

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2022

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

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

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

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

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

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

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LA PARTECIPAZIONE A DISTANZA, IN ATTESA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE

di Eleonora A.A. Dei-Cas

La crisi sanitaria da coronavirus ha portato a un rinnovato interesse, da parte della dottrina e degli operatori del diritto, per la partecipazione al procedimento penale a distanza, vista la necessità di mantenere il distanziamento fisico, da un lato, e di evitare la totale paralisi del sistema giustizia, dall'altro lato. Di questo ha tenuto conto la legge delega del 2021, la quale prescrive al legislatore delegato di «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza». In attesa dell'attuazione della delega, merita allora porre mente al fatto che l'istituto in questione, nato nell'alveo dell'emergenza, coinvolge garanzie fondamentali della procedura penale, motivo per cui – oggi come ieri – una loro deminutio non può essere giustificabile in chiave meramente efficientistica.

SOMMARIO: 1. Premessa: i motivi di interesse nei confronti di un istituto talvolta trascurato. Dalla pandemia al criterio direttivo della legge delega. – 2. L'introduzione nel sistema della teleconferenza. – 3. I casi in cui era originariamente consentita la partecipazione a distanza. – 4. I presupposti all'indomani della riforma Orlando. – 5. Le garanzie partecipative. – 6. Le pronunce di legittimità costituzionale e di non violazione delle norme convenzionali. – 7. La difficile compatibilità con i diritti sanciti in Costituzione. – 8. Auspici per il legislatore delegato.

1. Premessa: i motivi di interesse nei confronti di un istituto talvolta trascurato. Dalla pandemia al criterio direttivo della legge delega.

L'emergenza sanitaria ha costituito l'occasione per portare alla ribalta il tema della partecipazione virtuale al processo per mezzo di strumenti di videoconferenza, tema che, per l'importanza dei principi coinvolti, avrebbe dovuto ricevere, negli anni precedenti al dilagare della pandemia, maggiore considerazione da parte della dottrina.

Sulla scorta dei decreti del 2020 che – per quanto farraginosi e insoddisfacenti sotto il profilo della tecnica normativa – hanno consentito di evitare la totale paralisi della giustizia, pur nella necessità di mantenere il distanziamento sociale, la legge delega 27 settembre 2021, n. 134, prescrive ora, tra i criteri direttivi, di «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1, comma 8. lett. c)¹. Già la Commissione Lattanzi si era

¹ Per un primo commento, R. LOPEZ, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento*

raccomandata, infatti, di «fare tesoro delle esperienze fatte durante la fase dell'emergenza»², senza tuttavia ignorare l'esistenza di criticità potenzialmente in grado di recare *vulnera* alle garanzie processuali e all'effettività del diritto di accesso a un giudice, di cui all'art. 6 § 1 Cedu.

Eppure il criterio dettato non potrebbe essere più lasco, limitandosi a richiamare il necessario consenso delle parti: la delega, pertanto, rimette interamente al legislatore delegato l'individuazione degli *atti* e delle *udienze* cui le parti possono partecipare a distanza, nonché delle forme e dei tempi per l'espressione del consenso stesso. Nel tentativo di orientare la scelta nella distinzione tra ciò che può essere compiuto in videoconferenza, senza pregiudizio dei diritti difensivi, e ciò che invece richiede o consiglia la partecipazione fisica delle parti, pare opportuno muovere dalla decretazione d'emergenza del periodo pandemico, ricordando come, dopo un primo momento in cui era parso che il legislatore avesse intenzione di consentire lo svolgimento a distanza di un novero ampio di udienze penali, vi sia stato un rapido ripensamento che ha ridotto considerevolmente le attività da compiersi con le modalità in parola³, escludendo – salvo

a distanza, in *Proc. pen. giust.*, 1/2022, p. 18 ss.

² Si veda Commissione Lattanzi, [Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435](#), del 24 maggio 2021, p. 16.

³ Una compiuta disamina delle singole fonti esula dalle finalità del presente lavoro, anche per la temporaneità che le connota. Merita, tuttavia, accennare ad alcune “tappe” del percorso legislativo. Si veda, in particolare, l'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “decreto Cura Italia”), convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale aveva inizialmente previsto una “remotizzazione” del procedimento in ogni sua fase, nei limiti temporali fissati. Detta norma aveva però subito una sorte curiosa: era stata modificata, in modo rilevante – al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione – dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, il quale riduceva drasticamente la portata della partecipazione a distanza. Per effetto della fonte da ultimo citata (art. 3, comma 1, lett. d), infatti, venivano escluse dall'ambito della videoconferenza, salvo accordo delle parti, le udienze di discussione finale (in udienza pubblica o in camera di consiglio) e le udienze in cui devono essere sottoposti a esame testimoni, parti, consulenti tecnici o periti. Di conseguenza, la formazione della prova veniva sottratta alla partecipazione a distanza.

In dottrina, a proposito dei profili accennati sopra, si vedano tra gli altri E. AMODIO – E.M. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa *Rivista*, 5/2020, p. 267 ss.; R. APRATI, [Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?](#), in questa *Rivista*, 2/2021, p. 131 ss.; G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 698 ss.; J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2021, p. 226 ss.; M. GIALUZ, [L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare](#), in questa *Rivista*, 1 maggio 2020; L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920 ss.; L. KALB, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 910 ss.; S. LORUSSO, [Il cigno nero del processo penale](#), in questa *Rivista*, 11 maggio 2020; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19](#), in *Giur. pen. web*, 5/2020, p. 1 ss.; O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 1 ss.; S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale. Nell'impianto normativo della l. 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, come modificata dal d.l. 28/2020, da ultimo convertito dalla l. 70/2020](#), in questa *Rivista*, 7/2020, p. 25 ss.; L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *Giur. pen. web*, 5/2020, p. 1 ss.; F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi](#), in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 18 maggio 2020; G. SPANGHER, [Covid-19: nel disastro si vede chiaro](#), in *Penale. Diritto e Procedura*, 21 aprile 2020.

consenso delle parti – le udienze istruttorie e quelle di discussione finale⁴.

Nonostante un evidente ridimensionamento della sua portata applicativa, in seno alla dottrina era rimasta viva la preoccupazione che ogni “concessione a ribasso”, giustificata dal contesto emergenziale, potesse venire assimilata dal sistema e divenire modello⁵. Detta impressione traeva ulteriore linfa anche dalla considerazione che in altri paesi, a noi vicini vuoi geograficamente vuoi culturalmente, la legislazione *anti-covid* era stata accolta dalla giurisprudenza con posizioni di radicale rifiuto. Si allude, nello specifico, a una pronuncia del Consiglio di Stato⁶ francese⁷, il quale ha affermato che le

In seguito, si veda la l. 17 luglio 2020, n. 77, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. “decreto rilancio”), introducendo all’interno dell’art. 221 un comma 9. La disposizione in parola assicurava la partecipazione a qualsiasi udienza penale mediante collegamenti audiovisivi, previo l’assenso delle parti, nei confronti «degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti», con il rispetto delle garanzie di cui all’art. 146 *bis*, commi 3, 4, 5, disp. att. c.p.p. A seguito del riacuirsi della situazione sanitaria, tuttavia, l’art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. “decreto ristori”), convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 176, ha - tra le altre cose - abrogato l’art. 221, comma 9, citato. In dottrina, sul “decreto ristori”, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020; A. 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.

Circa il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, si veda V. 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 questa *Rivista*, 13 aprile 2021.

⁴ M. DANIELE, [L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori](#), in questa *Rivista*, 2/2021, p. 63; A. MARANDOLA, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, cit.

⁵ Di «normalizzazione dell’eccezionalità» parla L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 59.

⁶ Merita ricordare come anche il Consiglio di Stato italiano si sia pronunciato sulla legislazione pandemica applicata al processo amministrativo: si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2539, R.I. s.p.a. c. G.D. e altri, in *Giur. it.*, 5/2020, p. 1236 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Il contraddittorio cartolare “coatto” non è conforme a Costituzione*.

⁷ «La gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l’intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l’oralité des débats. Durant le réquisitoire et les plaidoiries, la présence physique des parties civiles et de l’accusé est essentielle, et plus particulièrement encore lorsque l’accusé prend la parole en dernier, avant la clôture des débats. Dans la balance des intérêts en présence, en l’état des conditions dans lesquelles s’exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les éléments mentionnés [...] sur les exigences du bon fonctionnement de la justice ne sont pas suffisants pour justifier l’atteinte que portent les dispositions contestées aux principes fondateurs du procès criminel et aux droits des personnes physiques parties au procès, qu’elles soient accusées ou victimes»: testualmente, *Conseil d’Etat*, Ordonnance du 27 novembre 2020, *Association des Avocats pénalistes et autres*, in [www.conseil-etat.fr](#), § 14, e in *Recueil Dalloz*, 10 décembre 2020, n. 43, p. 2400.

Sulla compatibilità della videoconferenza coi principi e le garanzie fondanti del processo penale, si vedano anche le pronunce di illegittimità costituzionale della disposizione che prevedeva la partecipazione mediante videoconferenza alle udienze relative alla decisione sulla detenzione cautelare, anche senza il consenso esplicito della persona interessata, *Conseil constitutionnel*, n. 2020-836 QPC, del 30 aprile 2020, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#); *Conseil constitutionnel*, n. 2019-802 QPC, del 20 settembre 2019, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#); *Conseil constitutionnel*, n. 2019-778 DC, del 21 marzo 2019, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#).

Tra i commentatori italiani, sul punto, F. CAPPELLETTI, [Francia: no alla discussione in videoconferenza senza l’assenso dell’imputato e aule aperte ai giornalisti](#), in [www.dirittodidifesa.eu](#), 28 novembre 2020; L. GUESDON, [La illegittimità costituzionale della videoconferenza obbligatoria in materia di custodia cautelare nel procedimento penale](#)

limitazioni previste per la particolarità del periodo non sono comunque sufficienti a giustificare la violazione dei principi fondamentali del processo penale.

Tuttavia, se si guarda alla evoluzione dell'istituto, che dall'emergenza ha ricevuto i natali, e soprattutto alle modifiche che lo hanno interessato negli ultimi anni, ci si avvede che i fattori di preoccupazione erano presenti già da qualche anno, addirittura in misura maggiore rispetto a quella derivante dalla legislazione pandemica.

2. L'introduzione nel sistema della teleconferenza.

Fu a partire dal 1998⁸ che l'opzione tra partecipare e non partecipare al processo, con riguardo all'imputato, smise di rappresentare una alternativa secca. Veniva infatti prevista nel sistema la modalità ulteriore della partecipazione virtuale, resa disponibile dal progresso tecnologico, che ha rotto la tradizionale unità spaziale del processo e, in un certo qual senso, la sacralità dell'aula di giustizia⁹. Il c.d. «teledibattimento»¹⁰, fino ad

[francese](#), in *Giur. pen. web*, 6/2020, p. 1 ss.

In Francia l'istituto in esame è disciplinato all'art. 706-71 *code de procédure pénale*. Detta disposizione, introdotta con loi n. 2001-1062, del 15 novembre 2001, è stata novellata da ultimo con loi n. 2020-1672, del 24 dicembre 2020. Nella dottrina francese, si vedano, a titolo esemplificativo, il Dossier *La visioconférence en droit (et surtout) en fait*, in *Actualité juridique de droit pénal*, 5/2019, p. 239 ss.; J. BOSSAN, *La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019. Considérations sur le pragmatisme contemporain*, in *Rev. sc. crim.*, 2019, p. 567 ss.; S. GUINCHARD- J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, 2019, p. 1183-1184 e p. 1247-1248.

Per quanto riguarda la legislazione francese *anti-covid*, invece, tra molti, J.B. PERRIER, *La procédure pénale en urgence sanitaire*, in *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, 13, p. 18; E. RASCHEL, *La procédure pénale au défi de l'urgence sanitaire*, in *Rev. sc. crim.*, 2020, p. 703 ss.; C. RIBEYRE, *La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire*, in *Dr. pénal* 2020, Dossier 1, p. 6 ss.

⁸ Legge 7 gennaio 1998, n. 11. A tale proposito, a titolo meramente esemplificativo, M. BARGIS, *La teleconferenza*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 19 ss.; M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 159 ss.; P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in M. Montagna (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, vol. III, Torino, 2011, p. 983 ss.; M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio dichiarazioni del coimputato videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 333 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, p. 2 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 487 ss.; M. FERRAIOLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 1 ss.; G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio dichiarazioni del coimputato videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 381 ss.; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 17 ss.; A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, Agg. IV, Torino, 1998, p. 167 ss.; G.P. VOENA, *Il telesame*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 81 ss.; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 7 ss.

⁹ Sul dibattimento penale come un luogo sacro, un τέμενος, G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 82.

¹⁰ Per le espressioni alternative utilizzate in dottrina, si veda, ad esempio, M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p.

allora inedito nel panorama processuale penale¹¹, consentiva quindi di «realizzare riunioni virtuali tra persone fisicamente dislocate in posti lontani o, più genericamente, tali da non consentire un contatto audiovisivo diretto»¹².

Quest'ultimo veniva ad affiancarsi a uno strumento tecnico già presente nel nostro ordinamento (come in altri¹³), l'esame a distanza o «telesame», disciplinato all'art. 147 bis disp. att. c.p.p.¹⁴, la cui operatività era limitata in origine alla tutela e alla protezione dei collaboratori di giustizia¹⁵.

Di contro, il nuovo mezzo partecipativo nasceva col chiaro intento di garantire maggiore efficienza ai processi di criminalità organizzata¹⁶, i maxi-processi¹⁷ appunto, in cui il connaturato «gigantismo»¹⁸, la difficoltà e la laboriosità degli accertamenti

20, la quale preferisce la definizione «multivideocomunicazione». Per i termini «teleconferenza» o «videoconferenza» si veda G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 116 ss.

¹¹ G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 85.

Sottolinea, però, M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 338, che una forma simile era già prevista per l'arbitrato internazionale dopo la l. 5 gennaio 1994, n. 25.

¹² D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 2.

¹³ G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 85. Sulle esperienze straniere si veda D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 41 ss.

¹⁴ Introdotto con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.

A proposito dell'art. 147 bis disp. att. si vedano M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012; P. GIORDANO, *L'esame con mezzi audiovisivi dei collaboratori di giustizia*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 55 ss.; O. MAZZA, *Pubblicità e collaboratori di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1521 ss.; G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 81 ss.; G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, cit., p. 116 ss.

¹⁵ Sul punto D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 66; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 6.

¹⁶ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 3; M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 4; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

In generale, sulla normativa processuale antimafia, si vedano E. AMODIO, *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2056 ss.; G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, t. 1, Torino, 2011, p. 264 ss.; G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 217 ss.; P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3016 ss.; G. GIOSTRA, *I limiti di una «strategia processuale differenziata» per delitti di mafia*, in *Gazz. giur.*, 1997, 32, p. 1 ss.; V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in V. Grevi (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, p. 3 ss.; G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 3/2002, p. 573 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996; P. MAGGIO, *Le costanti processualpenalistiche nel contrasto al terrorismo e alla mafia*, in *www.discrimen.it*, 12 giugno 2019; P. MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca – C. Visconti, *Scenari di mafia. Orizzonti criminologici e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 491 ss.; M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 261 ss.; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al «grande processo»*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 385 ss.; G. PANSINI, *Il problema della difesa nei maxi-processi*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 135 ss.; D. SIRACUSANO, *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1303 ss.; D. SIRACUSANO, *Reati associativi e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1085 ss.

¹⁷ Considera più precisa la definizione «macroprocessi» G. PANSINI, *Il problema della difesa nei maxi-processi*, cit., p. 135, nota n. 2.

¹⁸ E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

necessari, insieme alla esigenza di garantire l'esercizio di legittime facoltà difensive alle decine, se non alle centinaia, di imputati, creava – e crea – grandi problemi nella gestione e nella conduzione. Fra le disfunzioni che ne derivavano, l'esigenza di tradurre, da una sede all'altra, i detenuti per mafia, che si avvalevano del diritto a prendere parte di persona ai plurimi processi celebrati a loro carico (dando luogo al c.d. "turismo giudiziario")¹⁹, con un cospicuo impegno di uomini e mezzi e, peraltro, generando il rischio di ripercussioni sulla sicurezza pubblica. Fenomeno che, per di più, impattava sui termini di durata della custodia cautelare, portando talvolta alla scarcerazione degli imputati²⁰.

Tuttavia, l'istituto che era nato nell'alveo della legislazione di emergenza²¹, con una norma "a tempo", destinata a operare soltanto fino al 31 dicembre 2000²², è andato via via a stabilizzarsi²³, fino a vedere di recente un quasi completo sdoganamento per opera della riforma Orlando²⁴, per poi tornare alla ribalta col Covid-19 e con la delega per la riforma del processo penale.

Occorre quindi chiedersi in quali casi la forma partecipativa a distanza sia lesiva del diritto di difesa e del contraddittorio, giacché è evidente e innegabile che la partecipazione "mediata" dagli strumenti audiovisivi è cosa diversa dalla partecipazione unita alla presenza fisica.

3. I casi in cui era originariamente consentita la partecipazione a distanza.

Al momento della sua prima entrata in vigore, l'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. vedeva

¹⁹ M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 21; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

²⁰ Su questo profilo, M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 21.

Sull'art. 304, comma 2, c.p.p., in relazione ai reati di criminalità organizzata, si veda G. GARUTI, *L'intervento del difensore nel contraddittorio sulla richiesta di sospensione dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1901.

²¹ Sul tema, si vedano M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *www.discrimen.it*, 30 maggio 2019; M. FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 271 ss.; E. FORTUNA, *Leggi, cultura e costume dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 205 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000; T. PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.; G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, p. 65 ss.; R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *www.discrimen.it*, 29 maggio 2019.

Nel senso che i nuovi mezzi sono stati utilizzati con parsimonia nei primi anni, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 406.

²² Probabilmente anche per dissipare i dubbi di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti: di tale avviso, tra gli altri, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 24.

²³ Prorogata inizialmente con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, al 31 dicembre 2002, poi divenuto definitivo (insieme all'esame a distanza) per effetto dell'art. 3, l. 23 dicembre 2002, n. 279: su quest'ultima norma, in dottrina, G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 412 ss.

²⁴ Sul tema vedi *infra* § 4.

ristretta la sua applicabilità alla presenza di presupposti vuoi soggettivi vuoi oggettivi.

Quanto ai primi, lo strumento audiovisivo era allora applicabile ai soli detenuti, imputati per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. Come noto, la disposizione da ultimo richiamata viene sovente utilizzata dal legislatore come contenitore per designare una pluralità di reati di grave allarme sociale²⁵. Può risultare utile fin da ora sottolineare come, a parere di molti in dottrina, ancorare effetti processuali pregiudizievoli alla sola gravità delle imputazioni sia lesivo della presunzione di non colpevolezza, poiché implica l'accoglimento della ipotesi accusatoria²⁶.

Tale presupposto concerneva i soli assoggettati a detenzione carceraria, cautelare o definitiva, a qualsiasi titolo – quindi anche per reati non contemplati tra i delitti distrettuali²⁷ –, rimanendo esclusi coloro che erano sottoposti agli arresti domiciliari, a una misura alternativa e gli internati per misura di sicurezza²⁸. Detta limitazione era ricollegabile alla finalità efficientista della norma, poiché era proprio la traduzione degli imputati detenuti in carcere, spesso in luogo distante dalla sede di celebrazione del processo, a causare rallentamenti.

Quanto ai presupposti oggettivi – da aggiungere²⁹ allo stato di detenzione in carcere a qualsiasi titolo e all'imputazione per uno dei delitti distrettuali –, la partecipazione a distanza era consentita: a) per gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) nel caso in cui il dibattimento fosse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse necessaria a evitare ritardi nel suo svolgimento; c) qualora si trattasse di detenuto nei cui confronti era stato disposto il regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.³⁰.

²⁵ La riforma recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale (d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni in l. 15 dicembre 2001, n. 438) ha esteso il 146 *bis* anche ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p.: in ordine a entrambe le disposizioni, si veda A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 2016, p. 87, il quale lamenta «[l']oggettiva impossibilità di ricondurre le ipotesi delittuose elencate [in dette disposizioni] ad una categoria unitaria di reati». A tale proposito, P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, cit., p. 3018, evidenzia come molte delle interpolazioni subite dalla norma riguardino fattispecie estranee al crimine organizzato.

Invece, sulla legge contro il terrorismo, per quello che qui interessa, in dottrina, A. SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 577 ss.; G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 73 ss.

²⁶ C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1282; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 41; G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 769.

²⁷ Si veda M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 23.

²⁸ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 119.

Faceva notare A. MELCHIONDA, sub art. 146 *bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169, che, trattandosi di fattispecie per la quale operava la presunzione delle esigenze cautelari, era probabile che il soggetto imputato di tali delitti fosse ristretto in carcere.

²⁹ Sulla natura cumulativa e non alternativa dei presupposti, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 111.

³⁰ Sull'art. 41 *bis* ord. penit., in dottrina, C. CESARIS, sub art. 41 *bis*, in F. Della Casa – G. Giostra, *Ordinamento*

Il requisito *sub c)* era quello che sollevava minori perplessità, essendo il più obiettivo dei tre, ma fu presto traslato al di fuori di quell'elenco e trasposto in un nuovo comma 1 *bis*³¹. Venne così fugato il dubbio che, per potersi dar luogo alla partecipazione in videoconferenza, la sottoposizione a regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. dovesse coesistere con l'imputazione di uno dei delitti di attribuzione distrettuale³². In altri termini, coloro che erano sottratti alle normali regole penitenziarie potevano solo partecipare al processo dalla postazione remota, senza che assumesse rilievo la fattispecie di reato per cui si procedeva³³. La *ratio* di quella previsione rimaneva comunque immutata, anzi ne usciva rafforzata: evitare che gli imputati sottoposti al regime penitenziario speciale utilizzassero l'occasione della celebrazione delle udienze per comunicare tra di loro e dettare direttive agli altri affiliati³⁴, vanificando in tal modo le finalità del provvedimento di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., disposto proprio per recidere ogni legame tra il carcere e il mondo esterno.

Venendo ai primi due profili, invece, la dottrina aveva da subito messo in luce l'alto tasso di discrezionalità presente in entrambi³⁵.

Innanzitutto, il richiamo alle «gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico» rievocava concetti sfuggenti, difficili da «imbrigliare in modo inequivoco»³⁶.

La messa a punto di tali situazioni ha portato la dottrina processualpenalistica a tentare un collegamento con le tesi elaborate in ambito penalistico, con riguardo alla nozione di sicurezza pubblica, per la prima ipotesi, e, ai delitti contro l'ordine pubblico per il secondo profilo. Entrambe le nozioni appartengono, infatti, «al patrimonio concettuale della legislazione e della scienza penale fin dalle origini delle moderne codificazioni»³⁷.

Per quanto concerne più propriamente alla nozione di sicurezza pubblica in ambito penale «è riscontrabile la tendenza ad identificare la sicurezza pubblica non tanto con una situazione di fatto circoscrivibile in un determinato contesto spaziale e temporale, ma piuttosto con la stessa attività di pubblica sicurezza, come funzione di

penitenziario commentato, Padova, 2019, p. 532 ss.

³¹ Introdotto con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4.

³² Tesi sostenuta, tra gli altri, da M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 26; da L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 57, e da A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169.

Sul punto, in giurisprudenza anche Corte cost., ord. 22 giugno 2000, n. 234, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2947.

³³ S. QUATTROCOLO, *Artt. 13, 14, 15, d.l. 341/2000*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 427 ss.

³⁴ L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 55.

³⁵ P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit., p. 989; A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169-174.

Dell'opinione contraria, M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 349, e L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 19, secondo i quali, in presenza dei presupposti, l'organo decidente ha l'obbligo di disporre la partecipazione a distanza.

Anche secondo D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 114, è meglio parlare di doverosità della decisione del giudice.

³⁶ A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 170.

³⁷ Testualmente G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. d. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 73.

prevenzione dei reati»³⁸. Concentrandosi sulle situazioni, che sono quelle che interessano ai nostri fini, la nozione di sicurezza pubblica è stata distinta da quella di ordine pubblico in quanto la prima si concentra sull'«integrità personale-esistenziale di una pluralità indeterminata di soggetti, che siano compresenti in un medesimo e circoscritto contesto ambientale, tutelata a fronte di un immediato e manifesto dispiegarsi della violenza fisica»³⁹.

In merito al secondo profilo, una corrente di pensiero tradizionale distingue tra «ordine pubblico ideale» (o normativo) e «ordine pubblico materiale» (o empirico), intendendosi, il primo, «come insieme di principi e valori immanenti all'ordinamento giuridico, suscettibile di essere offeso mediante la semplice manifestazione del dissenso politico-ideologico»⁴⁰ e il secondo ravvisato «in termini di situazione di pacifica convivenza sociale, risultante da una componente oggettiva di ordine esteriore e da una corrispondente componente soggettiva di sentimento collettivo di sicurezza»⁴¹. L'ordine pubblico materiale verrebbe, quindi, a coincidere con il concetto di «pace pubblica», ovvero quella condizione «tangibile ed esteriore» che consiste nella «situazione conseguente all'assenza di fenomeni pregiudizievoli umani o naturali»⁴².

Dalle definizioni fornite in ambito penale emerge la natura fortemente «valutativa»⁴³ dei concetti richiamati dalla norma processuale che qui interessa. La qual cosa non fa che avvalorare la tesi dell'ampia discrezionalità attribuita al giudice nel momento in cui valutava i presupposti oggettivi per disporre la partecipazione dell'imputato non in presenza.

Del pari, non pareva dotata di quella oggettività che avrebbe richiesto la norma – che, in presenza dei presupposti, va a limitare i diritti dell'imputato – neppure il requisito della particolare complessità del dibattito e dell'esigenza di evitare ritardi. Certamente lo stesso era perfettamente aderente alla finalità della legge di riforma, pensata per dare maggiore efficienza ai processi di criminalità organizzata, ma nel

³⁸ G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 85.

³⁹ G. DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 286.

In giurisprudenza, si veda Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2, in www.cortecostituzionale.it, 7, ove si afferma: «Esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la "sicurezza" riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'"ordinato vivere civile", che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

⁴⁰ Vedi G. CORSO, voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1061; C. FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1091.

⁴¹ G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 76.

⁴² Per la definizione, si veda A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, vol. CLXV, 1963, p. 119.

⁴³ Su tale profilo, G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 76-77, il quale evidenzia, anzi, che il profilo valutativo sarebbe addirittura doppio: «l'uno attinente alla condizione negativa di «mancanza», che come tale presuppone il riferimento a situazioni in atto inesistenti, oggetto di aspettativa o di timore; l'altro incentrato su di un pregiudizio molto generico, del quale non vengono precisati né l'origine, né gli oggetti di incidenza».

richiedere una complessità *particolare* sembrava alludere a un *quid pluris*⁴⁴, ovvero a una complessità superiore alla media e, con ciò, suggeriva che non ogni processo di mafia dovesse *ex se* essere celebrato in teleconferenza⁴⁵.

Il legislatore si premurava, a titolo meramente esemplificativo⁴⁶, di specificare che il ritardo poteva derivare *anche* dalla celebrazione in contemporanea di distinti processi in diverse sedi giudiziarie. Al di là di tale ipotesi, la particolare complessità veniva valutata alla luce dei parametri forniti altrove nel codice di rito. Il riferimento correva agli artt. 407, comma 2, lett. *a*, e 304, comma 2, c.p.p. Nell'ambito della disamina della seconda disposizione richiamata, la giurisprudenza precisa che trattasi di un giudizio prognostico⁴⁷, che fa riferimento al numero degli imputati, dei difensori e delle imputazioni, nonché alla qualità e alla natura delle questioni da esaminare⁴⁸, insieme al numero di testimoni e a eventuali difficoltà nell'assunzione della prova. La difficoltà non può, di contro, essere desunta dal solo titolo di reato⁴⁹, né derivare da manchevolezze organizzative dell'amministrazione⁵⁰, quali, a titolo esemplificativo, le carenze d'organico: non sarebbe infatti accettabile far scontare all'imputato, in termini di *deminutio* dei diritti partecipativi, mancanze che prescindano totalmente dalla sua volontà.

Del pari l'attivazione della videoconferenza doveva avvenire solo quando il suo utilizzo si poneva in termini di necessità e non già come strumento acceleratorio che eliminasse possibili lungaggini: «per quanto assimilabile alla effettiva e fisica presenza in aula, la partecipazione a distanza è pur sempre una situazione a carattere eccezionale, giacché [...] si traduce comunque in una compressione del diritto di difesa»⁵¹. Se è vero, infatti, che anche la ragionevole durata è valore dotato di rilevanza costituzionale, lo stesso non può prevalere sui diritti difensivi, salvo che si rischi la paralisi processuale⁵².

⁴⁴ G. PANSINI, *Dibattimento "particolarmente complesso" e sospensione dei termini custodiali*, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 368.

⁴⁵ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 137; A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 171.

⁴⁶ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 144; A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 171.

⁴⁷ Cass., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 28663, Curcio e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 264054; Cass., Sez. II, 4 aprile 2012, n. 14508, Arena, in *C.E.D. Cass.*, n. 252491.

⁴⁸ Cass., Sez. II, 5 marzo 2014, n. 23872, Riviezzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259828.

⁴⁹ Cass., Sez. V, 22 ottobre 1997, n. 4625, Di Maio e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 209044.

⁵⁰ Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2004, n. 17576, Russo, in *C.E.D. Cass.*, n. 228174; Cass., Sez. II, 23 gennaio 1997, n. 191, Acri, in *C.E.D. Cass.*, n. 207839.

⁵¹ Così A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 172.

⁵² Corte cost., 23 maggio 1997, n. 146, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2662 ss., in cui la Corte ha dichiarato «infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 518 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà delle parti di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p., in relazione al fatto nuovo risultante dal dibattimento e la cui contestazione venga autorizzata in udienza».

Si veda anche Corte cost., 23 gennaio 1997, n. 10, in *Giur. cost.*, 1997, p. 77 ss., con nota di P. VENTURA, *Dalla rimessione alla ricasazione: analogie e differenze in ordine alle sorti della sentenza di merito*, in cui la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, c.p.p., nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricasazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare o

4. I presupposti all'indomani della riforma Orlando.

La riforma Orlando doveva completamente ridisegnare l'ambito applicativo dell'istituto⁵³.

Innanzitutto, la novella attua una soggettivizzazione⁵⁴ del primo comma della disposizione in parola: in altri termini, l'*incipit* non è più «Quando si procede...» ma «La persona che si trovi in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, nonché dell'art. 407, comma 2, lett. *a*, n. 4, c.p.p., partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali è in stato di libertà». Da ciò deriva che, per i reati «di prima fascia»⁵⁵, la partecipazione a distanza opera ora automaticamente⁵⁶, senza che sia necessario un provvedimento che ne motivi le ragioni e senza che debbano essere discrezionalmente valutati dal giudice parametri di sorta, quali – come avveniva nel passato regime – l'impatto della partecipazione fisica sulla sicurezza o sull'ordine pubblico o la particolare complessità del dibattimento. Di conseguenza, all'indomani della riforma del 2017, basta l'imputazione per uno dei reati rientranti nelle categorie di cui sopra, per vedere

concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricasazione».

In dottrina, sul punto, R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 836.

⁵³ Per i commenti sulle modifiche provocate dalla riforma all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., S. BUZZELLI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza*, in L. Giuliani – R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2018, p. 73 ss.; D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, p. 509 ss.; M. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it; A. DE CARO, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1333 ss.; G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in AA.VV., *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi, Atti del Convegno di Campobasso, 13-14 ottobre 2017*, Milano, 2018, p. 125 ss.; A. DIDI, *Videoconferenza e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 458 ss.; A. DIDI, *Genesis e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2306 ss.; A. GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, p. 587 ss.; S. LORUSSO, [Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 217 ss.; R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, in T. Bene – A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 188 ss.; M. MENNA – M. MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, Torino, 2017, p. 163 ss.; D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, p. 567 ss.; P.P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁴ D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 516.

⁵⁵ Definizione di G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 131.

⁵⁶ D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 516-517; M. MENNA – M. MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, cit., p. 167.

l'imputato, protagonista del processo – nonché l'unico che ne subirà direttamente le conseguenze –, escluso dall'aula d'udienza e relegato in un'aula remota, dalla quale prende parte al processo mediante schermi e microfoni⁵⁷.

A stemperare il «potenziale deflagrante» della norma⁵⁸, il legislatore ha riconosciuto al giudice la discrezionalità di disporre la presenza fisica dell'imputato, qualora lo ritenga necessario. In tal caso, il provvedimento dovrà essere disposto con decreto motivato (art. 146 *bis*, comma 1 *ter*, disp. att. c.p.p.). Alcuni hanno interpretato l'eccezione nel senso che è possibile derogare alla modalità da considerarsi ora ordinaria solo in mancanza di adeguati strumenti tecnici: tuttavia, così opinando, la compressione del diritto di difesa dipenderebbe dalle risorse finanziarie dell'ufficio⁵⁹. Occorre, quindi, una lettura più ampia del dato. La qual cosa, del resto, non pare censurabile⁶⁰, dal momento che qui l'elemento discrezionale consente di ampliare i diritti difensivi, e non già di restringerli come nella disciplina passata. Anzi, si auspica un utilizzo ponderato di questa discrezionalità da parte degli organi giudicanti, in un'ottica di rafforzamento dei diritti della difesa.

A ogni modo, il ribaltamento tra regola ed eccezione rispetto al sistema antecedente non potrebbe essere più chiaro: prima, oltre al presupposto soggettivo dello stato di detenzione e dell'imputazione per uno dei reati “qualificati”, occorre la presenza di un presupposto oggettivo, di cui il giudice doveva dare conto con decreto motivato, da comunicare alle parti almeno dieci giorni prima⁶¹; adesso è sufficiente il primo aspetto per aversi, di *default*, la partecipazione a distanza⁶². In altri termini, «[l]a partecipazione al dibattimento a distanza rappresenta dunque ormai la forma ordinaria di celebrazione dei procedimenti concernenti i procedimenti di criminalità organizzata, a prescindere dalla sussistenza di ulteriori requisiti»⁶³.

Vi sono, poi, due categorie soggettive per le quali la videoconferenza è destinata a operare sempre: a) le persone ammesse a programmi o misura di protezione, comprese

⁵⁷ Secondo alcuni si tratterebbe di una nuova forma di presunzione relativa di pericolosità: di questo avviso, R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, cit., p. 194.

Cfr. S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., p. 219, che invoca una sorta di «diritto processuale penale d'autore» e secondo il quale la presunzione sarebbe addirittura assoluta (e di dubbia costituzionalità).

⁵⁸ S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., p. 220.

⁵⁹ Dello stesso avviso M. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 3.

⁶⁰ *Contra*, R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, cit., p. 194.

⁶¹ La dottrina aveva sollevato perplessità sull'assenza di un contraddittorio anticipato, o almeno differito: in tal senso, P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit., p. 989; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 158-159.

⁶² Secondo G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 143, la partecipazione a distanza sarebbe per questi imputati una «sanzione parapenale accessoria», applicata anticipatamente se sono detenuti in via cautelare.

⁶³ P.P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit., p. 10.

quelle di tipo urgente o provvisorio, le quali partecipano a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali sono imputate (art. 146 *bis*, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p.); b) i sottoposti a regime penitenziario di rigore, di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., in relazioni ai quali il giudice non può disporre la presenza fisica.

Infine, e qui il divario rispetto alla valenza che aveva in origine l'istituto si fa massimo, al di fuori dai casi previsti nei commi 1 e 1 *bis*, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di una persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario (art. 146 *bis*, comma 1 *quater*, disp. att. c.p.p.). In questo ultimo caso la fuoriuscita dal modello emergenziale o del doppio binario⁶⁴ è evidente: secondo alcuni, la reale finalità della riforma del 2017 stava quindi nella possibilità di azzerare i tempi (e i costi) di traduzione dei detenuti⁶⁵, rendendo possibile la celebrazione di un gran numero di processi che vedono il giudice e il pubblico ministero come gli unici presenti in aula⁶⁶. La qual cosa stride con la definizione tradizionale per cui il processo penale è *actus trium personarum*⁶⁷ e segna un passo indietro rispetto alla scelta voluta dal codificatore del 1989, il quale aveva voluto che difesa e pubblici ministeri sedessero in aula allo stesso livello (art. 146 disp. att. c.p.p.), davanti a chi giudica⁶⁸.

Quanto sopra testimonia un possibile effetto negativo derivante dalla scelta del legislatore di non creare un apposito *corpus* normativo per le disposizioni antimafia: lasciando le norme emergenziali all'interno del sistema, vi è infatti il rischio che tali norme siano facilmente trasferibili a fenomeni diversi, i quali potevano essere governati efficacemente con mezzi ordinari⁶⁹.

⁶⁴ Critica la formula del doppio binario, considerandola ormai una ipocrisia, P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, cit., p. 3016 ss.

Similmente, ritiene che non vi sia più un binario autonomo fuori dalla parte generale, ma un sistema differenziato di parte generale, sostitutivo del vecchio doppio binario, di cui condivide gli scopi di neutralizzazione individuale insieme ai nuovi obiettivi di lotta generale, M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., p. 1 ss.

Sulle menomazioni alle garanzie difensive, costituzionalmente protette, derivanti dal doppio binario, si veda anche O. MAZZA, *L'imputato pericoloso*, in ID., *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 38 ss.

⁶⁵ A. DIDI, *Videoconferenza e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, cit., p. 461.

D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 568.

⁶⁶ D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 518.

Si veda l'opinione di A. DE CARO, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 1337, secondo il quale un processo senza difensori in aula è la negazione del processo democratico.

⁶⁷ Considera «zoppa la dialettica processuale per mancanza dell'attore in favore del quale è stato allestito lo scenario» E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 103.

⁶⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 924.

⁶⁹ R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, cit., p. 13.

5. Le garanzie partecipative.

Al contrario dei presupposti, le garanzie che presidiano la videoconferenza sono rimaste sostanzialmente invariate, anche dopo la riforma del 2017. Si tratta di aspetti più tecnologici che giuridici; nonostante ciò, gli stessi si rivelano fondamentali per garantire effettività al diritto di difesa.

Per prima cosa, è necessario assicurare la «contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti» nell'aula di udienza e nel luogo di custodia e «la possibilità di udire quanto viene detto» (art. 146 *bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.). La scelta pregnante degli aggettivi «non lascia dubbi sulla volontà del legislatore di riprodurre nel più verosimile dei modi la simulazione di una contestualità dibattimentale idonea a non frantumare l'unicità del processo»⁷⁰. Con essi s'intende, infatti, affermare che non potranno esservi differimenti temporali nel collegamento: tutto ciò che accade in aula d'udienza deve essere visibile e udibile, senza soluzione di continuità, nell'aula remota, e viceversa. Per di più, il riferimento all'effettività implica la garanzia del corretto funzionamento della teleconferenza, senza difficoltà che possano incidere sulla percezione visiva o acustica⁷¹. Al di là delle intenzioni del legislatore, la portata *in action* della disposizione non potrà che dipendere dagli strumenti e dalle risorse possedute dal singolo ufficio giudiziario. Merita precisare che nel caso in cui vi siano più imputati che si trovano in stato di detenzione in luoghi diversi, come avviene nei grandi processi di criminalità organizzata, ognuno deve essere posto in grado di vedere e sentire gli altri.

Sul versante della difesa tecnica, poi, è assicurato il «diritto incondizionato» al difensore o al suo sostituto a essere presente nel luogo ove l'imputato si trova. La qual cosa implica che il legale dovrà scegliere tra sedersi accanto al proprio assistito oppure nell'aula d'udienza, per prendere parte fisicamente al contraddittorio per la formazione delle prove⁷². Volendo non scegliere, i costi per l'imputato si duplicano, essendo obbligato a nominare due difensori⁷³. Detta considerazione aveva in passato sollevato dubbi di compatibilità con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa, fino a quando il legislatore è intervenuto sulla disciplina del gratuito patrocinio a favore dei non abbienti, prevenendo la possibilità di una doppia nomina per il tempo strettamente necessario⁷⁴.

Quanto alla figura del «sostituto», pare che il richiamo sia da intendersi in modo

⁷⁰ Così A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 181.

⁷¹ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 173-174.

⁷² Secondo D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 370, la questione si pone solo sulla carta, giacché il difensore sceglierà sempre l'aula d'udienza. La ritiene, invece, una scelta tragica C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 81.

⁷³ M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 42; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 181; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 86.

⁷⁴ Modifica intervenuta con l. 29 marzo 2001, n. 134.

atecnico, svincolato quindi dal riferimento all'art. 102 c.p.p.⁷⁵, il quale richiede un legittimo impedimento e comporta, per di più, un automatico trasferimento di diritti e doveri dal sostituito al sostituto⁷⁶.

Inoltre, rimanendo nell'ambito della difesa tecnica, l'imputato ha diritto a confrontarsi riservatamente, per mezzo di idonei strumenti tecnici – ad esempio, telefoni con linee riservate –, con il difensore o con il sostituto. La previsione aveva destato perplessità sotto il profilo dell'applicazione reale, specie dopo che nella pratica si erano realizzate condotte abusive⁷⁷. La situazione pare oggi migliorata, poiché le attuali apparecchiature sono in grado di fono-isolare e non sono intercettabili, viaggiando su linee criptate⁷⁸.

Sotto un diverso profilo, un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente, è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità, dando atto che non sussistono impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. In caso d'urgenza, il presidente può designare, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Si ritiene che le attività dell'ausiliario debbano attenere alle condizioni e alle circostanze in cui avviene la videoconferenza e che costituiscano l'attuazione delle direttive impartite dal giudice, volte a garantire l'effettività del diritto di difesa⁷⁹.

L'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redige poi verbale delle operazioni svolte a norma dell'art. 136 c.p.p. Quest'ultimo andrà a confluire nel verbale d'udienza⁸⁰.

Infine, si prevede comunque la presenza dell'imputato al dibattimento quando il giudice ritenga indispensabile, sentite le parti, procedere a confronto, ricognizione o altro atto che implichi l'osservazione della sua persona. Il ritorno all'ordinaria modalità partecipativa viene fatta dipendere dall'assoluta indispensabilità dell'espletamento in aula d'udienza e soltanto per il tempo strettamente necessario; entrambe le condizioni sono poste per non vanificare gli scopi deflativi della riforma, ma lasciano perplessi nella parte in cui non contemplano atti difensivi quali le spontanee dichiarazioni, le quali

⁷⁵ G. CONTI, *La tecnologia va in aiuto del doppio binario e il codice di rito perde la sua stabilità*, in *Guida dir.*, 1998, 7, p. 32; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 182.

⁷⁶ A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 186.

⁷⁷ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 367, riporta un caso verificatosi presso la Corte d'Assise di Santa Maria Capua Vetere, in cui la conversazione tra il difensore e l'imputato presente nell'aula remota era stata ascoltata e verbalizzata da una guardia carceraria.

⁷⁸ Nello specifico, S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale. Nell'impianto normativo della l. 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, come modificata dal d.l. 28/2020, da ultimo convertito dalla l. 70/2020*, cit., p. 44, nota 42, rileva come la consultazione riservata tra difensore e imputato, secondo quanto previsto dal provvedimento del 21 maggio 2020 del DG della DIGSIA, sia assicurata attraverso un circuito dedicato e criptato VoIP (Voice Over Internet Protocol). Lo stesso autore, a p. 41, dà altresì conto del fatto che il servizio MVC1 (acronimo di Multi-Video-Collegamento), sostitutivo di quello tradizionale, consenta la fonia riservata con circuito dedicato criptato VoIP.

⁷⁹ M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 351.

⁸⁰ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 194, secondo la quale si avrebbe invece un doppio verbale.

andrebbero quindi effettuate a distanza, provocando ricadute sul principio di immediatezza, dal momento che non viene assicurato un contatto non-mediato dallo schermo tra imputato e giudice⁸¹.

6. Le pronunce di legittimità costituzionale e di non violazione delle norme convenzionali.

Il lavoro del legislatore delegato dovrà necessariamente fare i conti con le pronunce costituzionali e sovranazionali che si sono interessate della partecipazione a distanza. Il *leading case* nella materia che ci occupa è rappresentato ancora oggi dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 342, del 22 luglio 1999⁸², come testimonia del resto anche il richiamo effettuato dalla relazione predisposta dalla Commissione Lattanzi⁸³.

La Corte, in quella occasione, muoveva dall'infondatezza della premessa secondo la quale la sola presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare effettività al diritto di difesa. A parere del giudice delle leggi, ciò che occorre è, invece, che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, concludendo che la normativa *de qua* ha tracciato un esauriente sistema di risultati che si presenta in linea con il livello minimo di garanzie che devono cautelare il diritto dell'imputato di partecipare; «quadro di presidi, dunque, di incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall'art. 24 comma 2 della Carta fondamentale»⁸⁴.

Ciò che più sorprende di questa pronuncia è l'assolutezza del dato: infatti, la Corte arriva ad affermare che la partecipazione via collegamento audiovisivo non contrasta con il diritto di difesa, senza operare espressamente alcun bilanciamento tra interessi coinvolti⁸⁵. Pur richiamando, infatti, le ragioni che avevano portato il legislatore del 1998 a introdurre la disciplina differenziata, diretta – come abbiamo visto – allo scopo di prevenire pericoli alla sicurezza e all'ordine pubblico e, insieme, a evitare la frequente traduzione degli imputati nei vari maxiprocessi celebrati a loro carico, la Corte costituzionale sosteneva l'idoneità degli strumenti indicati dalla normativa a garantire *tout court* il diritto di difesa, assicurandone un «livello minimo»⁸⁶.

Sebbene sul punto la Corte non si sia pronunciata, è evidente che, nell'ipotesi in

⁸¹ C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, cit., p. 81.

⁸² Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 76 ss., con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*. In dottrina, su detta pronuncia, si veda anche R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 830 ss.

⁸³ Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, cit., p. 16.

⁸⁴ Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit., p. 79.

⁸⁵ C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 79.

⁸⁶ Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit., p. 78.

oggetto, si assiste a un potenziale contrasto tra il diritto di difesa e altri interessi di rilievo costituzionale⁸⁷. Occorre allora verificare, in primo luogo, se detti beni siano suscettibili di comparazione, per poi valutare la ragionevolezza della scelta legislativa. Benché sia la stessa Costituzione a indicare taluni beni (ad esempio il diritto di difesa) come inviolabili, non è possibile stabilire un ordine di precedenza tra i principi costituzionali che sia valido in astratto; pertanto ogni valutazione viene fatta dalla Corte riferendosi alle circostanze concrete, senza assumere valenza generale⁸⁸. A proposito del diritto inviolabile di difesa, la Corte costituzionale ha stabilito che «è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, dettare specifiche modalità [per il suo esercizio], alla tassativa condizione, però, che esso venga, nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza»⁸⁹. Pertanto, anche il fondamentale diritto di difesa è modulabile⁹⁰ e, in qualche misura, comprimibile, a patto che l'operazione risulti ragionevole.

Bilanciare, infatti, non attiene alla ricerca di un punto di equilibrio ma significa sacrificare un diritto o un principio in favore di un altro, seppure limitandosi al caso concreto⁹¹. Ne deriva, pertanto, l'esigenza di introdurre dei parametri attraverso i quali valutare la legittimità del sacrificio. Secondo parte della dottrina, il controllo deputato al fine (c.d. "test di proporzionalità") copre tre diversi elementi⁹²: necessità, sufficienza e proporzionalità⁹³. Quanto al primo profilo, la limitazione di un diritto o interesse di

⁸⁷ Sul bilanciamento di interessi, nella dottrina costituzionalistica, si rimanda, per tutti, a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 133 ss., e a A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Milano, 2008, p. 185 ss., il quale ricorda che, mentre l'interpretazione è «ascrizione di significato a un enunciato», il bilanciamento è il frutto di un giudizio di valore che decide sulla priorità tra principi.

⁸⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 33-35. Sul valore non vincolante per i casi futuri della decisione, si veda anche G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 581.

⁸⁹ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1365.

⁹⁰ Sul punto, a titolo meramente esemplificativo nella giurisprudenza risalente, si vedano Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, cit., p. 1358 ss., con nota di C.E. MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa»*; Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 519 ss., con nota di S. CHIARLONI, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi ai sensi dell'art. 28 c.p.p.?*; Corte cost., 22 giugno 1963, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 932 ss., con nota di M. CHIAVARIO, *Davvero legittimo il potere del giudice militare di escludere il difensore di fiducia?*.

⁹¹ G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, cit., p. 580; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 183.

⁹² La suddivisione in tre passaggi nell'applicare la regola della ponderazione si deve ad R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, secondo il quale nella prima fase va stabilito il grado di non soddisfazione di uno dei due diritti; nella seconda, l'importanza della soddisfazione del diritto preminente; nella terza se l'importanza del preminente giustifica la compressione del diritto recessivo.

⁹³ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., p. 196.

Sul "test di proporzionalità" si veda anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 205 ss., il quale distingue però i tre passaggi in *idoneità* (se la compressione di un diritto è in grado di perseguire l'obiettivo); *necessità* (o regola del mezzo più mite: la misura limitativa di un diritto fondamentale deve essere la più lieve tra quelle disponibili) e *proporzionalità in senso stretto* (il sacrificio

rango costituzionale deve essere necessario per attuarne uno di pari rango. In merito alla sufficienza, occorre dimostrare che il diritto di rilevanza costituzionale limitato venga comunque soddisfatto in modo non insufficiente. Infine, la compressione di un interesse deve essere proporzionata, ossia, in altri termini, il sacrificio consentito di un interesse costituzionalmente tutelato non deve essere eccessivo e non può mai annullare il contenuto essenziale di esso⁹⁴. Nella sentenza in esame, tuttavia, la Corte si è spinta a stime di legittimità dell'istituto in generale, considerato aderente al principio sancito dall'art. 24 Cost. Negata la compressione di esso, quindi, diveniva superfluo valutare se il sacrificio fosse necessario o evitabile ricorrendo a mezzi meno impattanti sul diritto di difesa. Già al momento della pronuncia parte della dottrina aveva paventato il rischio di letture estensive delle condizioni di applicabilità della videoconferenza, considerata ormai equipollente alla presenza fisica⁹⁵. Quanto ipotizzato si è effettivamente avverato, nel momento in cui, quando il legislatore del 2017 ha deciso di allargare gli orizzonti applicativi dell'istituto, lo ha fatto richiamandosi espressamente al giudizio di legittimità costituzionale formulato in quella occasione.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel giungere a pronunce di non violazione dell'art. 6 Convenzione edu, ha seguito il diverso percorso dello scopo legittimo cui la restrizione era orientata, all'interno di una società democratica.

In particolare, nel caso *Viola c. Italia*⁹⁶, dopo aver ribadito l'importanza del diritto a partecipare al proprio processo, la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 6 Convenzione edu non specifica le modalità di esercizio di tale diritto⁹⁷ ed ha affermato che, non la videoconferenza in sé, ma le modalità operative del suo funzionamento possono ledere il diritto a un equo processo. Inoltre, nel caso di specie, la partecipazione in videoconferenza dell'imputato era volta a perseguire scopi legittimi, ossia la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione del crimine, la protezione della vita di vittime e testimoni, nonché il rispetto della ragionevole durata del processo⁹⁸.

Uguale percorso, con identico risultato, è stato seguito dalla Corte sovranazionale in altre occasioni⁹⁹.

imposto a un diritto deve essere equilibrato rispetto al grado di soddisfazione dell'altro). A tale riguardo si veda anche G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Dir. pubblico*, 1995, p. 205-206.

⁹⁴ Sul fatto che la modalità di applicazione del principio prevalente deve comportare il minore sacrificio al principio recessivo, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 182-183.

⁹⁵ C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 84.

⁹⁶ Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, in *www.echr.coe.int*. In dottrina, a tale proposito, si veda M. CHIAVARIO, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani, Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, 2010, p. 95 ss.

⁹⁷ Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, cit., § 60.

⁹⁸ Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, cit., § 72.

⁹⁹ Corte edu, Sez. II, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189 ss., con nota di P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*.

In un caso si è arrivati a una pronuncia di violazione dell'art. 6 § 3, lett. c., Convenzione edu, ma soltanto

A lasciare perplessi, in questo caso, non è il ragionamento seguito, quanto la natura disparata dei beni con cui il diritto a partecipare di persona viene posto in bilanciamento: accanto all'interesse alla prevenzione dei reati e alla tutela della vita di testimoni e vittime, minacciati da violente organizzazioni criminali, viene infatti posta, senza distinguo alcuno, l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo, cosa che non può che lasciare perplessi sotto il profilo della ragionevolezza¹⁰⁰. A tale riguardo, infatti, si è soliti affermare che l'affievolimento delle garanzie si spiega solo se bilanciato con un interesse costituzionale di rango non inferiore, giudicato prevalente nella contingenza storico-politico-legislativa del momento¹⁰¹. Costituisce, infatti, ormai un dato acquisito nella scienza processualpenalistica, il fatto che la ragionevole durata non possa essere considerato interesse di pari rango rispetto al diritto di difesa, dovendosi sempre parlare di ragionevole durata del giusto processo, e che pertanto il primo non possa mai comportare la vanificazione del secondo¹⁰².

perché, nel caso di specie, era stata registrata la comunicazione riservata tra imputato nell'aula remota e difensore: Corte edu, Sez. III, 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

La legittimità dello strumento viene ribadito dalla Corte pure in Corte edu, GC, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, in *www.echr.coe.int*, ove si legge (al § 98) «[a]s regards the use of a video link, the Court reiterates that this form of participation in proceedings is not, as such, incompatible with the notion of a fair and public hearing, but it must be ensured that the applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and that effective and confidential communication with a lawyer is provided for».

¹⁰⁰ Sul punto, tra gli altri, D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 579-580.

¹⁰¹ Per un esempio in cui la Corte ha attuato il bilanciamento di interessi, si veda Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Cass. pen.*, 1991, p. 914 ss., nella quale è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., sul presupposto che consenta l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi solo se risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

¹⁰² In questo senso, Corte cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458, in *Cass. pen.*, 2003, p. 485, ove si legge che «il principio di ragionevole durata del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa, che l'art. 24 comma 2 proclama inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Analogamente, la Corte ha stabilito che diritto di difesa e ragionevole durata non possono entrare in comparazione anche in Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1734: «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo [...]. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, comma 2, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

Già all'indomani della riforma del giusto processo, in plurime occasioni, la Corte aveva ribadito la necessità di contemperare il principio della ragionevole durata del processo con la tutela di altri diritti costituzionalmente garantiti, primo fra tutti il diritto di difesa: si vedano, *ex multis*, Corte cost., 9 luglio 2004, n. 219, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2304 ss., con nota di O. MAZZA, *Il patteggiamento "allargato" supera l'esame della Corte costituzionale*; Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 251, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., ord. 4 dicembre 2002, n. 519, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4273 ss.; Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399, in *Cass. pen.*, 2003, p. 799 ss., con nota di D. POTETTI, *Corte costituzionale e Sezioni unite in tema di mutamento della persona del*

7. La difficile compatibilità con i diritti sanciti in Costituzione.

Ripercorso il quadro normativo, è giunto ora il momento di occuparci del quesito chiave nella materia che ci occupa, ovvero se la partecipazione mediante videoconferenza sia un succedaneo della partecipazione fisica idoneo a tutelare pienamente i diritti difensivi e in quali casi dovrebbe essere consentito di farvi ricorso.

