IL PROCESSO PENALE AI TEMPI DI COVID-19. VIDEOCONFERENZE E DIRITTI FONDAMENTALI.

di **Giulia Ducoli*** – giulia.ducoli@unife.it

In questo periodo di emergenza sanitaria, la modalità della partecipazione da remoto da eccezione diventa regola. Interrogatori di garanzia, udienze di convalida dell'arresto e del fermo avanti al giudice per le indagini preliminari e udienze di convalida dell'arresto celebrate dal giudice del dibattimento nel caso in cui proceda con le forme del giudizio direttissimo si terranno in videoconferenza. Occorre analizzare la disciplina per essi prevista e verificare che – nell'ottica di un bilanciamento tra diritti fondamentali – il diritto ad un processo equo e le garanzie che proteggono la libertà personale della persona non ne escano del tutto compromessi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I protocolli applicativi: prime osservazioni. – 3. Qualche riflessione in tema di diritto di difesa, giusto processo e libertà personale.

1. Parlare di processo penale ai tempi del coronavirus non è facile per almeno due ordini di ragioni. La prima, trasversale e che tocca oggi più o meno tutti gli aspetti della nostra quotidianità, è il difficile e intricato quadro normativo con cui bisogna confrontarsi: decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e ordinanze emesse dalle autorità locali si rincorrono da giorni con una velocità in costante aumento e restare al passo si rivela attività assai faticosa[30]. La seconda ragione, più banale, è che del processo penale – inteso come sede di un vivo e reale, per quanto regolato, conflitto tra l'autorità e la persona accusata di aver commesso un reato, che prende avvio con la notizia di reato e culmina con la pronuncia di una sentenza definitiva – è rimasto ben poco. La quasi totalità delle udienze è stata infatti rinviata d'ufficio e tutti i termini sono stati sospesi[31].

[30] Sul sito della Gazzetta Ufficiale è stata creata una voce tematica "Coronavirus", che contiene la «raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Cfr. https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12

[31] I commi 1 e 2 dell'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 stabiliscono rispettivamente il rinvio d'ufficio di tutte le udienze dei procedimenti civili e penali a data successiva al 15 aprile 2020 e la sospensione di tutti i termini procedurali. Il comma 3 della stessa disposizione stabilisce invece le eccezioni, per cui il rinvio e la sospensione dei termini non trovano applicazione per talune cause di competenza del tribunale per i minorenni (lett. a); nel caso di procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive, nonché – in talune ipotesi specificamente individuate – laddove vi sia un'espressa richiesta di procedere da parte di detenuti, imputati, proposti o difensori (lett. b); e, da ultimo, nel caso di procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la

* *Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale.*

Appare utile, tuttavia, confrontarsi con quel che ne resta. I segmenti processuali rimasti in vita in questi giorni costituiscono peraltro snodi del processo quantomai delicati, che toccano la libertà individuale, nervo scoperto di fronte all'autorità chiamata a decidere. Si tratta, in particolare, di tutti quegli istituti che, posti a presidio dell'inviolabilità della libertà personale, non possono trovare legittima applicazione al di fuori dei termini per loro fissati dalla Costituzione e dal codice di rito e che richiedono, a pena di nullità dell'atto compiuto, la necessaria presenza della persona sottoposta alle misure restrittive.

Il riferimento è alle udienze di convalida dell'arresto e del fermo da celebrarsi avanti al giudice per le indagini preliminari e alle udienze di convalida dell'arresto celebrate dal giudice del dibattimento nel caso in cui proceda con le forme del giudizio direttissimo, sottoposte alle regole sovraordinate dell'art. 13 Cost., nonché agli interrogatori di garanzia, sottoposti ai termini di cui ai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 294 c.p.p.

Occorre comprendere come le autorità competenti abbiano inteso regolare questi istituti in un periodo di emergenza come quello che stiamo vivendo ma, soprattutto, verificare che le modalità prescelte siano idonee a garantire la partecipazione dell'arrestato o del fermato all'udienza di convalida (ed eventualmente al giudizio che ne segue) senza annientare il diritto di difesa, inevitabilmente compromesso dall'impossibilità per la persona privata della sua libertà di incontrare il proprio difensore e di essere condotto avanti al giudice chiamato a prendere una decisione, nel rispetto delle garanzie riconosciute dall'art. 13 della Costituzione e dall'art. 5 Cedu. Tali diritti, infatti, possono essere oggetto di un bilanciamento con il diritto – di pari rango – di cui all'art. 32 Cost., ai sensi del quale «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», ma non possono essere del tutto estirpati dal procedimento penale in ragione della necessità di limitare la diffusione del contagio.

2. Appare utile, nell'ambito di questa riflessione, un confronto con i provvedimenti organizzativi emanati al fine di darvi attuazione. Le misure adottate dai Tribunali sono più o meno analoghe su tutto il territorio nazionale[32]. Prenderemo come modello – per questioni di interesse territoriale – il Protocollo di intesa firmato a Ferrara e diffuso tramite e-mail a tutti gli iscritti al locale Ordine degli Avvocati[33]. Obiettivo di questo lavoro sarà quello di analizzarne i contenuti e di offrire alcuni spunti per un'interpretazione quanto più possibile rispettosa dei diritti riconosciuti dagli artt. 13 e 24 Cost., nonché dall'art. 5 Cedu.

Per quanto qui di specifico interesse, il Protocollo ferrarese stabilisce che «alle udienze di convalida dell'arresto e di celebrazione del contestuale giudizio direttissimo alternativo (patteggiamento o abbreviato semplice non condizionato) dinanzi al giudice del dibattimento, si procederà in videoconferenza». Lo stesso per quanto riguarda le udienze di convalida dell'arresto e del fermo avanti al giudice per le indagini preliminari e gli interrogatori di garanzia[34].

---

necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale (lett. c). In quest'ultimo caso si stabilisce che la dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile.

[32] Tutti i protocolli fanno riferimento infatti alla delibera del C.S.M. dell'11 marzo 2010 e al provvedimento del Direttore Generale DGSIA n. 3413 del 10 marzo 2020, che forniscono interpretazioni al decreto legge 8 marzo 2020, n. 11 e al decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 (che abroga e sostituisce le disposizioni del primo con riferimento al tema oggetto di questo lavoro).

[33] Il Protocollo è stato stipulato di intesa tra il Tribunale Ordinario, la Procura della Repubblica, l'Ordine degli Avvocati e la Camera penale di Ferrara; è stato firmato il 23 febbraio 2020 ed è operativo a decorrere dal 24 marzo 2020 e sino alla conclusione dell'emergenza sanitaria.

[34] Cfr. punti nn. 1 e 5 del Protocollo.

Occorre fin da subito rilevare una questione di tipo tecnico. La partecipazione a distanza è ammessa dal codice di rito con riferimento al dibattimento e trova la sua disciplina nell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.[35] La fattispecie potrebbe quindi ritenersi applicabile alle udienze di convalida cui procede il giudice del dibattimento in caso di giudizio direttissimo. Nulla è detto, però, con riferimento alla possibilità di procedere in tal modo ai giudizi di convalida dell'arresto o del fermo avanti al g.i.p. o agli interrogatori di garanzia. Sul punto, si deve osservare che l'art. 83 comma 12 del d.l. n. 18 del 2020 stabilisce che «ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-*bis* del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

Tecnicamente, però, coloro che sono sottoposti alla misura dell'arresto o del fermo non rientrano nella categoria delle «persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare»[36].

Si potrebbe tentare di prendere in considerazione l'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p., ove si stabilisce che «la partecipazione dell'imputato o del condannato all'udienza nel procedimento in camera di consiglio avviene a distanza nei casi e secondo quanto previsto dall'articolo 146-*bis*, commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater». Ma questo non sembra portare ad alcuna soluzione. In primo luogo, il comma 2 dell'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p. fa esplicito riferimento all'avviso di cui all'art. 127 comma 1 c.p.p. e da ciò si desume che la disposizione attuativa trova applicazione solo con riferimento alle udienze in camera di consiglio che rientrano nello schema della fattispecie da ultimo citata. Inoltre, anche a voler considerare applicabile l'art. 45-*bis* disp. att. all'udienza di convalida dell'arresto e del fermo davanti al g.i.p. (che è un'udienza in camera di consiglio, che si distingue dall'archetipo di cui all'art. 127 c.p.p. per la necessaria presenza del difensore), il problema resta ed è legato alla qualifica della persona sottoposta alla misura precautelare, che potrebbe non aver ancora assunto la qualità di imputato e che sicuramente non è condannato. Per quanto riguarda invece l'interrogatorio di garanzia, questo non può nemmeno essere inquadrato nel concetto di udienza; di conseguenza, la disposizione attuativa non pare in alcun modo applicabile.

Un'altra strada da percorrere potrebbe essere quella di guardare alla specifica disposizione attuativa pensata dal legislatore con riferimento a questi momenti processuali, ossia all'art. 123 disp. att. c.p.p., rubricato «luogo di svolgimento dell'udienza di convalida e dell'interrogatorio del detenuto». Si stabilisce che di regola questi debbano svolgersi nel luogo dove l'arrestato o il fermato è custodito, salvo che nel caso di custodia nel proprio domicilio o altro luogo di privata

[35] La norma, peraltro, poneva già diversi dubbi di legittimità in relazione al solo dibattimento. Cfr. D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018*, p. 567 ss.

[36] Questo trova conferma nella circostanza per cui in altre sedi, nel caso in cui la privazione della libertà personale costituisce presupposto per l'applicazione di determinate disposizioni, il legislatore si è preoccupato di specificare a quali misure restrittive si deve fare riferimento. Un esempio si rinviene nell'art. 9 comma 1 della legge 30 giugno 2009, n. 85 per cui «Ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici: a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari; b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto; c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva».

dimora» e che solo «quando sussistono eccezionali motivi di necessità o di urgenza il giudice con decreto motivato può disporre il trasferimento dell'arrestato o del detenuto per la comparizione davanti a sé». Non vi è alcun riferimento alla possibilità di procedere a distanza.

Un'interpretazione letterale del testo del decreto legge rischierebbe, pertanto, di rendere nulle tutte le udienze di convalida celebrate avanti al g.i.p. e gli interrogatori di garanzia avvenuti con le modalità della videoconferenza[37]. Guardando alla *ratio* della disposizione, sembra inevitabile ritenere che l'obiettivo sia quello di ampliare quanto più possibile la possibilità di procedere da remoto, ma resta il fatto che nel linguaggio giuridico la scelta dei termini da utilizzare risulta fondamentale[38].

Tornando al Protocollo, per quanto concerne il giudice del dibattimento la piattaforma prescelta risulta essere Microsoft TEAMS[39] e la modalità di partecipazione da remoto «è da intendere quella prioritaria per tutte le parti»[40]. Il g.i.p. invece, per espletare le proprie funzioni, si collega utilizzando gli impianti forniti dal Ministero della Giustizia, presenti presso l'aula B del Tribunale di Ferrara (c.d. videoconferenza ministeriale)[41]. In questo secondo caso resta salva la facoltà per il difensore di optare comunque per Microsoft TEAMS, qualora decidesse di partecipare all'udienza da remoto. L'arrestato e il fermato (o il sottoposto a misura, nel caso di interrogatorio di garanzia) partecipano in ogni caso dal luogo in cui sono stati condotti, ossia dal carcere o, nel caso in cui siano trattenuti nelle camere di sicurezza, dalla Questura o dal Comando provinciale. Nel caso in cui si trovino in uno dei luoghi indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p., saranno tradotti (o potranno essere autorizzati a recarsi) presso il Comando più vicino attrezzato per la videoconferenza[42].

Si è già detto che il Protocollo stabilisce che la modalità di collegamento da remoto – in ragione della sua finalità di prevenzione e contenimento della diffusione del virus – dovrebbe

---

[37] Sul tema cfr. Cass., sez. I, 27 maggio 2016, n.47195, ove si afferma che «la partecipazione a distanza dell'imputato al processo è ammessa, per sistema, nei soli casi tassativamente previsti per legge, trattandosi di ipotesi d'eccezione e di stretta interpretazione, che non sono suscettibili di applicazione analogica, né di letture estensive oltre i casi espressamente contemplati dall'ordinamento (artt. 45-bis, 146-bis e 205-ter disp. att. c.p.p.), sicché, ove si versi in ipotesi non contemplate e al di fuori, quindi, di ogni schema e controllo procedurale, gli atti processuali ciononostante svolti devono ritenersi affetti da nullità assoluta».

[38] A questo proposito non pare possibile esimersi da una riflessione – per quanto breve – sul principio di legalità processuale. L'art. 111 comma 1 Cost. impone che il processo sia «regolato dalla legge». La Costituzione pone una riserva di legge che deve intendersi come assoluta, per cui la disciplina del processo è affidata a fonti di rango primario (legge o atti aventi forza di legge). Ci si deve chiedere se Protocolli o provvedimenti ministeriali possano intervenire in maniera così incisiva su istituti così delicati. La risposta non può che essere negativa. La riserva di legge introdotta all'art. 111 Cost. ha come obiettivo anche quello di incidere sulla "qualità" della legge: il legislatore (Governo compreso, nel caso di decreti leggi e decreti legislativi) ha il compito di formulare precetti qualitativamente soddisfacenti, che presentino un grado di precisione sufficiente per trovare applicazione senza doversi affidare all'arbitrio interpretativo. Sul tema cfr. M. DANIELE, *La norma processuale penale*, in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, CEDAM, 2020; A. CAMON, *La disciplina costituzionale*, ivi, p. 87 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale Genealogie culturali,* èthos *delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen. (web)*, f. 2, 2017, in particolare p. 452 ss. Non sembra possibile ritenere che il d.l. n. 18 del 2020 presenti tali requisiti e ciò si desume anche dalla quantità di provvedimenti presi per tentare di darvi in qualche modo attuazione.

[39] Programma per il collegamento da remoto indicato dal Direttore generale DGSIA con provvedimento n. 3413 del 10 marzo 2020, che utilizza aree di *data center* riservate in esclusiva al Ministero della Giustizia. Al programma possono accedere anche utenti esterni all'Amministrazione. Alla data della stipula del protocollo risultano attivati e testati i collegamenti con la Questura, il Comando Provinciale dei Carabinieri e la Casa Circondariale di Ferrara. Cfr. punto 2 del Protocollo.

[40] Cfr. punto 6 del Protocollo, ove si specifica che il collegamento dovrà in ogni caso avvenire da luogo idoneo a garantire il rispetto del principio della riservatezza.

[41] Cfr. punto 5 del Protocollo.

[42] Cfr. punti 3, 4 e 6 del Protocollo.

costituire in qualche modo la regola, facendo poi salva la facoltà per il difensore di partecipare all'udienza presso il Tribunale o presso il luogo in cui si trova l'arrestato. Di tale scelta il difensore dovrà dare comunicazione alla polizia giudiziaria nel momento in cui viene informato dell'avvenuto arresto o fermo ai sensi di quanto previsto dall'art. 286 comma 2 c.p.p. Il silenzio del difensore è equiparato alla scelta della modalità di partecipazione da remoto[43] e, quindi, dalla propria abitazione o dallo studio.

Le possibili situazioni in concreto verificabili sembrano quindi essere le seguenti. Il giudice si trova quasi sicuramente in Tribunale: il giudice del dibattimento si connette con Microsoft TEAMS, verosimilmente dal suo ufficio (o, sembra possibile, dalla propria abitazione), mentre il g.i.p. starà nell'aula B. Per il pubblico ministero parrebbero valere le stesse opzioni.

L'arrestato, il fermato o il sottoposto a misura partecipano, a seconda dei casi, dal carcere o dal Comando più vicino al luogo in cui si trovano.

Il difensore può scegliere se partecipare dal Tribunale, dal luogo in cui si trova l'assistito o da remoto. Con riferimento a tali ultime opzioni si impongono due osservazioni. La prima è di carattere tecnico: il luogo in cui si trova l'assistito è equiparato dall'art. 146-*bis* comma 5 disp. att. c.p.p. all'aula di udienza; lo stesso non è previsto in alcuna disposizione con riferimento alla postazione da cui si collega il difensore. Anche in questo caso, allora, la validità dell'udienza dipende da un'interpretazione non letterale delle disposizioni in vigore, ma che guarda alla *ratio* che ha ispirato la decretazione d'urgenza e che sembra potersi ritenere *contra legem*, dal momento che attribuisce al testo della disposizione una portata che va al di là dei «possibili significati delle parole utilizzate dal legislatore»[44]. La seconda, invece, è un'osservazione di carattere pratico: occorre verificare che i luoghi in cui l'assistito si potrebbe trovare risultino idonei ad ospitare il difensore. Un interessante spunto di riflessione su questo aspetto è offerto da una comunicazione del Direttore della Casa circondariale di Brescia del 24 marzo 2020, con la quale si invitano i difensori a partecipare all'udienza di convalida in luoghi diversi dal carcere. La struttura, infatti, non è in grado di garantire una postazione di collegamento da remoto anche al difensore e questo comporterebbe «occasione di contatto personale con il detenuto e, quindi, l'ipotetico rischio di contagio»[45]. Nulla di più vero. Il richiamo a tale comunicazione, infatti, non vuole essere una critica, ma semplicemente occasione per riflettere. Se gli avvocati non possono entrare in carcere per – giustamente – limitare il rischio di contagio, allora forse sarebbe più opportuno evitare qualsiasi ingresso nelle strutture prima della convalida o dell'interrogatorio anche per i loro assistiti.

Stesso discorso va fatto con riferimento alla figura dell'interprete, per cui il protocollo prevede che egli «presenzierà ordinariamente dal luogo in cui si trova l'arrestato, nell'osservanza delle vigenti prescrizioni sanitarie per evitare il rischio di contagio». Ancora una volta, il protocollo va necessariamente applicato *cum grano salis*. Occorrerà infatti preliminarmente verificare che il luogo da cui l'arrestato partecipa all'udienza sia attrezzato per la presenza di un'altra persona[46].

---

[43] Cfr. punto 6 del Protocollo.

[44] V. M. DANIELE, *La norma processuale penale*, in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 74 ss.

[45] La comunicazione è reperibile sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Brescia: https://www.ordineavvocatibrescia.it/uploads/allegati_articoli/casa_circondariale_nota%201870%20del%2023%20mar%202020%20udienze%20tramite%20video%20conferenz-1471-17.pdf

[46] Il codice di rito prevedere la possibilità che l'interprete svolga la sua attività mediante l'utilizzo di tecnologie di comunicazione a distanza solo con riferimento all'interprete che viene nominato per la persona offesa ai sensi dell'art. 143-*bis* commi 2 e 3 c.p.p. e, in ogni caso, tale possibilità potrà trovare applicazione solo qualora «la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti o di comprendere compiutamente lo svolgimento del procedimento».

Il protocollo si preoccupa poi di regolare la trasmissione degli atti e lo scambio di documenti tra i soggetti chiamati a partecipare: prima dell'udienza di convalida gli atti saranno trasmessi per posta ordinaria[47], mentre nel corso dell'udienza l'eventuale scambio di documenti avviene attraverso la chat della piattaforma[48].

Con riferimento alla possibilità per il difensore di conferire con il proprio assistito, si stabilisce che nel caso in cui il difensore partecipi «da remoto», dovrà essere garantita «prima, durante e dopo l'udienza, la possibilità di colloqui difensivi riservati a distanza [...] attraverso l'attivazione di un contatto da parte della polizia giudiziaria (telefonico o altra modalità tecnica idonea), anche mediante la presenza di un interprete (ove necessario)»[49]. Qui si rendono necessarie due precisazioni. In primo luogo, per quanto concerne la presenza dell'interprete, appare evidente che il mezzo del telefono sopra richiamato non potrà ritenersi in alcun modo sufficiente (per il semplice fatto che non è possibile pensare ad una normale comunicazione telefonica tra difensore, interprete ed arrestato). Di conseguenza, nel caso in cui si rendesse necessaria la sua presenza il Protocollo andrà necessariamente inteso nel senso che tali comunicazioni dovranno essere predisposte mediante «altra modalità tecnica idonea», dovendo con questa essere garantita la possibilità per i tre interessati di essere collegati contemporaneamente. Inoltre, il riferimento alla postazione «da remoto» del difensore deve necessariamente comprendere anche la situazione in cui egli partecipi dal Tribunale, risultando altrimenti pregiudicato il diritto di quest'ultimo a conferire con l'assistito.

Si tratta, in ogni caso, di un aspetto di fondamentale importanza, che tocca il diritto di difesa non solo nella sua componente "tecnica", ma anche nella dimensione dell'"autodifesa", ossia del diritto dell'indagato o imputato di partecipare e contribuire in maniera effettiva alla funzione difensiva. Prima dell'udienza o prima dell'interrogatorio i colloqui tra assistito e difensore servono innanzitutto a consentire una partecipazione consapevole all'udienza da parte dell'assistito e, non meno importante, a concordare e valutare la strategia difensiva. Inoltre, se nel corso dell'udienza l'assistito può, come spesso succede, costantemente confrontarsi con il difensore, questa possibilità scompare del tutto nel caso di udienze celebrate con le modalità della videoconferenza. È allora necessario uno sforzo fa parte di tutti per assicurarsi che tale diritto venga pienamente rispettato: prima dell'udienza si è già detto che bisogna garantire la possibilità di un confronto che coinvolga, ove necessario, anche l'interprete. Il problema risulta amplificato nel caso in cui la necessità di un colloquio riservato si verifichi durante l'udienza; in questo caso il difensore dovrà assicurarsi che gli altri partecipanti non possano in alcun modo avere accesso alle comunicazioni intercorse con il suo assistito[50].

Vi sono poi alcune previsioni che – in ragione del riferimento al decreto di presentazione all'udienza, alle modalità di formazione del fascicolo e alla cancelleria dell'Ufficio dibattimento –

---

[47] Quando viene informato dell'arresto il difensore deve a tal fine comunicare alla polizia giudiziaria un indirizzo di posta ordinaria. Cfr. punto 9, 10 e 11 del Protocollo. Al punto 14 dello stesso Protocollo si stabilisce che il difensore dovrà in ogni caso ricevere gli atti almeno 60 minuti prima dell'inizio dell'udienza (eventualmente prorogabili) in modo tale da poterli studiare e da poter eventualmente prendere contatto con l'assistito o con i suoi familiari.

[48] Cfr. punto 18 del Protocollo.

[49] Quanto alla possibilità di contatti telefonici, il difensore riceve al momento dell'arresto – ove possibile – il nominativo e il recapito di uno o più familiari dell'arrestato. Cfr. punti 9 e 10 del Protocollo.

[50] L'opzione più sicura sembrerebbe essere quella di interrompere la registrazione, disattivare i microfoni del dispositivo da cui difensore e assistito partecipano alla videoconferenza e comunicare telefonicamente. Qualora si rendesse necessario comunque l'utilizzo della videoconferenza in ragione della presenza dell'interprete, l'unica soluzione sembra essere quella di chiedere al giudice di disconnettersi (sempre dopo aver interrotto la registrazione).

sembrano doversi riferire al solo giudizio direttissimo, ma che in realtà, guardando alla *ratio* della disciplina, potrebbero ritenersi applicabili anche nel caso di convalida avanti al g.i.p. In buona sostanza, si prevede che la segreteria del Pubblico ministero di turno provveda «all'iscrizione, alla formazione del fascicolo digitale (comprendente la copia della copertina con il numero RGNR, il decreto di presentazione all'udienza sottoscritto e scansionato, il verbale di arresto con i relativi allegati) e alla sua trasmissione per via telematica al difensore e alla cancelleria del dibattimento. Nel decreto di presentazione dovranno essere indicati gli indirizzi di posta elettronica e i contatti telefonici del difensore e degli operatori di polizia giudiziaria presso cui sarà attivata la videoconferenza con l'arrestato; il luogo da dove avverrà la videoconferenza e l'eventuale necessità dell'interprete». Appare evidente che tali comunicazioni dovranno pervenire anche nel caso in cui si debbano convalidare l'arresto o il fermo davanti al g.i.p.

Da ultimo, è previsto che il giudice, dopo aver accertato la regolare "costituzione" delle parti, dia atto con decreto motivato che si procede con la partecipazione a distanza «per ragioni di sicurezza, da individuarsi nell'attuale emergenza sanitaria determinata dal COVID-19». A questo punto il difensore dovrà dichiarare: «1) di trovarsi in un ambiente riservato, in cui non è presente alcuna persona non legittimata a partecipare all'attività da compiersi: 2) di aderire al protocollo e di rinunciare ad ogni eccezione relativa alle modalità tecniche di partecipazione da remoto all'udienza»[51].

Quest'ultima prescrizione desta non poche perplessità. In primo luogo, non sono definite le conseguenze cui si va incontro in caso di mancata rinuncia alle eccezioni.

Inoltre, imporre una rinuncia di questo tenore svilisce – fino a distruggerla, probabilmente – la funzione dell'avvocato, difensore dei diritti – anche partecipativi – del suo assistito. In ragione delle carenze, dal punto di vista della tenuta normativa, sopra evidenziate, verrebbe quasi da pensare che tale rinuncia sia stata inserita nel Protocollo per ripararsi dalla possibile pioggia di eccezioni che potrebbero essere formulate. Per comprendere la gravità di tale previsione, occorre ancora una volta fare uno sforzo e immaginare come potrebbe evolvere la situazione nel caso concreto. Proviamo allora a pensare all'ipotesi in cui durante l'udienza di convalida salti la connessione, o non si riesca a garantire al difensore la possibilità di parlare riservatamente con il proprio assistito. Altra possibilità potrebbe essere quella di un malfunzionamento dei microfoni o di errori di tipo tecnico, per cui non si riesce a registrare in tutto o in parte la videoconferenza[52]. Come si può pensare di imporre al difensore una rinuncia a qualsiasi eccezione in tema di partecipazione?

Sul punto occorre soffermarsi un momento, anticipando fin da subito che non è questa la sede per un'analisi dettagliata delle singole situazioni in concreto verificabili.

Il punto di partenza è costituito dal fatto che un vizio relativo alla partecipazione delle parti appare in ogni caso idoneo ad essere inquadrato tra le nullità di ordine generale di cui all'art. 178 c.p.p. L'art. 183, comma 1, lett. a) c.p.p. prevede la possibilità che talune nullità (non quelle assolute) possano essere sanate dalla rinuncia per la parte interessata ad eccepirle che, pertanto,

[51] Cfr. punto 17 del Protocollo.

[52] Le istruzioni operative inviate dall'Ordine degli Avvocati ai propri iscritti stabiliscono che le udienze di convalida andranno integralmente registrate con la modalità di TEAMS "attiva registrazione" avviata dal giudice e il file andrà successivamente scaricato e salvato.
Con riferimento al codice di rito, l'art. 141-*bis* c.p.p. prevede che «l'interrogatorio della persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità». Impedire al difensore di sollevare eccezioni con riferimento alle modalità di partecipazione potrebbe, allora, eliminare la sanzione dell'inutilizzabilità per tutti quegli interrogatori in videoconferenza nei quali si verifichino problemi di connessione o di registrazione.

accetta che l'atto continui a produrre i suoi effetti nonostante il vizio. È a tale sanatoria generale che deve essere ricondotta la previsione di cui al Protocollo.

Quanto al regime, occorre distinguere. Come anticipato, qualora tale vizio dovesse produrre una nullità di tipo assoluto[53], una rinuncia all'eccezione si configura come strumento del tutto privo di utilità all'interno di un sistema che definisce le nullità assolute come insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Per quanto concerne, invece, le nullità a regime intermedio (e le nullità relative)[54], si deve osservare che a queste si può porre rimedio attraverso lo strumento della sanatoria. In particolare, l'art. 183, comma 1, lett. a) stabilisce che le nullità sono sanate «se la parte interessata ha rinunciato espressamente ad eccepirle». Il Protocollo impone al difensore di «rinunciare ad ogni eccezione relativa alle modalità tecniche di partecipazione da remoto all'udienza» prima del compimento dell'atto, ma, soprattutto, senza sapere quali vizi potranno in concreto verificarsi. Dal punto di vista cronologico non si pongono particolari problemi[55]: l'art. 182, comma 2, c.p.p. stabilisce che «quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento», il che renderebbe in astratto ammissibile, *a contrario*, una rinuncia preventiva. Ma ciò non toglie che in quel caso la parte è a conoscenza del tipo di vizio che si verificherà, è in grado di formulare una prognosi[56]. Una rinuncia come quella di cui al Protocollo non consente al difensore di conoscere il vizio che si impegna a non denunciare, ponendosi quindi al di fuori degli schemi codicistici e dell'opinione – risalente e consolidata – per cui l'acquiescenza descritta nell'art. 183 c.p.p., per avere effetto, richiede «che la parte sia a conoscenza del vizio dell'atto»[57].

