proporre una videoconferenza nelle fasi in cui si assumono le prove o per le udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio.

5. Verso un nuovo tassello delle prerogative difensive.

Le ipotesi di lavoro proposte, tutte da verificare, vanno lette congiuntamente, come legate assieme da un unico filo conduttore: tentare di ribaltare il comune sentimento di pericolo che suscitano le udienze a distanza e le videoregistrazioni, in quanto mezzi oggettivamente lesivi del diritto di difesa.

Se la 'tecnica' deve tornare ad essere 'un mezzo' e non già un 'fine', dobbiamo con forza iniziare nuovamente a concepirla come 'neutra' e dunque orientarla verso gli obiettivi che di volta in volta pre-selezioniamo⁴⁴.

sito nel territorio nazionale) non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene interamente compiuta nel territorio italiano, mentre è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate solo da un gestore straniero.

⁴⁴ M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano, 1976: «Ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non è affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto adeguato con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca».

Si può allora provare a immaginare un sistema dove le nuove tecnologie vengano destinate alla difesa: basta cambiare prospettiva e iniziare a guardare ai possibili vantaggi che tali mezzi possono offrire al fine di compensare la fisiologica disparità di posizioni fra le due contrapposte parti processuali.

A tal fine già sarebbe sufficiente costruire la partecipazione a distanza come una prerogativa per lo più difensiva, come un diritto disponibile del difensore, anche se di volta in volta diversamente modulato: a volte esercitabile di sua esclusiva iniziativa, a volte di sua iniziativa ma senza l'opposizione del p.m., a volte ad iniziativa del giudice ma con diritto di opposizione. In tal modo si consentirebbe alla difesa di misurarsi con lo strumento così che possa iniziare a impiegarlo e foggiarlo sulle sue esigenze: strategie processuali, tattiche temporali, valutazioni economiche.

Del pari, anche l'obbligo di rivedere i verbali videoregistrati dovrebbe essere letto come ulteriore attributo difensivo.

Non va infatti trascurato che l'immediatezza, se pur è in primo luogo un principio di natura oggettiva/cognitiva, partecipa anche (non dissimilmente dal diritto al contraddittorio nella formazione della prova) di una natura soggettiva/difensiva.

Nel nostro sistema processuale va configurato il diritto dell'imputato 'ad una decisione di merito fondata su prove *osservate* dal giudice deliberante'⁴⁵: se dunque si permette il recupero dei verbali, allora vanno recuperati i verbali audiovisivi e non già quelli scritti.

In conclusione, l'invito è ad essere visionari ed iniziare a ragionare non più sui classici binomi quanto piuttosto sui nuovi e controvertibili trinomi:

- *oralità - scrittura - videopartecipazione*
- *immediatezza - mediazione tramite verbale scritto - mediazione tramite verbale videoregistrato.*

⁴⁵ Cfr. Corte Cost., 10 giugno 2010, n. 205, secondo cui: «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» – diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell'esame del dichiarante – si ricorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, comma 3, Cost., nella parte in cui riconosce alla «persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» e «di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa».