CONVEGNI

FRANCESCO TRAPELLA

La rivoluzione digitale alla prova della riforma*

Se, da un lato, è necessario adeguare la giustizia penale alle nuove tecnologie, dall'altro, non è possibile relegare in angolo le prerogative della difesa. Lo scritto mira a ricostruire i tratti essenziali della transizione digitale imposta dalla riforma Cartabia, evidenziando i punti ancora dubbi per la loro potenzialità nociva rispetto alla posizione dell'imputato.

The digital revolution to the test of the reform

On the one hand it is necessary to adapt the criminal justice to new technologies; on the other, it is not possible to diminish the defensive prerogatives. This paper aims at reconstructing the essential characteristics of the digital transition imposed by the Cartabia reform and highlighting the doubtful points due to their harmful potential with respect to the defendant position.

SOMMARIO: 1. Prassi a scartamento ridotto. - 2. Notificazioni. - 3. Depositi telematici. - 4. Malfunzionamenti. - 5. Videoregistrazioni e partecipazione a distanza. - 6. Pensieri sparsi sul futuro.

1. *Prassi a scartamento ridotto.* Ancora non è dato conoscere il destino della riforma, se entrerà in vigore così come la conosciamo attraverso i decreti delegati, se la vigenza verrà ulteriormente rimandata o se, mantenuta la scadenza del prossimo 30 dicembre, la nuova maggioranza praticherà interventi più o meno invasivi, abituandoci ad una sequenza di continui aggiornamenti, in fondo, non troppo diversi da altri di nostra memoria.

Quale sarà l'epilogo di tali incertezze¹ è, però, certo che non si potrà evitare il confronto con le nuove tecnologie e con le questioni di cui sono foriere quanto a possibili, inedite modalità di celebrare le udienze², a nuovi metodi di lavoro nelle sedi giudiziarie³ o a nuove forme di contatto tra gli uffici e l'utenza⁴.

* Questo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione *Il processo penale telematico*, tenuta dall'Autore al convegno *Le tre «anime» della riforma Cartabia della giustizia penale*, organizzato dall'Università di Genova presso il polo di Imperia il 5 dicembre 2022, e dell'intervento all'incontro di studi *La riforma della riforma Cartabia? Ombre e dubbi in attesa di una svolta per il sistema penale*, organizzato dall'Università d'Annunzio di Chieti-Pescara, dalla Camera penale di Chieti e dall'Ordine degli Avvocati di Chieti il 6 dicembre 2022.

¹ Paragona questo periodo di incertezze a scenari di assedio guerresco e di attesa VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *questa Rivista*, 2022, 3, 1.

² Rispetto alle quali s'è manifestata più di qualche perplessità, ricollegabile - s'è detto - ad un'«idiosincrasia per le forme processuali» (MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 3) e ai tanti - forse, troppi - punti di frizione con l'archetipo di giustizia processuale invero in Costituzione e nelle fonti europee, l'immediatezza *in primis* come rammenta MAZZA, *Inmediatezza e crisi sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 461.

³ L'organizzazione degli uffici può impattare, anche molto negativamente, sul concreto esercizio delle prerogative di parte: *amplius*, VISENTIN, *Premesse per una ricerca su efficienza e qualità del giudizio*

L'esperienza pandemica ha imposto un cambio di passo epocale: in pochi mesi s'è attrezzata una vera e propria rivoluzione che, da strumento di emergenza, si affaccia ora all'ordinario⁵: una rivoluzione di cui molti operatori avvertivano l'esigenza⁶, pur, però, non essendo stata ancora digerita appieno e rimanendo, a tutt'oggi, preda di prassi variegata⁷ che meriterebbero maggiore ordine nel nome di una legalità – neanche a dirlo – certa ed unitaria sul territorio nazionale.

Un paio di esempi tratti dalla realtà empirica darà forma all'assunto, palesando la necessità di un intervento – diremmo: educativo, prima che di ortopedia normativa – a favore della compiuta⁸ informatizzazione del sistema.

Il primo è compendiato in una recente ordinanza⁹ resa nel giudizio che seguiva l'opposizione ad un decreto penale di condanna con contestuale istanza di messa alla prova. Ritualmente il difensore depositava l'impugnativa, indirizzandola alla casella di posta certificata dell'ufficio competente; allegava la procura speciale rilasciatagli dall'imputato, autenticandola per conformità a mente dell'art. 24, co. 6-bis, d.lgs. 28 ottobre 2020, n. 137: norma – si badi – ancora oggi in vigore. All'udienza il giudice disponeva un rinvio per ragioni che qui non rilevano ed invitava la parte privata a produrre in originale la procura

penale e Ufficio del Processo: quanto i nuovi assetti riusciranno a garantire una giustizia di qualità?, in questa *Rivista*, 2022, 1, 3.

⁵ Come ricorda CANANZI, *Dall'emergenza alla legge delega al Governo: verso un processo penale veramente telematico?*, in *Sist. pen.* (web), 2022, 3, 132 nel ripercorrere l'iter che ha portato dall'iniziale diniego all'uso dell'informatica nelle comunicazioni delle parti verso gli uffici allo scenario attuale in cui ciò è, invece, possibile.

⁶ Secondo il percorso, non sempre lineare, descritto da BRONZO, *Delega al governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello*, in *Cass. pen.*, 2021, 3276.

⁷ Anche per uniformare il trattamento riservato agli uffici che, prima del Covid-19, potevano avvalersi del mezzo telematico per le notifiche alle parti, e ai privati a cui era interdetta la possibilità di depositare istanze, memorie e documenti via pec sulla scorta di un'anacronistica esegesi del codice. In tema, si leggano le analisi di DIDI, *Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 299; KALB, *Valida la notificazione all'imputato effettuata mediante invio di posta elettronica certificata al difensore*, *Giur. it.*, 2016, 1242; BOVE, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per una ricognizione *post* pandemia, DELVECCHIO, *L'informatizzazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, 60 ss.

⁸ Per approfondimenti si rinvia all'analisi di PROCACCINO, *Between a rock and a hard place. La faticosa "digitalizzazione" del processo penale tra fonti tradizionali e soft law*, in *Cass. pen.*, 2021, 1432.

⁹ L'aggettivo non è impiegato casualmente, visto che, già prima del 2020 – come s'è detto – si manifestavano avvisaglie in favore della digitalizzazione, pur, però, con tentativi e norme differenziate lungo la penisola, capaci di restituire l'immagine di un quadro eccessivamente variegato per la sua mancata uniformità. Coglie quest'aspetto GALGANI, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di Marafioti, Paolozzi, Torino, 2019, 245.

¹⁰ G.i.p. Rovigo, ord. 6 ottobre 2022, inedita.

speciale.

Si tratta di una vicenda di limitata importanza: una di quelle che, solitamente, non toccano l'attenzione dello studioso; se ne parla, però, perché la si ritiene sintomatica di una diffidenza – comunque, ancora diffusa – verso lo strumentario telematico: atteggiamento, questo, incompatibile con l'impostazione della riforma. E, infatti, il deposito di procure speciali tramite la pec o il portale ministeriale è stato previsto in modo espresso dalla D.G.S.I.A. già nei primi mesi del 2021; ancora, la normativa antipandemica nulla dice né in ordine ad oneri difensivi di doppia trasmissione – dell'originale e della copia informatica –, né per quel che concerne sanzioni conseguenti al mancato recapito di entrambi gli esemplari.

Per quanto lieve, quindi, la diversione giudiziale dall'ortodossia del rito¹⁰ ha gravato la parte privata di adempimenti e di responsabilità estranei al testo di legge e, quindi – con una sintesi tanto estrema, quanto efficace – contrari a legalità¹¹; nondimeno, al di fuori di ogni cornice normativa si sarebbe posta la sanzione processuale conseguente al mancato deposito dell'originale all'udienza successiva¹², con ovvio aggravio di tempi e di risorse legate

¹⁰ E questa volta, pure, della normativa di rango *sub*-legislativo: basta leggere il provvedimento D.G.S.I.A. sull'uso del portale di deposito degli atti penali del 24 febbraio 2021 per avvedersi del come, nell'ottica di semplificazione commessa al periodo emergenziale, il deposito di procure speciali in telematico sia perfettamente ammissibile senza oneri aggiuntivi per la parte privata.

La riforma annuncia un nuovo art. 122, co. 2-*bis*, c.p.p. che tratta, in effetti, di un obbligo di conservare l'originale analogico da esibire a richiesta dell'autorità giudiziaria: alcuna sanzione, però, è associata a questa situazione giuridica e, applicando un criterio ermeneutico ormai d'uso comune per la Suprema Corte – stavolta, però, a parti invertite e non a vantaggio del magistrato, ma della parte – la mancanza di conseguenze invalidanti porta a concepire quello in argomento come un “non obbligo”.

¹¹ La considerazione vale al punto che, se oggi è pacifico che *tutti* gli atti di impugnazione, comunque denominati, siano depositabili in telematico per l'effetto dell'art. 24, co. 6-*quinq*ues d.l. n. 137 del 2020 come modificato dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, l'attuale, chiarissimo assetto è dovuto proprio alle incertezze – giurisprudenziali più che dottrinali – che, al varo del decreto Ristori, toccavano la possibilità di trasmettere via pec i gravami. In tema, oltre a DELVECCHIO, *L'informatizzazione della giustizia penale*, cit., 74, AGOSTINO, *Articolo 24 del decreto “ristori”: l'interpretazione restrittiva della Cassazione in tema di deposito telematico degli atti durante il periodo emergenziale*, in www.sistemapenale.it; BOZZAOTRE, *Decreto legge Ristori, il deposito telematico degli atti penali: significative novità e sconsonanti conferme*, in www.giustiziainsieme.it; VITRANI, ARCELLA, *Inammissibilità (presunta?) degli atti di impugnazione depositati a mezzo PEC nel processo penale*, in www.ilprocessotelematico.it.

¹² Riecheggiano alcuni interrogativi in tema di legalità, risalenti agli anni Novanta: il primo – si cita NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Fabio Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 651 – nota, in quei tempi, lo spostamento del processo penale da uno «concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente improntato sul potere del magistrato», di talché è d'obbligo domandarsi: «la procedura è ancora intesa, oggi, come regola superiore e come limite al potere della magistratura?»; il secondo – di GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989 – approfondisce lo «smarrimento diffuso a fronte del concetto di legalità». Per un'analisi di ampio respiro su questi aspetti, VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto*:

all'inevitabile doglianza della difesa, perfettamente abilitata a rivolgersi alla corte distrettuale o alla Cassazione lamentando l'evidente *error in procedendo*: alla faccia dell'efficienza e della celerità, verrebbe da dire!

Fermi questi rilievi, si può passare al secondo dei due *case studies* annunciati. Dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, il difensore chiedeva copia integrale degli atti d'indagine con i relativi allegati; corrisposti i diritti, l'ufficio del pubblico ministero metteva a disposizione della difesa il *link* per l'accesso al fascicolo e per l'estrazione di quanto in istanza; solo all'esame degli atti – si parla di circa 20.000 pagine – si accorgeva che mancavano i 262 (*sic!*) documenti allegati ad una consulenza tecnica, puntualmente richiamati dagli esperti della procura. Così, veniva fatta nuova domanda all'ufficio perché fossero trasmessi i materiali irreperibili all'indirizzo del richiedente; replicava il pubblico ministero¹³ che gli allegati alla consulenza erano depositati su un CD-ROM perfettamente accessibile alle difese già al tempo dell'emissione dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. e che sarebbe stato sufficiente comprendere anche il contenuto di quel supporto nell'originaria istanza di accesso.

Va aggiunto che, in quella sede, le parti private non hanno la possibilità di consultare gli atti in cartaceo, essendo in uso il sistema TIAP¹⁴: ne deriva che, a fronte di una richiesta onnicomprensiva come quella di cui si tratta, era obbligo¹⁵ dell'ufficio informare che una parte degli atti non era stata digitalizzata; il difensore, da solo, nulla poteva sapere della loro collocazione in altro frangente.

Il caso è solo di apparente banalità: la cattiva gestione del TIAP – contrastante, in fondo, con le stesse *guidelines* della Suprema Corte e, va detto, con la funzione stessa del sistema¹⁶ – vanificava la funzione di *discovery* dell'avviso

piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Pietro Calamandrei, in questa Rivista, 2018, 2, 18-19.

¹³ Comunicazione della Procura di Pescara del 25 luglio 2022.

¹⁴ Per comprendere importanza e funzionalità del TIAP nel percorso di digitalizzazione degli uffici di procura – e, quindi, pure nel caso ora in analisi – si può consultare BIGIARINI, *Il punto di vista del pubblico ministero*, in *La rivoluzione digitale. Processo penale telematico e processo penale da remoto*, a cura di Trapella, Roma, 2021, 55 ss.

¹⁵ Non foss'altro per l'affidamento che il privato ripone negli uffici amministrativi e che deriva, oggi espressamente, dall'art. 1, co. 2-*bis*, L. 7 agosto 1990, n. 240 e dai precetti, ivi espressi, di buona fede e di collaborazione. Su tali concetti, considerati nell'evoluzione della normativa sul procedimento amministrativo, *ex plurimis*, GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Roma, 2012, *passim* o ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, *passim*.

¹⁶ Che, già nel 2016, ricordava che il trattamento informatizzato degli atti penali serve a raggiungere «l'obiettivo di pervenire alla digitalizzazione del fascicolo stesso, attraverso la scannerizzazione e la clas-

previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p., impedendo, nei fatti, il proficuo esercizio delle prerogative difensive; per altro verso, se ai tempi del cartaceo era piuttosto normale che una corposa documentazione fosse caricata su un CD-ROM unito al fascicolo - e di tanto avrebbero avuto contezza sia le parti, sia il giudice - così non è oggi, specie in quegli uffici che garantiscono l'ostensione degli atti investigativi previa trasmissione di un *link* al difensore¹⁷ o da postazioni informatiche predisposte nei palazzi di giustizia¹⁸; sicuramente così non sarà un domani, qualora il portale ministeriale divenisse finalmente luogo per la consultazione e per il *download* delle risultanze d'indagine¹⁹.

L'esperienza quotidiana rivela, insomma, che ai buoni propositi del legislatore non corrisponde sempre un equivalente sforzo delle strutture giudiziarie ed inquirenti ad adeguarsi ai tempi; certo, non si tratta di questione da poco, liquidabile alla stregua di quei genitori che, non avvezzi alla tecnologia, stigmatizzano il massivo uso degli *smartphone* o dei *social* da parte dei figli; qui è in gioco il giusto processo, con il bagaglio di posizioni costituzionali che ne derivano. Ecco, allora, che s'impone una riflessione, guardando alle prospettive della Cartabia e mai sottacendo le difficoltà di una prassi faticosa - diremmo, forse meglio: restia - ad accettare il cambiamento digitale.

2. Notificazioni. Il d.lgs. n. 150 del 2022 dedica l'art. 69 alle notificazioni telematiche; la norma merita attenzione per il rango degli interessi coinvolti²⁰, incidendo, sia pure confusamente e con una resa tutt'altro che immediatamente intelligibile, sulla norma - l'art. 16 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 - che governa i rapporti tra le parti - o, visto il novellato co. 6, i soggetti - e l'ufficio procedente tramite la sua cancelleria.

Il disposto va letto sulla base del principio che pretende di averare, ossia che l'imputato abbia contezza del proprio processo, né più, né meno: una prero-

sificazione degli atti che ivi confluiscono» (Cass., Sez. I, 29 aprile 2016, n. 44424).

¹⁷ Com'è in quello pescarese, ma non solo.

¹⁸ Ciò accade, ad esempio, alla Procura di Ferrara.

¹⁹ Un futuro che è già attuale: a leggere la comunicazione del 16 novembre 2022, sul sito istituzionale del Ministero della giustizia, «da lunedì 14 novembre 2022 in tutte le Procure della Repubblica del territorio nazionale è attiva la funzionalità di accesso degli atti dei procedimenti penali da parte dei difensori tramite il portale del Processo Penale Telematico»; seguono le opportune istruzioni. Ci si attende - è ovvio - che la funzione *download* permetta l'ostensione dell'intero fascicolo, qualora richiesta integralmente.

²⁰ Merita leggere il contributo, dal tono e dai contenuti critici, di DINACCI, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezza legislative*, in in *questa Rivista*, 2021, 1 ss. L'abbrivio alle censure nell'opera del legislatore è dato proprio dalla consapevolezza che «e la "notificazione" concretizza il diritto a partecipare al processo e la stessa possibilità di un'effettiva difesa» (4): posizione, questa, che non si può certo sacrificare sull'altare di un esasperato efficientismo.

gativa coesistente al diritto di difesa e che, forse meglio, ne costituisce un prerequisito non prescindibile²¹; una prerogativa – sia concesso – che non può essere sacrificata sull’altare dei numeri e delle promesse fatte all’Europa²².

Il *test* sulla normativa delegata va, quindi, compiuto cercando di comprendere se essa basti a rendere l’accusato partecipe del giudizio e a conferirgli la possibilità di scegliere se prendervi parte o meno²³.

La prima delle modifiche sostituisce il mezzo telematico all’ufficiale giudiziario, inserendo nel penale le forme comunicative già operanti nel rito civile e nei giudizi davanti al C.N.F. in sede giurisdizionale: in quei contesti – si legge nell’art. 16, co. 4, d.l. n. 179 del 2012 – l’ufficio si rapporta «esclusivamente per via telematica all’indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni»²⁴.

La difficoltà sta nel ricostruire la disciplina, al solito costellata di rinvii a catena: il nuovo art. 16, co. 7-*bis*, d.l. n. 179 del 2012, inserito dalla Cartabia, estende l’anzidetta regola della notifica telematica ai casi in cui l’imputato e le altre parti private abbiano dichiarato domicilio presso un indirizzo non risultante da pubblici elenchi²⁵; se la consegna non ha luogo per cause non imputabili all’interessato, opera per l’accusato l’art. 161, co. 4, c.p.p. e per gli altri destinatari l’art. 16, co. 6, d.l. n. 179 del 2012 che prevede il deposito dell’atto in cancelleria.

È difficoltoso pure il rapporto con il successivo art. 16, co. 8, d.l. n. 179 del 2012 che esordisce tratteggiando l’ipotesi in cui «non è possibile procedere ai

²¹ Semmai ve ne fosse bisogno, basterebbe ricordare Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia.

²² D’altro canto, se è vero che «la profonda crisi di efficienza, effettività e autorevolezza del sistema giustizia e la preoccupante perdita di fiducia nello Stato di diritto e nella democrazia costituzionale» hanno mosso la mano del riformista (DI VIZIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La Procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali*, in www.discrimen.it), lo è del pari che opzioni capaci di nullificare le posizioni difensive dell’imputato non aiuteranno certo a recuperare sul terreno della fiducia dei corpi sociali verso il giudiziario.

²³ Tra i tanti arresti sul punto, notorio, Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogy c. Italia.

²⁴ La nozione si sovrappone a quella, nota già dalla legge delega, di *recapito telematico idoneo*, inteso come quello che assicura l’opportunità di attestare con certezza l’avvenuta ricezione dell’atto. Sul tema, SCACCIANOCE, *Notificazioni al difensore dirette all’imputato*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 28. La finalità, d’altro canto, è ben descritta dall’art. 148, co. 1, c.p.p., di garantire l’identità delle parti, l’integrità del documento trasmesso e la certezza della trasmissione e della ricezione: obiettivo al punto importante che il nuovo art. 171, co. 1, lett. *b-bis*, c.p.p. prescrive la nullità della notifica che violi l’art. 148, co. 1, c.p.p., in controtendenza con l’opzione legislativa di non prevedere nuove cause di invalidità legate alle innovazioni tecnologiche, come osserva GALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it.

²⁵ Sul c.d. *recapito telematico*, GALGANI, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega “Cartabia”*, in *“Riforma Cartabia” e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Milano, 2022, 52.

sensi del co. 4 *per causa non imputabile al destinatario* - applicandovi l'art. 148, co. 4, c.p.p. riscritto dalla riforma, con sostanziale rinvio alle disposizioni *ante* Cartabia - con un fraseggio simile a quello impiegato dal co. 7-*bis* per l'omesso recapito («nelle ipotesi di mancata consegna dei messaggi di posta elettronica certificata *per cause non imputabili al destinatario*») e per la successiva applicazione all'imputato dell'art. 161, co. 4, c.p.p. o, alle altre parti, dell'art. 16, co. 6, d.l. n. 179 del 2012.

Coordinando i disposti, si può concludere che, se il destinatario ha dichiarato domicilio ad un indirizzo *e-mail* non risultante da pubblici registri e la comunicazione non ha buon esito, la notifica è eseguita nelle mani del difensore; qualora, a monte, manchi un recapito informatico²⁶, si procede nelle forme regolate alla maniera vigente prima della riforma. Questa lettura è confortata dallo stesso art. 148, co. 4, c.p.p. che si riferisce espressamente a frangenti in cui «per l'assenza o per l'inidoneità di un domicilio digitale del destinatario ... non è possibile procedere con le modalità» telematiche. Certo, la norma applica il regime pure alla «sussistenza di impedimenti tecnici», con ciò sovrapponendosi al co. 7-*bis* che, però, potrebbe dirsi prevalente quale disposizione speciale.

Date le premesse di ordine generale, merita soffermarsi ulteriormente sull'art. 148, co. 4, c.p.p., che torna in gioco - su espresso richiamo del novellato art. 157, co. 1, c.p.p. - per il regime di notifiche all'imputato non detenuto: in quei casi, il primo recapito segue le regole - diremmo - tradizionali, con l'avvertimento che le comunicazioni successive saranno indirizzate al difensore. Nei casi in cui, al primo contatto tra la polizia giudiziaria e l'indagato, la prima riesca già a dare una collocazione spazio-temporale del fatto in addebito, ad indicare l'autorità che procede e le norme che si assumono violate, ne fa comunicazione all'interessato, soggiungendo che - pure in quel caso - l'ufficio manterrà, poi, i contatti tramite il difensore (nuovo art. 161, co. 01, c.p.p.).

Con una sintesi che ha dell'estremo, ma senza timore di banalizzare, si può affermare che o l'accusato si dota di un recapito telematico o solo la notificazione d'apertura si compirà attraverso i canali sin qui noti alla prassi, caricandosi il difensore, tramite il suo indirizzo informatico, di mantenere i contatti

²⁶ Ipotesi che, con evidenza, viene ritenuta residuale dal legislatore della riforma (sarà davvero così?), considerata «l'innovazione tecnologica che, ormai, riguarda ogni settore dell'attività umana e ogni servizio pubblico, quale è - non si dimentichi - anche la giustizia»: lo ricorda GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in www.sistemapenale.it.

con il proprio assistito e di trasmettergli quanto provenga dall'ufficio²⁷.

La ricostruzione dell'impalcatura del sistema riformato può, per ora, arrestarsi a queste prime coordinate per lasciare spazio ad alcune riflessioni.

I casi esposti nel paragrafo introduttivo fotografavano prassi - devianti - abili a gravare il già complicato lavoro delle difese con oneri ignoti all'ordito codicistico: la Cartabia ne aggiunge altri e ben poco rassicura il nuovo art. 157, co. 8-*quater*, c.p.p. nell'escludere risvolti disciplinari per il difensore che non comunichi con l'assistito per «fatto di quest'ultimo»²⁸. L'espressione è di speciale vaghezza e non tiene conto dell'evolversi patologico dei rapporti tra il legale e la parte privata, spesso fatti di telefonate, SMS, messaggi *whatsapp* o appostamenti "a tradimento" sotto lo studio legale o in mezzo alla strada²⁹: in casi come questi, che magari toccano un individuo privo di fissa dimora o - ed è la premessa cui fa cenno proprio il richiamato art. 148, co. 4, c.p.p. - sprovvisto dell'indirizzo di posta elettronica, ci si chiede come potrà il professionista dimostrare di averle tentate tutte pur di onorare il proprio mandato; ancora, anche quando quello dovesse avere notizia del domicilio del cliente, dovrebbe comunicare con lui a mezzo raccomandata solo per procurarsi la prova dell'invio delle varie missive e dormire, così, sonni tranquilli: certo, quello postale non è un servizio gratuito e la mole dei costi graverebbe esclusivamente sul legale che, al più, potrebbe rientrarvi nei tempi biblici dei pagamenti del patrocinio a spese dello Stato o delle difese d'ufficio³⁰; in

²⁷ Una disciplina che «appare equilibrata» poiché impone al governo di assicurare che «gli atti introduttivi delle fasi del procedimento e del processo, quelli della *vocatio in ius*, siano notificati personalmente all'imputato» (CANANZI, *Dall'emergenza alla legge delega*, cit., 128), ma che, come si vedrà appresso, aggrava notevolmente gli oneri delle difese.

²⁸ Forse il legislatore si è dimenticato di limitare il *novum* alle sole difese fiduciarie, tali e tanti sono gli incombenti e le difficoltà che pesano sul difensore d'ufficio quando, ricevuto l'incarico, deve contattare il proprio assistito: lo chiarisce bene DINACCI, *Le prospettive di riforma*, cit., 12.

Si rammenti, da ultimo, l'orientamento giurisprudenziale che non ritiene sufficiente, ai fini della dichiarazione di assenza - e, quindi, del vaglio di conoscibilità del processo da parte dell'imputato - la sola dichiarazione di domicilio presso il difensore d'ufficio, dovendosi dimostrare l'instaurazione del rapporto professionale (Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, n. 23948, Rv. 279420): se tanto vale per le regole sul processo *in absentia*, a monte, vale pure per la disciplina delle notifiche, stante la comune *ratio* di attrezzare accorgimenti che permettano il consapevole esercizio del diritto di difesa.

²⁹ Oltre a rappresentare l'esistenza di un rischio di responsabilità professionale per le difese. Non solo: chi sia avvezzo della responsabilità empirica ben saprà quanto alto sia il grado di diffidenza verso la classe forense, il che ben potrebbe portare al moltiplicarsi di richieste risarcitorie per quello che il *quisque de populo* ritiene un recapito tardivo o mancato. Lo nota anche DINACCI, *Ibidem*, 14.

Da ultimo, il lessico dell'art. 157, co. 8-*quater*, c.p.p. induce a paventare ipotesi in cui la leggerezza difensiva cagioni in mancato recapito; se ha luogo una nullità non assoluta della notificazione, tanto basta ad impedire l'eccezione, visto che l'art. 182 c.p.p. la esclude per chi - in questo caso, proprio la difesa - abbia contribuito a causare il vizio.

³⁰ Sarà da vedere se la manovra 2022/2023 manterrà la promessa di aumentare i margini di compensa-

quest'ultimo caso ulteriori ostacoli sussistono per l'obbligo di provare l'incapienza del soggetto rappresentato, spesso arricchito da orpelli ulteriori, dettati dalle fantasiose esegesi promosse in questo o in quell'ufficio³¹. Se s'incrociano questi rilievi alla crisi (anche economica³²) dell'avvocatura, il quadro tratteggiato si colora di tinte assai fosche.

Minuzie - dirà qualcuno, rammentando che una raccomandata costa "solo" pochi euro -, ma in grado di influenzare negativamente il bilancio di piccoli studi legali - cioè, della maggior parte di quelli attivi sul territorio nazionale -, gestiti da chi, magari, s'è appena iscritto nell'elenco nazionale dei difensori d'ufficio e si vede travolto da questa mole abnorme di oneri³³, simili più a quelli gestibili da un ufficio di cancelleria che ai compiti assegnati ad un procuratore legale³⁴.

Tali questioni - ben capaci di stravolgere l'effettività del diritto di difesa e, ci si augura, di stimolare la ferma censura delle rappresentanze forensi - s'accompagnano ad una critica più generale, riferita al fine ultimo delle norme in commento, di informare taluno del proprio processo.

L'impianto sembra tutt'altro che equilibrato e segue binari di molto distanti dal più volte auspicato traguardo di una giustizia di qualità. Se è tale quella che combini la necessaria speditezza alla valorizzazione delle prerogative di parte, nel solco del giusto processo, va rimarcato che la notifica telematica rivolta al difensore *anche* per l'imputato ed in modo indipendente da una sua elezione di domicilio presso il professionista garantisce tempi relativamente celeri, ma non assicura, anche per le ragioni anzidette, la conoscenza dell'atto

zione per i crediti dei professionisti.

³¹ La critica si giustifica sulla base della congerie interminabile di protocolli e linee guida all'uopo adottati nei vari angoli del Paese: tanto priva l'utenza di discipline uniformi, pur essendo una soluzione quasi obbligata per le notorie carenze del *draft* normativo. Per dare forma al pensiero, sia concesso il rinvio a TRAPPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale ai tempi dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4012.

³² Il reddito medio annuo è di circa 38.000 euro, con riduzioni costanti dal 2005. Fonte *Censis per Cassa forense*.

³³ Oneri che lo responsabilizzano, addossandogli il compito di garantire la speditezza del procedimento, senza intoppi. In tal senso, 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 *Sist. pen. (web)*, 2020, 4, 155.

³⁴ Con l'espressione, ben più elegante, di LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 5 il difensore viene a somigliare ad un «ausiliario dell'autorità tenuta ad effettuare le comunicazioni e le notificazioni» o con quella dell'UCPI, *Le osservazioni critiche di UCPI sui punti indicati nella bozza proposta dall'ufficio legislativo del ministero*, in www.camerepenali.it, che riferisce di un «collaboratore attivo ai compiti che dovrebbero spettare alle autorità procedenti».

da parte dell'accusato³⁵.

La verità resta una: senza la pandemia, la digitalizzazione del procedimento penale sarebbe rimasta ai margini degli interessi del normatore³⁶; c'è stato un avvicinarsi di eventi che, unito al prestito europeo e alle conseguenti promesse del PNRR, ha generato scenari distopici e difformi dai *dicta* di fonte superiore³⁷. Tanto già basterebbe ad invalidare per intero la novella che, letta sulla base delle considerazioni spese in queste pagine, si pone in antitesi rispetto ai referenti costituzionali ed europei: del resto, se il principio gerarchico ha un senso, lo ha pure recuperare quel vecchio adagio del 1973 che fu, poi, impiegato per tratteggiare le inutilizzabilità per non costituzionalità della prova, ma che, a leggerlo bene, esclude *tout court* la possibilità di porre attività condotte in contrasto con i diritti del cittadino alla base di atti processuali a carico di chi abbia patito la violazione³⁸. Dato il nesso logico tra la notificazione e l'oggetto della consegna, il *refrain*, per quanto datato, appare di assoluta pertinenza.

3. *Depositi telematici*. La transizione digitale è sancita dal novellato art. 110 c.p.p. che impone per gli atti processuali la forma del documento informati-

³⁵ Intravede nell'attuale disciplina mista delle notifiche all'imputato sprovvisto di recapito telematico un segno della diffidenza del legislatore rispetto ai mezzi informatici CERETTI, *Il processo penale telematico. Esperienza italiana e americana a confronto*, in www.unicost.eu. Oltre a ciò si nota nella riforma l'incapacità di coniugare istanze efficientistiche e diritti delle parti private, vulnerando l'imputato, a rischio di non sapere nemmeno dell'esistenza del proprio processo. Sin qui, infatti, s'è guardato al caso di una persona - e ne esistono - non troppo interessata alla vicenda che la tocca; può esservi la situazione di chi, inconsapevolmente, si sottragga al contatto con il proprio difensore. Si pensi a tutti quei contesti in cui l'accusato non venga dichiarato irreperibile, si nomini un legale d'ufficio, questi non abbia la possibilità di rintracciare il cliente che, però, sarebbe a disposizione, ma non viene individuato per carenze nelle ricerche dell'autorità. È il caso trattato da Trib. Udine, ord. 19 luglio 2022, inedita: l'imputato non riceveva l'avviso di conclusione delle indagini, né sapeva della propria udienza preliminare poiché l'ufficio procedente lo riteneva a Malta; egli, in realtà, si trovava da anni in Italia, aveva regolare occupazione ed era perfettamente rinvenibile come fu, infatti, a seguito di una semplice telefonata del comandante dei Carabinieri del luogo di dimora che, per puro caso, venne a conoscenza del processo, con la connessa possibilità di nominare un difensore fiduciario e di programmare, così, la propria difesa.

³⁶ Come ritiene correttamente GALGANI, *Il processo penale paperless*, cit., 259 che parla di «switch off del paradigma processuale cartaceo ad esclusivo favore di quello telematico», ritenendolo non ipotizzabile a breve termine nemmeno nei piani del legislatore delegante del 2021: si immagini se lo era prima dell'emergenza sanitaria!

³⁷ Per una critica in tema, GALGANI, *Digitalizzazione e processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova "cartografia"*, in www.discrimen.it o LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *questa Rivista*, 2021, 3, 10.

³⁸ Ci si riferisce ovviamente a C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34, su cui GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 316.

co³⁹, in modo - si legge al co. 1 - da assicurarne l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza. Il co. 2 apre alla delegificazione⁴⁰ di questa parte della materia, ammettendo che siano (anche) fonti di rango regolamentare a disciplinare la redazione, la sottoscrizione, la conservazione, l'accesso, la trasmissione e la ricezione dei materiali telematici⁴¹.

Non convince questo meccanismo di interscambio tra fonti di livello diverso: lungi dall'essere un mero riempitivo di cognizioni tecnico-informatiche, il richiamo ai regolamenti - e, vista la confusione classificatoria tra i riferimenti nell'ambito, alla *soft-law*⁴² - è capace di incidere sull'ampiezza delle garanzie costituzionali: basta pensare alle ipotesi di inammissibilità di istanze o di impugnative scorrettamente formate e riflettere sul come, in quei casi, non sia più la legge a determinare i requisiti per l'instaurazione del rapporto processuale, ma un compendio normativo prodotto dall'autorità amministrativa e, perciò, sottratto al vaglio delle rappresentanze popolari⁴³.

³⁹ Il nuovo art. 110 c.p.p. prevede l'atto nativo digitale, con l'esclusione sola di quei materiali che già siano stati redatti in forma analogica - e che vanno convertiti a cura dell'ufficio (co. 4) - o che non possono, per qualche ragione, essere realizzati informaticamente. Soddisfa abbastanza la previsione, visto che, in passato, la giurisprudenza aveva comunque salvato la pec inviata dall'ufficio con atto scansionato in modo illeggibile, affermandone la funzione sollecitatoria per la parte che, nel segno di un non ben precisato onere di collaborazione, avrebbe dovuto recarsi presso l'autorità e leggere l'oggetto della comunicazione. Così, Cass., Sez. II, 30 ottobre 2020, n. 30201, in *Dir. giust.*, 2 novembre 2020. Giustamente critica su un tale orientamento, DELVECCHIO, *L'informatizzazione della giustizia penale*, cit., 68.

⁴⁰ Piace assai poco - lo si dirà bene - questa commistione di fonti di livello diverso: un cattivo esempio di questo *mix* s'è avuto, sempre in tema di processo penale telematico, con l'incerta - meglio: vaga o, ancora, evanescente - definizione di "atto abilitante": *amplus*, TONDI, *Le disposizioni del d.l. 1 aprile 2021, n. 44 in materia di procedimento penale nell'emergenza COVID-19: osservazioni a prima lettura*, in www.sistemapenale.it.

⁴¹ Con rinvio ad un'ulteriore - eventuale - riserva di regolamento al nuovo art. 111-ter c.p.p. sul fascicolo informatico, governato da una normativa *anche* di secondo livello. Del resto, restiamo in attesa entro il 2023 dei decreti ministeriali in materia, visto che i vigenti sono stati emessi in un contesto molto diverso dall'attuale quanto a dotazioni e potenzialità informatiche di parti e uffici. Sull'utilità del già menzionato TIAP in quest'ambito, DELVECCHIO, *Prospettive e tempi della digitalizzazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 10.

⁴² Mai come in questo ramo dell'informatica giuridica e nell'odierna temperie trova buona applicazione la tesi di BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma, Torino, 2009, 31 per la quale non è possibile intravedere una gerarchia tra le fonti, quanto piuttosto una rete, con ciò rendendosi difficile perimetrare lo stesso concetto di *soft law*.

In questa identica direzione, BUCALO, *Autorità indipendenti e soft-law. Fonti, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, *passim*. Per un'applicazione dei rilievi all'emergenza pandemica, PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in "tempi difficili"*, in www.gruppodipisa.it.

⁴³ Con buona pace dell'art. 101, co. 2, Cost. e della correlata funzione della legge come «parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice» che qui si troverebbe, invece, a maneggiare materiale di ben altro tipo per stabilire la validità dell'atto di parte. Il virgolettato è da GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, 78.

Dimostrano la tesi *in nova* sulle impugnazioni. Per il deposito si segue la disciplina del recapito telematico, per la quale il nuovo art. 111-*bis* c.p.p. prevede il rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici (co. 1)⁴⁴; la regola è richiamata anche dal rinnovato art. 582, co. 1, c.p.p. che, a propria volta, è menzionato dall'elenco di cause di inammissibilità della doglianza all'art. 591, co. 1, lett. c), c.p.p. Al termine di questo gioco dell'oca, ove le caselle sono disposti che si rincorrono vicendevolmente, si conclude che, qualora per ventura un disposto D.G.S.I.A.⁴⁵ o un regolamento di qualche amministrazione si esprimesse in questo o in quel modo, pretendendo specifiche tecniche per la trasmissione - ma, prim'ancora, per la sottoscrizione o per la formazione - dell'atto, queste norme diverrebbero parametro di ammissibilità - si pensi! - dell'impugnazione.

Questo già basta a comprendere l'entità delle questioni in discorso; se, infatti, si nota come l'apparato del primo titolo del libro IX c.p.p. si applichi in via generale a *tutti* gli strumenti di gravame, diviene facile avvedersi del rischio che fonti extralegislative regolino il contatto con la Cassazione e, cioè, con il soggetto che, per Costituzione, è deputato al controllo della corretta applicazione della legge da parte della magistratura⁴⁶: il *nonsense* è evidente.

Per altro verso, un *draft* siffatto era già preconizzato, in epoca emergenziale, dall'art. 24, co. 6-*sexies*, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137: nell'urgenza delle ondate pandemiche, l'esecutivo integrava l'antologia di inammissibilità dell'art. 591, co. 1, c.p.p. con cinque ulteriori ipotesi invalidanti, riferibili alla necessità di certezze attorno al deposito telematico del gravame⁴⁷. Se tanto aveva un

⁴⁴ Donde l'abrogazione degli artt. 582, co. 2 e 583 c.p.p., ritenuta - a ragione - «assolutamente condivisibile» (MARANDOLA, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale*, cit., 231), ma esposta all'integrazione delle fonti *sub*-legislative con pericolo per la legalità processuale, come si sosterrà appresso.

⁴⁵ Cioè l'organo ministeriale cui l'art. 24 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 assegna, ad esempio, il compito di individuare gli indirizzi di riferimento degli uffici cui recapitare gli atti: cfr. provvedimento D.G.S.I.A. del 9 novembre 2020.

⁴⁶ A prendere atto del «livello del prodotto legislativo» e, quindi, della «precaria sintassi giuridica utilizzata e, per altro verso, del modo singolare con il quale vengono confezionate le leggi» dovrebbe darsi la massima certezza sull'opportunità di adire la Suprema Corte, intenedola come garanzia di legalità. Spiace, allora, che inedite limitazioni al contatto con essa vengano coniate dalla concertazione ministeriale che s'aggiunge ad un'«ulteriore rilevante criticità» e, cioè, che «i legislatori [siano], da anni, scelti dai partiti e imposti al popolo sovrano: da lungo, troppo tempo, l'esercizio virtuoso della democratica individuazione del singolo parlamentare è opzione negata». Il quadro tratteggiato in queste note acuisce dette criticità. Il virgolettato è da DE CARO, *Esigenza di trasparenza della magistratura e principio di legalità*, in in *questa Rivista*, 2019, 2, 2.

⁴⁷ Muovendo lungo direttrici ben più gravi di quelle ipotizzate durante il *lockdown* da chi si affacciò allo

senso data la novità della fattispecie, oggi, ad emergenza stabilizzata, s'avverte la pericolosità di un assetto che vincoli l'efficacia dell'impugnativa a peculiarità formali stabilite dalla D.G.S.I.A., talora secondo non intelligibili percorsi argomentativi: con un esempio, l'art. 24, co. 6-*sexies*, lett. b), d.l. n. 137 del 2020 impone la sottoscrizione digitale del difensore, a fini di declaratoria di conformità, di tutti gli allegati al gravame dei quali si produce la copia per immagine. Ora, ci si augura che un onere siffatto non sia incorporato nella riforma, trattandosi di un inutile cavillo burocratico⁴⁸ superabile sia mediante la firma dell'atto nella sua integrità, con un'attestazione simile a quella nota ai civilisti per l'art. 16-*bis*, co. 9-*bis*, d.l. n. 179 del 2012, sia consentendo all'autorità giudiziaria, in caso di dubbi, di ordinare alla parte l'esibizione dell'originario analogico così come dovrebbe prevedere il nuovo art. 122, co. 2-*bis*, c.p.p. per le procure speciali prodotte in telematico⁴⁹.

Si versa, insomma, tra le incertezze: superati gli ostacoli di un orientamento che inibiva la comunicazione telematica del privato verso gli uffici⁵⁰, altri si affacciano all'attenzione dell'interprete e degli operatori a causa di un dettato non sempre chiaro e foriero di criticità applicative.

Altra conferma delle difficoltà in discorso viene dal portale ministeriale adibito al deposito degli atti penali - il famoso (o famigerato?) P.D.P. - introdotto dall'art. 24, co. 1, d.l. n. 137 del 2020 e destinato a divenire strumento di ordinario contatto tra le parti e gli uffici⁵¹. Al di là delle quotidiane disfunzioni - dovute, peraltro, al fatto che, diversamente dagli applicativi per il processo civile telematico, il portale appesantisce una piattaforma sul sito ministeriale

studio di questa materia: si rinvia alle riflessioni, poi aggiornate, di MUSCELLA, *Ricadute sul rapporto processuale* e di CASELLATO, *Privacy e pubblicità del processo da remoto*, entrambe edite nella collana *La rivoluzione digitale*, cit., rispettivamente alle pagine 295 e 321.

⁴⁸ Chi scrive è perfettamente a conoscenza dell'aumento esorbitante dei gravami negli ultimi decenni (per un quadro esauriente, GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit.), tuttavia non si ritiene questo il metodo più opportuno per "educare" le parti alla corretta impugnazione e, quindi, per evitare che appelli e ricorsi alla Suprema Corte siano impiegati in funzione dilatoria.

⁴⁹ Sempre senza abusare di questo disposto: il pericolo è di sfociare nelle degenerazioni descritte nel primo dei due esempi riportati in apertura e - di nuovo - appesantire il *munus* difensivo in misura eccessiva oltre che inutile. Si rammenti, poi, sempre che il nuovo art. 122, co. 2-*bis*, c.p.p., nell'articolato ad oggi circolante, non prevede sanzioni di sorta per la mancata esibizione dell'originale, dunque sarà lecito chiedersi quali conseguenze deriveranno dall'omessa adesione all'invito giudiziale.

⁵⁰ Per una ricostruzione, in dottrina, RUBERA, *L'invio degli atti penali tramite p.e.c. e il nascente processo penale telematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1362. Per un paio di pronunce esemplificative dell'orientamento restrittivo testé in esame, di poco precedente l'emergenza sanitaria, Cass., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 37126, reperita tramite la banca dati *Dejure*, o Cass., Sez. II, 17 maggio 2018, n. 25968, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1010 sull'inammissibilità dell'opposizione a decreto penale tramite pec.

⁵¹ Esprime una valutazione positiva sul P.D.P., poiché capace di sfruttare i vantaggi della dematerializzazione DELVECCHIO, *Prospettive e tempi*, cit., 11.

già adibita a tutt'altre funzioni⁵² - sempre in una prospettiva rispettosa della gerarchia delle fonti bisogna ricordare che, proprio con il varo del P.D.P., il sistema ha conosciuto nuovi istituti del tutto estranei al paradigma legale, quale - e, per tutti - l'*atto abilitante*⁵³.

Figura dubbia, insinuata con circolari e note D.G.S.I.A. dell'inizio del 2021⁵⁴, la sua mancanza è notoriamente in grado di impedire il deposito di un atto di parte a mezzo portale⁵⁵, pur trattandosi di un adempimento contrario ai preceetti minimali dei rapporti con la pubblica amministrazione, atteso che si tratta di inviare all'apparato copia di un atto di cui è già in possesso perché, semplicemente, ne è l'autore. L'assurdo di vincolare l'efficacia del deposito - e, quindi, l'ammissibilità dell'eventuale richiesta - alla produzione di materiale conosciuto all'ufficio potrebbe essere banalmente superato da apparecchiature più efficienti, simili a quelle in uso costante al mondo accademico che impediscono agli studenti non iscritti al tale insegnamento di registrarsi all'esame di profitto: banalmente, andrebbe consentito il deposito di atti alle sole parti e agli unici difensori già individuati nel sistema informatico, imponendo il deposito di atti abilitanti solo in caso di nuove nomine.

Il pericolo resta sempre l'appesantimento della funzione difensiva⁵⁶, gravata oggi da una serie di oneri pseudoformali che rendono concreto il pericolo di errori e, così, di invalidità: al legale si chiede una competenza informatica da cui, specularmente, è sollevato il comparto amministrativo, e l'allontanamento dai referenti di fonte superiore si fa rischio concreto, anche in un'attività semplice - e, per molto tempo, salutata con favore dalle rappresentanze forensi⁵⁷ - com'è il deposito telematico.

⁵² Accessibile al noto *link* pst.giustizia.it.

⁵³ Su cui UCPI manifestava già la propria perplessità: si legga il documento, del 3 marzo 2021, *Il portale telematico non comprime l'esercizio del diritto di difesa*, sul sito dell'Unione.

⁵⁴ Per le specifiche tecniche, v. la scheda *Deposito telematico degli atti penali presso il PM: pubblicato il provvedimento del Ministero della Giustizia*, in www.ilpenalista.it.

⁵⁵ Qui si guarda all'atto abilitante, ma un discorso a parte meriterebbero i requisiti tecnici imposti dalla normativa ministeriale: l'art. 5 della circolare D.G.S.I.A. del 24 febbraio 2021 richiede, ad esempio, il formato PDF A4 per l'atto di parte, inibendo la scansione di immagini (lett. *a*) e *b*) del co. 1). Ebbene - ci si chiede - s'applica il disposto al caso di un'istanza o di una memoria che contengano larghe parti scansionate da altri materiali? Va da sé che la replica va ad influenzare la validità della produzione difensiva, negandola nel caso in cui si ritenga di rispondere negativamente.

⁵⁶ Convince il metodo di ricerca del parallelismo con il processo civile telematico (per tutti, GALGANI, *Contributo per un processo penale*, cit., 42), tuttavia non piace l'uso della tecnologia in funzione - diremmo - antidifensiva. Un conto, infatti, è invocare la piena collaborazione tra i soggetti del procedere, un altro è sostituire il difensore agli addetti all'ufficio, su di lui esclusivamente addossando rischi e responsabilità derivanti dalla cattiva gestione degli oneri informatici.

⁵⁷ Ciò che traspare dalla nota UCPI *Portale telematico: la posizione dei penalisti italiani* del 2 aprile 2021, in www.camerepenali.it.

4. *Malfunzionamenti.* A seguito del malfunzionamento dei sistemi informatici dei domini ministeriali scatta un peculiare meccanismo di restituzione nel termine, regolato dal nuovo art. 175-*bis* c.p.p.⁵⁸: il disservizio è segnalato sul portale dei servizi telematici e comunicato, tramite le dirigenze degli uffici, a tutti gli interessati; il ripristino del corretto funzionamento è annunciato con le medesime modalità; nelle more, gli atti sono composti analogicamente e il deposito avviene nelle forme *ante* Cartabia; se in quel frangente occorre una decadenza, le parti e i difensori sono rimesse nei termini qualora provino di essersi trovati, per caso fortuito o forza maggiore, nell'impossibilità di redigere l'atto e/o di depositarlo in modalità non telematiche.

L'apparente semplicità del dettato cela potenziali ostacoli - di nuovo - all'esercizio dell'attività difensiva.

Con la consueta *nonchalance*, il legislatore non si sofferma sul rischio derivante da una giurisprudenza ormai sedimentata quanto alla comunicazione analogica tra le parti e gli uffici; orientamenti, questi, che addossano ai privati il peso di intoppi, al solito calibrati sulla necessità di speditezza nell'attività processuale: si deve andare avanti, non importa come, basta che si vada.

Sono concetti noti a chi abbia studiato o fatto pratica su questioni come la spedizione dell'atto a mezzo raccomandata - per cui rileva la data di recapito e non quella di invio, dicono le Sezioni Unite⁵⁹ - o l'uso di una certa terminologia legislativa - ad esempio, l'atto "presentato", anziché "spedito"⁶⁰ - che

⁵⁸ Secondo quanto già prevedeva la legge delega, forte delle criticità informatiche emerse nella prima fase della pandemia, all'avvio della sperimentazione telematica: lo ricorda DELVECCHIO, *Prospettive e tempi*, cit., 14. Analogamente, CANANZI, *Dall'emergenza alla legge delega*, cit., 146 che argomenta anche sulla scorta delle perplessità manifestate dal CSM sull'attuale sistema - ereditato, poi, dalla riforma - ed espresse nella *Relazione sullo stato della Giustizia telematica - anno 2021* (22 dicembre 2021) il cui testo è disponibile nella sua interezza sul sito istituzionale del Consiglio.

⁵⁹ Cass., Sez. un., 15 settembre 2017, n. 42043, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di DELLA TORRE, *La restituzione nel termine ex art. 175, comma 2-bis, c.p.p. tra influssi convenzionali e una strumentalità "ritrovata" con le impugnazioni*, secondo la quale - si pensi! - «l'invio a mezzo posta dell'istanza ... non è imposto dalla legge, ma è consentito e, quindi, è frutto di una scelta discrezionale della parte». Che - parrebbe leggersi - si accolla il rischio del mancato o del tardivo recapito.

⁶⁰ Cass., Sez. I, ord. 15 dicembre 2016, n. 8805, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di DELLA TORRE, *Spedizione a mezzo posta della richiesta di restituzione in termini per impugnare una pronuncia contumaciale: per la tempestività vale la data di invio o di ricevimento?* L'Autore evidenzia come l'orientamento giurisprudenziale maggioritario opti per la lettura più restrittiva (Cass., Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 43088, Rv. 268302; Cass., Sez. V, 15 gennaio 2016, n. 32148, *ivi*, n. 267493; Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 18235, *ivi*, n. 263189; Cass. Sez. I, 20 gennaio 2014, n. 6726, *ivi*, n. 259416; Cass., Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 25185, *ivi*, n. 243808; Cass., Sez. II, 13 giugno 2007, n. 35339, *ivi*, n. 237759; Cass., Sez. VI, 5 maggio 2000, n. 2100, *ivi* n. 218341.); l'anno successivo il Supremo Consesso riunito ha confermato l'opportunità di ridurre i margini di manovra della parte istante.

non ammetterebbe che esegesi restrittive.

Oscillazioni - e, talora, chiusure - giurisprudenziali sono frequenti sul tema e ci si attende che verranno replicate tali e quali, una volta che occorresse abdicare all'informatica per una disfunzione del sistema. Così, in assenza di guasti preannunciati, nella non rara ipotesi di un deposito dall'altra parte del Paese, il difensore che dovesse scegliere di spedire i materiali per posta dovrà sperare che il giudice apprezzi la sua buona volontà nell'attivarsi appena saputo del malfunzionamento e che non si perda in considerazioni, note purtroppo a chi abbia dimestichezza con le aule di giustizia⁶¹, per cui il plico sarebbe arrivato tardivamente e non ci sarebbero i presupposti per superare la decadenza visto che il professionista avrebbe pure potuto incaricare (beninteso: a spese dell'assistito) un sostituto o un domiciliatario per il deposito *brevi manu*.

Meglio sarebbe stata una restituzione nel termine perentorio *ope legis*, senza margini utili a ripristinare le incertezze del diritto pretorio, almeno nell'attuale assenza di quelle soluzioni alternative ed *effettive* alle modalità telematiche richieste dall'art. 1, co. 5, lett. e), n. 1 della legge delega.

5. *Videoregistrazioni e partecipazione a distanza*. L'istituto della partecipazione a distanza - regolato nel suo generale impianto di garanzie dai nuovi artt. 133-bis e 133-ter c.p.p. - va necessariamente relegato all'eccezione per l'impatto potenzialmente letifero sull'ormai agonizzante principio di immediatezza⁶².

La riflessione che si pone non è questa volta legata al cattivo *draft* normativo o all'insufficiente risposta alla delega legislativa, ma si connette intimamente ai principi costituzionali ed europei, pure nella lettura deviante che la giurispru-

⁶¹ Fino ai massimi livelli: basti ricordare quel filone di sentenze che restringono la facoltà di spedizione dell'atto alle sole impugnazioni, non essendo l'art. 583 c.p.p. norma generale: *ex multis*, Cass. Sez. I, 20 gennaio 2014, n. 6726, cit. V'è da chiedersi quale sarà la posizione di quanti sostengono una tale tesi ora che il d.lgs. n. 150 del 2022 abroga l'art. 583 c.p.p.: estremizzando, si raggiungerebbe l'assurdo di non ammettere le raccomandate perché non v'è più alcuna norma, nemmeno di ordine speciale, che le preveda espressamente.

⁶² Ricollega la caduta del principio alla lenta agonia del processo accusatorio LORUSSO, *Il fascino discreto della "mediatezza"*, in www.sistemapenale.it; certo, la crisi precede di parecchio l'emergenza sanitaria: si pensi al tracollo seguito a C. Cost., 20 maggio 2019, n. 132 e, poi, alle Sezioni Unite *Bajrami*. In argomento, *amplius*, SCACCIAOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in www.processopenaleegiustizia.it; 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 www.sistemapenale.it; SPANGHER, *Sentenza Bajrami: il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, in *Guida dir.*, 2019, 47, 16; MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in www.processopenaleegiustizia.it.

denza domestica ne ha offerto negli ultimi anni. Così, partecipazione a distanza e videoregistrazione degli atti di indagine⁶³ possono cancellare i vantaggi derivanti dal contatto diretto tra il giudice che decide e le prove, nella medesima unità spazio-temporale, con annullamento delle prerogative difensive. Ci si pensi: nel 2019 la Consulta e le Sezioni unite hanno attinto dagli schemi argomentativi della Grande Europa, travisando in modo pressoché completo la tecnica e le peculiarità del *counterbalancing*⁶⁴, per legittimare, in chiave pseudoefficientistica, l'elisione dell'art. 525, co. 2, c.p.p.⁶⁵: si arriva, così, all'assurdo di ammettere il cambio del giudice tra fase istruttoria e decisione, obbligando la parte ad articolare le ragioni per cui chiede rinnovarsi l'acquisizione delle prove, sul dato che, pure a Strasburgo si sarebbe detto che un tale assetto non è necessariamente lesivo del *fair trial*. I decidenti nostrani dimenticano⁶⁶ che il vaglio europeo è di tipo casuistico, e traggono un principio generale da casi concreti dalle diverse peculiarità⁶⁷. Questa è storia ormai nota, e basta a non accordare chissà quale fiducia al futuro. Le corti interne – si diceva – giungono agli approdi in analisi, fraintendendo l'impostazione alsaziana che, invece, predica l'equilibrio *inter partes* ed impone che, laddove una abbia patito una situazione di svantaggio, subito le venga riconosciuto un margine di segno opposto per bilanciare il rapporto con il proprio antagonista: per questa via, ad esempio, s'è affermato⁶⁸

⁶³ Su cui, per una prima ricognizione, POLITI, *La documentazione audiovisiva delle sommarie informazioni: una prima lettura della Riforma Cartabia*, in www.giurisprudenzapenale.it; LOPEZ, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento a distanza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 18.

⁶⁴ Così bene illustrate da BOLDRIN, *Approccio compensativo e overall fairness nella giurisprudenza della Corte EDU, tra relativismo delle garanzie e altre derive*, in www.la legislazione penale.eu.

⁶⁵ Scettici – e a ragione – circa la possibilità di trapiantare la logica *floue* alsaziana in norma generale e astratta, MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 407; GALLUCCIO MEZIO, *Il principio di immediatezza è al tramonto?*, in *Cass. pen.*, 2020, 411.

⁶⁶ O, forse meglio, piegano il metodo europeo all'obiettivo di efficienza a tutti i costi: critico, FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 399.