In ragione di quanto appena osservato – e anche alla luce della mancata previsione di qualsiasi tipo di conseguenza per il difensore che non dovesse dichiarare quanto richiesto dal Protocollo – occorre quindi riflettere sull'opportunità di non aderire ad una previsione che finisce per privare l'assistito della possibilità di far valere i propri diritti, non potendosi escludere che possa poi essere invocato, sebbene non del tutto correttamente, il meccanismo previsto dall'art. 183 c.p.p. che riconduce alla sanatoria del vizio la rinuncia a far valere le eccezioni in materia di nullità.

3. La questione sorge spontanea: che ne è dei diritti fondamentali? Possiamo davvero ritenere che il quadro che ne esce possa dirsi compatibile con l'art. 24 Cost. e, in generale, con il

---

[53] A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi in cui dovessero verificarsi problemi di connessione per il difensore, tali per cui questi debba – anche solo momentaneamente – abbandonare la videoconferenza. Tale situazione potrebbe ritenersi pacificamente idonea a integrare una situazione di «assenza del [...] difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza» e, quindi, una nullità di carattere assoluto ai sensi di quanto previsto dall'art. 179 c.p.p.

[54] Sempre a titolo di esempio, qualora al difensore non fosse garantita la possibilità di confrontarsi riservatamente con il suo assistito nel corso dell'udienza potrebbe ritenersi integrata una nullità intermedia *ex* artt. 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p.

[55] Il problema non si porrebbe neanche aderendo all'opinione consolidata per cui la sanatoria integra «un atto o un fatto giuridico successivo all'atto imperfetto, che, sommandosi a quest'ultimo, genera una fattispecie diversa, dagli effetti equivalenti a quelli dell'atto perfetto». Sul punto cfr. P.P. PAULESU, *L'atto processuale penale*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 268.

[56] Si pensi all'ipotesi di cui all'art. 199 c.p.p. L'omissione dell'avviso ai prossimi congiunti della facoltà di astenersi dal testimoniare determina una nullità relativa, «che deve essere eccepita, a pena di decadenza, dalla parte che vi assiste prima del compimento dell'esame testimoniale ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo». Cfr. Cass. sez. III, 16 gennaio 2018, n. 21374. La parte che decida di non eccepire la nullità sa che quelle dichiarazioni entreranno a far parte del compendio probatorio su cui il giudice potrà fondare la propria decisione.

[57] Cfr. T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, II Agg., Giuffrè, 1998, ove si afferma che «non avrebbe molto senso trarre da un certo comportamento l'intento di accettare gli effetti dell'atto nonostante il vizio, se di quest'ultimo l'autore del comportamento non avesse consapevolezza».

giusto processo di cui all'art. 111 Cost.? E ancora, le garanzie poste a presidio della libertà personale sono rispettate?

Da un lato, la situazione che stiamo vivendo impone di adottare delle misure in grado di contenere la diffusione del virus, al fine di garantire il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost.; dall'altro, però, non possiamo dimenticare che abbiamo una Costituzione che ci impone rispettare regole precise in materia di libertà personale e di garantire a ciascuno il diritto ad un processo equo.

Qualche osservazione è già stata fatta analizzando il Protocollo, ma appare utile prendere in considerazione anche aspetti ulteriori.

Per quanto riguarda il tema, già parzialmente affrontato, del diritto a colloqui riservati tra il difensore e l'assistito, occorre misurare la disciplina non solo con il diritto di difesa, inteso nella sua duplice componente di autodifesa e difesa tecnica, ma anche con il comma 3 dell'art. 111 Cost., che impone «la persona accusata di un reato [...] disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa». Alle considerazioni di cui sopra si deve pertanto aggiungere la necessità che i limiti fissati dai Protocolli per definire il tempo che deve intercorrere tra il momento in cui il difensore riceve gli atti e quello dell'udienza (nel caso di Ferrara si fa riferimento a un arco temporale non inferiore a 60 minuti) vengano intesi in maniera tale da garantire pienamente il diritto di difesa, non potendosi presumere che la funzione preparatoria dell'udienza (o dell'interrogatorio) possa essere assicurata in un arco di tempo predefinito.