⁶⁷ La funzione dei giudicanti è comunque diversa perché diverso è il retroterra normativo su cui agiscono. La Consulta è chiamata al vaglio di norme generali e astratte che, in quanto tali, devono costituire un punto fermo di prevedibile applicabilità e di rispetto dei precetti di fonte superiore; a Strasburgo la corte osserva se il tal caso abbia o meno onorato i precetti elevatissimi sanciti dalla Convenzione. Su questi aspetti, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, 2017, 421; CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967.

⁶⁸ Alla situazione di svantaggio (irreperibilità del teste) ne seguirebbe una di segno contrario (possibilità per la difesa di accedere alle videoregistrazioni delle s.i.t. e di utilizzarle in dibattimento): così, Corte EDU, 3 aprile 2012, Chmura c. Polonia.

che il mancato contatto tra il teste d'accusa e l'imputato per l'essersi il primo delegato nell'attesa dell'udienza dibattimentale possa essere *parzialmente*⁶⁹ compensato dalla videoregistrazione delle informazioni rese dal *loquens* alla polizia e che, introdotte al processo, offrono un riscontro più attendibile della lettura dei verbali, anche quanto alla credibilità dell'interlocutore.

Ci si attende uno stravolgimento delle certezze attuali su letture, irripetibilità sopravvenuta, divieti probatori o inutilizzabilità fisiologica sul solo dato che, da qualche parte, c'è una sentenza di Strasburgo che dichiara la compatibilità dell'atto investigativo videoregistrato con il giusto processo e la possibilità di usare la riproduzione in luogo dell'esame testimoniale non più possibile⁷⁰.

Passando, poi, alla partecipazione a distanza⁷¹, è evidente il modo in cui possa ridondare sull'effettività del diritto di accesso al giudice⁷² e, quindi, sull'integrale impalcatura del *fair trial*⁷³. In modo non troppo diverso da quel che s'è visto per le videoregistrazioni, anche nel contesto in esame la Corte alsaziana ha ritenuto che il collegamento audio-video da remoto non leda, di

⁶⁹ Si ponga l'accento su questo avverbio. La ragione è bene spiegata da NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in in *questa Rivista*, 2019, 415: «a causa della scarsa attenzione dello spettatore di fronte ad un video preregistrato» non si può equiparare quel contesto alla diretta interazione con il teste. Certo, attraverso il video emergono informazioni che non tralucerebbero dalla piana lettura dei verbali – nemmeno stenotipici – almeno per ciò che riguarda i dati non verbali (postura, sguardo, tono di voce, tempistica nella scelta delle parole, incertezze, ecc.) e che hanno utilità nel giudizio di credibilità che il giudice compie sul *loquens*.

⁷⁰ Lampante è il pericolo di applicazioni diverse dei precetti costituzionali, art. 111 Cost. *in primis*, come osserva BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione*, cit.

⁷¹ Su cui DEI CAS, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in *Sist. pen. (web)*, 2022, 4, 5.

⁷² E, letteralmente, il diritto per l'imputato di guardare negli occhi giudici e accusatori, come opportunamente rimarca FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Le nuove leggi penali: abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, a cura di Baccari e altri, Padova, 1998, 386; utili approfondimenti anche in NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2012, 284; FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 467; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 171-172.

⁷³ Occorre evitare la normalizzazione dell'eccezionalità, per dirla con KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, a cura di Dalia, Milano, 1998, 59. Critiche già durante le prime avvisaglie dell'emergenza – ove si ipotizzava un uso massivo di questa tecnica, poi ridimensionato nei successivi piani del legislatore – MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit.; RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in www.lalegislazionepenale.eu; LORUSSO, *Il cigno nero del processo penale*, in www.sistemapenale.it; DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, in *Sist. pen. (web)*, 2022, 2, 61; GIALUZ, DELLA TORRE, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza*, in www.sistemapenale.it; MARANDOLA, *Il "pacchetto giustizia" del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, in *Il penalista*, 30 ottobre 2020.

per sé, il giusto processo⁷⁴: sono, semmai, le modalità con cui viene attuato a porsi in conflitto con la Convenzione⁷⁵. A monte, quindi, va compiuto un vaglio in concreto, che guardi alla posizione della difesa nel processo⁷⁶ e ad eventuali interessi confliggenti che possono entrare in gioco e che debbono essere bilanciati con le prerogative dell'imputato⁷⁷.

Sia chiaro: l'*excursus* sui prolegomeni sovranazionali non punta certo a sdoganare pratiche che – si sa – riescono a menomare la posizione dell'accusato nell'acquisizione probatoria⁷⁸. Mira, piuttosto, a mettere in guardia da un pericolo futuro: se la giurisprudenza maneggerà la materia con la stessa leggerezza⁷⁹ con cui è pervenuta al tradimento del principio di immediatezza nella *Bajrami*, ci si troverà dinanzi a sentenze che ammetteranno la videoconferenza per il sol fatto che, in almeno un caso, in Europa è stata dichiarata compatibile con l'art. 6 C.E.D.U. e senza studiare le concrete ricadute sulle posizioni difensive.

Gettate queste preoccupate premesse, non resta che esaminare l'articolato della riforma.

L'esame di testi, periti, consulenti, soggetti dell'art. 210 c.p.p. e parti private può avvenire a distanza *con il consenso delle parti* (nuovo art. 496, co. 2-*bis*, c.p.p.). Si tratta, di fatto, di una rinuncia all'immediatezza⁸⁰, peraltro ritenuta del tutto possibile dalla stessa giurisprudenza europea⁸¹ a patto che vi sia cer-

⁷⁴ Corte EDU, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia.

⁷⁵ Come, proprio guardando al caso *Viola*, afferma CHIAVARIO, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di Corso, Zanetti, Piacenza, 2010, 95.

⁷⁶ Sempre tenendo conto che, inevitabilmente, l'imputato a distanza perderà qualcosa dell'udienza, come sottolinea DEI CAS, *La partecipazione a distanza*, cit., 25, ma pure CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, 365.

⁷⁷ Interessi quali l'ordine pubblico, la prevenzione del crimine, la salute pubblica o la tutela della vittima. Per un altro precedente, Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; in tema, CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189.

⁷⁸ E a portare nella fase dibattimentale asimmetrie tipiche, invece, del momento investigativo, come, *mutatis mutandis*, ricordava già CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 27.

Sulla stessa linea di pensiero, anche CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 35; CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegalmente*, in *Ind. pen.*, 2000, 1280.

⁷⁹ Leggerezza o, forse meglio, attenzione esasperata a finalità distopiche, qui già descritte come figlie di ideali di pseudoefficienza processuale; del resto, forte è la tentazione di abbandonarsi a moduli di accerciamento che garantiscono il risparmio dei tempi, e quelli in argomento, obiettivamente, lo sono, come sottolinea FIDELBO, *Processo "scritto" e limiti all'oralità in Cassazione*, in www.sistemapenale.it.

⁸⁰ Che dovrebbe essere sempre garantita secondo APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sist. pen. (web)*, 2021, 2, 141.

⁸¹ Tra le tante, Corte EDU, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*.

tezza sulla genuinità dell'assenso⁸².

A ciò segue il procedimento governato dall'art. 133-ter c.p.p.⁸³ che, in linea del tutto generale, si occupa di garantire, a pena di nullità (co. 3), un collegamento audiovisivo capace di salvaguardare il contraddittorio, la contestuale partecipazione degli interessati all'udienza⁸⁴ e la pubblicità degli atti ivi compiuti.

Parimenti l'articolato vuole assicurare il diritto dei patrocinati di assistere all'udienza dallo stesso luogo ove si trovano i difensori⁸⁵ (co. 7): regola posta già in epoca emergenziale⁸⁶, ora entra nel codice superando le strettoie di *lockdown* e zone rosse, e restando connessa alla libera organizzazione delle difese.

Per com'è scritto il disposto, per la sua endemica vaghezza e per i precedenti in termini di immediatezza il pericolo di abusi sussiste: l'auspicio è che, rimessa alla difesa la scelta sull'udienza a distanza⁸⁷, la classe forense sappia farne buon uso, senza mercanteggiare i tratti più tipici del giusto processo, con lo scopo più o meno dichiarato di attirarsi le simpatie del magistrato, quasi a sperare che, aiutandolo a ridurre i ruoli d'udienza, il pubblico ministero possa chiedere una pena più mite e il giudice, essere più clemente.

6. *Pensieri sparsi sul futuro.* Era abbastanza prevedibile, all'affacciarsi dell'emergenza e mano a mano che il pericolo pandemico prendeva forma, che si sarebbe dovuto fare di necessità virtù, imparando ad adattare i mezzi informatici a disposizione per evitare la paralisi del sistema giustizia⁸⁸. Così, si sono susseguite normative, dapprima piuttosto confuse e, poi, sempre più

⁸² Donde la necessità almeno di una procura speciale quando non vi sia la personale espressione del consenso, come ricordava, ai tempi della legge delega, DEI CAS, *La partecipazione a distanza*, cit., 29.

⁸³ L'annunciato art. 133-bis c.p.p. si limita ad una disposizione generale, rinviando al disposto successivo per ogni dettaglio sull'organizzazione delle udienze a distanza.

⁸⁴ Si noti come il co. 3 parli di «effettiva e reciproca visibilità» dei presenti: vista la prescrizione di nullità, la migliore lettura obbliga a ritenere invalida l'attività compiuta in costanza di malfunzionamenti della piattaforma; parimenti, la sanzione segue a quei casi - non infrequenti - in cui l'ufficio non sia dotato dello strumentario più idoneo alla proiezione delle immagini o alla diffusione dell'audio.

⁸⁵ Con una resa invero discutibile il co. 7 parla di «diritto dei difensori e dei loro sostituti di essere presenti nel luogo dove si trova l'assistito», invertendo i termini della naturale titolarità delle prerogative difensive.