Con riferimento all'udienza di convalida – a prescindere dal giudice avanti cui questa si svolge – il tema principale è quello dall'assenza di qualsiasi incontro tra l'imputato, il suo difensore e il giudice che deve convalidare l'arresto o il fermo. Un problema di *habeas corpus*, che ci riporta a dover fare i conti con elementi di civiltà giuridica fondamentali che probabilmente diamo per scontati, ma che non possiamo perdere di vista. La verifica in ordine alla legittimità dell'arresto (o del fermo) passa anche – e soprattutto, verrebbe da dire – dalla possibilità per il giudice di vedere in quali condizioni si trova la persona che viene portata davanti a lui ("*habeas corpus integrum*"). Ed è per questo motivo che l'art. 5 CEDU stabilisce che «ogni persona arrestata o detenuta [...] deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice».

Difficile, pertanto, pensare che una convalida in videoconferenza possa dirsi rispettosa di tali principi. Altrettanto difficile risulta ipotizzare soluzioni interpretative, senza passare per l'introduzione di norme che regolino in maniera precisa e puntuale le modalità di celebrazione delle convalide in questo periodo.

In ogni caso, occorrerebbe sondare la possibilità di stabilire che le udienze vengano celebrate in presenza dell'arrestato o del fermato. Di fondamentale importanza sarebbe evitare l'ingresso di queste persone all'interno della Casa circondariale fino all'intervenuta convalida. Il carcere costituisce già di per sé un luogo ad altissimo rischio di contagio e consentire ad una persona di farvi accesso, magari solo per il tempo che separa l'arresto dalla convalida, comporta un aumento di tale rischio del tutto ingiustificato.

Una soluzione per il legislatore potrebbe essere quella di valutare la possibilità di rendere applicabile in ogni caso quanto disposto dall'art. 558 c.p.p. nella parte in cui prevede che l'arrestato sia custodito, a seconda dei casi, «in uno dei luoghi indicati nel comma 1 dell'articolo 284» ovvero «in caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità di tali luoghi [...] presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato».

In questo modo, allora, pare possibile ipotizzare che la Questura e il Comando Provinciale diventino il luogo dove di regola, in questo periodo, si celebrano le convalide. Il giudice, che in ogni caso avrebbe partecipato dal Tribunale, si potrebbe recare presso il luogo in cui l'arrestato

o il fermato sono stati collocati (che sarebbe anche lo stesso luogo in cui questi si recherebbero nel caso di custodia in uno dei luoghi di cui al comma 1 dell'art. 284 c.p.p.). Lo stesso discorso varrebbe per l'interprete (ove necessario) e per il difensore, per il quale si risolverebbe anche il problema dell'equiparazione della sua postazione da remoto al luogo di udienza.

Certo, bisognerebbe verificare la possibilità di allestire in questi luoghi un'aula in cui, rispettando le distanze di sicurezza ed eventualmente indossando dispositivi di protezione, possano stare contemporaneamente quattro o cinque persone. Tuttavia, solo in questo modo sembra possibile restituire ad un momento fondamentale del procedimento, quale è l'udienza di convalida, il valore che le spetta.

Da ultimo, anche con riferimento all'interrogatorio di garanzia non sembra che il diritto di difesa possa dirsi sufficientemente rispettato. Si è già avuto modo di osservare che sembra mancare una base giuridica che consenta di procedere in videoconferenza[58], ma vi è un'ulteriore questione, legata alla funzione difensiva che il sistema attribuisce all'istituto. L'interrogatorio consente al giudice di incontrare l'imputato e a quest'ultimo di portare, per la prima volta, il proprio contributo alla vicenda cautelare che lo vede coinvolto. Si tratta di un momento fondamentale del procedimento cautelare: il giudice deve valutare la sussistenza di tutti i presupposti che consentono l'applicazione di una misura cautelare e per farlo ha bisogno di vedere e di ascoltare il destinatario di tali misure e il suo difensore. Ma quali dichiarazioni potranno mai essere fatte in un contesto come quello che abbiamo descritto? Che tipo di valutazione può fare il giudice? La funzione dell'interrogatorio di garanzia sembra cedere il passo alla finzione di un incontro tra il giudice, il sottoposto a misura cautelare e il suo difensore e la connessione in *streaming* rischia in questo modo di ridurre questo vitale momento difensivo ad una mera formalità, che integri una delle necessarie condizioni di legittimità per l'applicazione della misura restrittiva.

In conclusione, le soluzioni adottate – necessariamente in tempi molto ristretti – non sembrano potersi definire pienamente rispettose dei diritti fondamentali del protagonista del processo penale. Non restano che due speranze. La prima, che questa situazione di emergenza si risolva nel minor tempo possibile. La seconda, della quale dobbiamo ritenerci responsabili, è la speranza che nessuno si affezioni a queste forme di partecipazione – *rectius*, di non partecipazione – al procedimento penale.

[58] V. *supra* § 2.