⁸⁶ Con il giusto rilievo di MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., 5: «se l'obiettivo è garantire il distanziamento fra le persone, perché difensore e imputato dovrebbero condividere lo stesso spazio fisico? L'ufficio della difesa rende forse immuni dal contagio del virus? E ancora, perché il difensore, magari costretto a non allontanarsi dal luogo di abitazione, dovrebbe ospitare a casa sua l'assistito?».

⁸⁷ Attingendo nuovamente dal pensiero di DEI CAS, *La partecipazione a distanza*, cit., 6, «il criterio dettato non potrebbe essere più lasco».

⁸⁸ Lo spiega bene GIUNCHEDI, *La partecipazione dell'imputato*, in *La rivoluzione digitale*, cit., 275 ss.

chiare⁸⁹, aperte all'integrazione regolamentare⁹⁰; nondimeno, si vedeva con favore la produzione protocollare rimessa alla buona volontà della magistratura, dell'avvocatura e degli operatori tecnico-amministrativi nelle tante sedi del Paese. Lungo un percorso così articolato – e sia concesso: accidentato – un po' per volta si è usciti dalla fase più buia⁹¹.

A quasi tre anni dalle prime chiusure la situazione è diversa: l'urgenza non sta più, oggi, nell'adattare il lavoro dei palazzi di giustizia alle misure antipandemiche, quanto, piuttosto, nello stabilizzare i progressi compiuti sul piano della digitalizzazione e nel porli nel pieno rispetto dei diritti individuali⁹². La normalità è tornata, ma è una normalità nuova.

Questi rilievi confermano la già palesata sfiducia per l'attuazione della riforma, così come scritta dai decreti delegati.

Una rigorosa applicazione del principio gerarchico quale criterio risolutivo dei contrasti tra norme imporrebbe il vaglio della Consulta – e, probabilmente, la declaratoria di illegittimità – per diverse tra le soluzioni esaminate in queste pagine: quelle che sottraggono alla legalità processuale il giudizio di ammissibilità di istanze ed impugnative⁹³ – e che vulnera il principio dell'assoggettamento del giudicante alla sola fonte primaria –, quelle che assegnano al legale il ruolo di destinatario delle notifiche per l'imputato sprovvisto di indirizzo telematico, non garantendo la sua effettiva conoscenza del processo, o quelle capaci di limitare l'esercizio del diritto di difesa in caso di mal-

⁸⁹ Pur non essendo esenti da difetti: in tema, GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020 tra emmesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in www.sistemapenale.it.

⁹⁰ Nonostante le evidenti frizioni con il principio di legalità, come, pur prima dell'emergenza, notava DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 1 ss.

⁹¹ Il monito era proprio quello di ripristinare il quadro delle prerogative costituzionali, una volta cessata l'emergenza: *amplius*, GROSSO, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 881.

⁹² GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 920: le misure emergenziali «potrebbero rivelarsi utili, anche dopo il ritorno alla "normalità", a far recuperare efficienza al processo penale. Basti solo pensare alla possibilità di evitare le defatiganti trasferte di ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria trasferiti in altre sedi per deporre su attività investigative svolte anni prima, che potrebbero essere sostituiti da testimonianze in via telematica, ovvero all'interrogatorio di garanzia da assumere nella circoscrizione di altro tribunale, che potrebbe essere condotto con gli stessi mezzi dal medesimo G.I.P. che ha adottato la misura cautelare». In ottica di tempi e mezzi il giudizio può anche essere condiviso a grandi linee: lo si vedrà appresso, non convince appieno perché punta tutto sull'efficienza, creando, ad estremizzare l'impostazione, dubbi di legittimità sul piano dei diritti di parte.

⁹³ E – s'è visto – già presenti nella normativa emergenziale: si torni all'elenco di inammissibilità dell'art. 24, co. 6-*sexies*, d.l. n. 137 del 2020 che – si auspica – non venga mai più ripetuto, almeno in quelle forme e in periodi di non emergenza.

funzionamenti o di deviazioni dall'ortodossia dell'immediato rapporto con le altre parti e con il giudice.

Il semplice studio del passato, però, ha ben mostrato come si siano tollerate distorsioni del legale a vantaggio di percorsi più celeri, serventi a logiche - s'è detto - di pseudoefficienza⁹⁴. L'allontanamento dal traguardo di una giustizia di qualità era evidente in quelle scelte. Oggi, al contrario, la pretesa deve essere il raggiungimento dell'obiettivo: la valorizzazione del dialogo processuale nel segno dei diritti che le fonti superiori assegnano al destinatario delle accuse è il solo criterio utile alla riforma.

Il giudizio sul d.lgs. n. 150 del 2022 è, allora, di insufficienza poiché contiene disposti elaborati in un modo tale da ammettersi letture surrettiziamente serventi al solo fine del "fare presto", a poco importando il come. Sia chiaro: per come è impostato, la critica non va tanto al testo normativo - comunque, senz'altro perfettibile - ma ai possibili scenari interpretativi e al timore di una forzata acquiescenza della classe forense. Il percorso, d'altro canto, è stato ben avviato con la *Bajrami*, figlia delle stesse esigenze di sintesi che oggi derivano dalle promesse legate al PNRR: la nullificazione di parametri codicistici - là, l'art. 525, co. 2, c.p.p. -, la stratificazione di prassi devianti e il riempimento dei silenzi legislativi con usi e costumi locali⁹⁵, talvolta (spesso) accettati dalle difese, hanno contribuito a sbiadire il principio di immediatezza: lo stesso che le udienze a distanza potrebbero definitivamente azzerare.

Per altro verso, la storia giuridica dell'ultimo decennio, costellata di novelle mal scritte, ha cagionato il proliferare della *soft-law*, deviando il principio - invece pregevole nella sua astrattezza⁹⁶ - della collaborazione tra i soggetti del procedere: così, non di rado si scorgono difensori impegnati nella redazione di note utili agli uffici per l'elaborazione del programma necessario al *probation* processuale⁹⁷; non raramente, *post* Cartabia, si noteranno professionisti

⁹⁴ Che non rappresentano un interesse così elevato da distorcere la funzione nomofilattica del Supremo Collegio che non costruisce, ma scopre l'enunciato normativo: *amplius*, DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione fra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 2019, 874; su temi contigui, VALENTINI, *Norme processuali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3392.

⁹⁵ Si arriva a concordare con MAZZA, *Distopia del processo*, cit., 7 quando denuncia l'inesistente base legale di un processo fondato su protocolli e, così, il pericolo di invalidità diffuse.

⁹⁶ Inteso come atteggiamento che dia, sul contributo di tutti, forma alla considerazione per cui se il governo della legge è preferibile al governo degli uomini, la legge non può diventare diritto senza gli uomini e senza la loro abilità virtuosa: VIOLA, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, 3.

⁹⁷ Prassi ammessa - anzi, caldeggiata, sempre nel nome della collaborazione - dai vari protocolli sulla messa alla prova del Paese. Alcuni esempi sono reperibili sui siti istituzionali delle varie sedi o sul portale www.penalecontemporaneo.it.

operanti in luogo del cancelliere o dell'ufficiale giudiziario per garantire il buon esito della notifica. D'altronde, il timore di un esposto disciplinare è dietro l'angolo, visto il tenore, tutt'altro che rassicurante, del nuovo art. 157, co. 8-*quater*, c.p.p.

Quale futuro, quindi: uno nel quale l'informatica entra nel procedimento penale, non ad ausilio di tutti, ma in costante funzione del pubblico: di uffici troppo spesso poveri di risorse - e mai sia ragionare in modo da implementarle!⁹⁸ -, di una magistratura sovraccarica⁹⁹ e di una Cassazione che legittima l'operato dei colleghi del merito, sempre e comunque, con letture stravaganti che mal celano i problemi del sistema. Insomma, la critica è aspra e i toni appaiono giustificati dalla posta in gioco, di cui l'avvocatura dovrà finalmente farsi latrice: i diritti, calati in una realtà - quella del rapporto con l'autorità penale e con gli uffici di giustizia - che non costituisce un mondo a sé stante, separato dal quotidiano¹⁰⁰, ma resta vicenda che potrebbe toccare tutti, anche domani mattina, irrompendo nella vita di tutti i giorni come il proverbiale fulmine a ciel sereno. E in quei casi, al di là delle convinzioni espresse con più o meno convinzione, magari davanti ad un servizio di cronaca nera al telegiornale o ad una trasmissione di approfondimento, chiunque di noi pretenderebbe il massimo livello possibile di protezione per sé e, di nuovo, per i propri diritti.

⁹⁸ Si rinvia all'ironica, ma efficace sintesi di SARNO, *Il punto di vista dell'avvocato*, in *La rivoluzione digitale*, cit., 27.

⁹⁹ I dati CEPEJ e DG-Stat non fanno sconti, al pari delle parole del Primo Presidente della Suprema Corte che, all'inizio del 2022, raccontava di scoperture di organico pari a circa il 13%: volendo, TRAPELLA, *La durata delle indagini preliminari. Profili di una patologia*, Milano, 2022, 12 ss.

¹⁰⁰ Come sembrerebbero credere un certo numero di concittadini, almeno visto il disinteresse per la realtà carceraria o ricordando un sondaggio di qualche tempo fa, diffuso dall'*Huffington post*, che raccontava di un 37% di intervistati favorevoli alla pena di morte: in altra sede (TRAPELLA, *La durata delle indagini preliminari*, cit., 191) chi scrive ha collegato queste esternazioni ad una certa *schadenfreude* che travolge il popolo nostrano; sia come sia, *pro futuro* s'impone una riflessione sui diritti e in essa l'avvocatura dovrà essere protagonista, al pari dell'accademia.