In altri termini, occorre chiedersi se, allo stesso modo in cui può aversi presenza fisica senza partecipazione *effettiva e consapevole* (e in tal caso l'ordinamento pone il rimedio della sospensione a norma degli artt. 70 e ss. c.p.p.), sia possibile realizzare una forma di partecipazione così connotata, senza la presenza fisica.

A noi pare che la presenza in aula del protagonista della vicenda dia un *quid pluris* che neppure le tecnologie del più alto standard tecnico oggi disponibile siano in grado di garantire.

Sul versante dell'autodifesa, in primo luogo, pare indiscutibile che «un sistema d'accertamento preordinato ad applicare le pene non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirle»¹⁰³. Nel nostro caso, l'essere escluso dall'aula d'udienza, senza possibilità di guardare negli occhi giudice e accusatori¹⁰⁴, sicuramente incide sulla

giudice e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale; Corte cost., ord. 22 giugno 2001, n. 204, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1524 ss.; Corte cost., ord. 9 febbraio 2001, n. 32, in *Giur. cost.*, 2001, p. 120 ss.

Cfr., tuttavia, la pronuncia di manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione del diritto a un termine di difesa in favore del difensore nominato d'ufficio in dibattimento, in cui la Corte ha ritenuto detta mancanza coerente con un «quadro di un sistema che necessariamente mira a bilanciare le contrapposte esigenze di prevedere comunque una presenza difensiva, ma di non compromettere al tempo stesso la indispensabile funzionalità del processo e la relativa ragionevole durata, altrimenti perturbata da differimenti reiterati per ciascuno dei difensori che intervengano come sostituti e che ne facciano richiesta»: Corte cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 17, in *Giur. cost.*, 2006, p. 127.

Quanto alla Corte di Strasburgo, la stessa ha affermato che «the right to a trial within a reasonable time must be balanced against the need to afford to the defence sufficient time to prepare its case and must not unduly restrict the right of the defence to equality of arms. Thus, in assessing whether the length of proceedings was reasonable, particularly in a case where an applicant relies upon the court's responsibility to take steps to advance the proceedings, this Court must have regard to the reasons for the delay and the extent to which delay resulted from an effort to secure other key rights guaranteed by Article 6»: testualmente, Corte edu, Sez. IV, 21 aprile 2015, Piper c. Regno Unito, in *www.echr.coe.int*, § 50. In modo analogo, Corte edu, Sez. IV, 6 novembre 2012, Beggs c. Regno Unito, in *www.echr.coe.int*, § 240.

¹⁰³ P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 467.

M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, p. 171-172, sottolinea altresì come «[l]a stessa idea del processo giurisdizionale, soprattutto per come si è venuto configurando storicamente, con la distinzione dei ruoli fra giudice e parti, implica [...] che, prima della decisione, le parti abbiano, sia pure in una veste ed in una funzione ben diverse e ben distinte da quelle del giudice, la possibilità di svolgere un ruolo di protagonisti del processo, per esplicitare tutte quelle potenzialità di persuasione nei confronti del giudice stesso che – nel rispetto dell'imparzialità e dell'indipendenza di quest'ultimo, così come della parità delle armi tra loro – esse siano in grado di porre in essere».

¹⁰⁴ G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., p. 386; D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2012, p. 284.

percezione degli accadimenti del processo¹⁰⁵. L'imputato collegato in videoconferenza dall'aula remota non ha, infatti, una completa e contemporanea percezione di quanto accade nei diversi luoghi e, per altro verso, perde inevitabilmente taluni aspetti non verbali della comunicazione¹⁰⁶.

Difficoltà analoghe coinvolgono l'aspetto della difesa tecnica. Nel caso in cui l'imputato abbia nominato un unico difensore di fiducia, quest'ultimo dovrà scegliere se prendere posto accanto al proprio assistito nell'aula remota o assistere fisicamente al dibattimento per la formazione della prova. La prima opzione appare problematica nella misura in cui gli interventi difensivi, quali opposizioni alle domande e contestazioni, sono attività dialettiche la cui efficacia è condizionata dalla tempestività della formulazione e dalla immediatezza della risposta¹⁰⁷. Su di essi la mediazione dello strumento audiovisivo si ripercuote indubbiamente, creando una soluzione di continuità che può rendere l'intervento del difensore assai meno incisivo. Di contro, stando nell'aula del processo, il difensore si trova nell'impossibilità di colloquiare col proprio assistito, senza essere impedito dal seguire quanto contemporaneamente accade in aula. Si pensi, ad esempio, al momento dell'esame di un teste a carico¹⁰⁸: la situazione dell'imputato collegato in videoconferenza non potrà certo essere considerata del tutto equivalente a quella dell'imputato che siede in aula accanto al difensore, quanto alla possibilità di discutere su un dettaglio da utilizzare in controesame¹⁰⁹.

Quest'ultimo profilo permette di collegarci all'aspetto della compatibilità col principio del contraddittorio, da «valorizzare [...] mediante un collegamento necessario con l'oralità e l'immediatezza, essendo tre garanzie distinte, ma inseparabili nella teoria del processo penale accusatorio»¹¹⁰. A tale proposito si può convenire che «[i]l principio di oralità-immediatezza, inteso come garanzia di un contesto spazio-temporale in cui il giudice possa accedere alla fonte probatoria senza interferenze estranee, esige la contestuale presenza di tutti i soggetti interessati al contraddittorio»¹¹¹. A venire in

Si veda, a tale proposito M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 201, il quale, richiamando risalenti pronunce della Commissione europea, afferma che «in via di principio [è] essenziale e, anzi, indispensabile, che l'accusato sia presente quando sono ascoltati dei testimoni in un processo contro di lui».

¹⁰⁵ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 365, secondo la quale, nel complesso, l'istituto conserva il contenuto difensivo minimo: l'imputato riesce comunque a interloquire con le parti e il giudice e a essere presente, *rectius* partecipa, con coscienza e consapevolezza. Cfr. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105, secondo il quale l'esclusione dall'aula del processo penalizza la pienezza dell'autodifesa. Si veda anche C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 81, la quale evidenzia la perdita di *pathos* e di drammaticità che la partecipazione a distanza cagiona.

¹⁰⁶ G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769.

¹⁰⁷ M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8-9.

G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769, sottolinea come l'uso del mezzo tecnologico stemperi la tensione emotiva di tali fasi.

¹⁰⁸ M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8-9.

¹⁰⁹ G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 142-143.

¹¹⁰ G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 993.

¹¹¹ M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8.

rilievo sono, quindi, da un lato, il rapporto privo di mediazioni (non mediato, appunto) che deve riguardare non solo il giudice e la fonte di prova ma anche il giudice e le parti¹¹², e, dall'altro lato, il rapporto necessariamente paritario tra esse. Sotto il primo profilo, l'immediatezza ricomprende anche la possibilità per le parti di percepire i dati emergenti dal processo, in maniera attuale, mediante un rapporto personale e senza intermediari con il giudice¹¹³.

Per quanto concerne il secondo profilo, il contraddittorio è legato all'eguaglianza delle parti nel processo¹¹⁴. Se è vero che nel procedimento penale vi sono delle asimmetrie ineliminabili¹¹⁵, queste ultime, tollerabili nella fase delle indagini preliminari, devono venire meno nella fase dibattimentale o, comunque, in ogni momento di assunzione delle prove¹¹⁶. Non sembra allora possibile sostenere che non vi sia alcuna menomazione del principio della parità delle parti laddove la difesa, diversamente dall'accusa, viene privata della possibilità di instaurare un rapporto privo di mediazioni con il giudice e con le fonti di prova¹¹⁷.

Inoltre, già si è accennato al fatto che, imponendo la partecipazione virtuale in considerazione della sola gravità dei reati per cui si procede, viene ad attribuirsi uno stigma all'imputato, il quale riceve un'etichetta di «particolare spessore criminale»¹¹⁸, per il solo fatto di trovarsi nell'aula remota, il che pone problemi anche sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza¹¹⁹, similmente a strumenti quali il *dock* (ovvero, il luogo fisico dell'aula d'udienza ove siede l'imputato, separato dal proprio legale) utilizzato nel mondo anglosassone¹²⁰.

Pare si possa essere concordi sul fatto che la tradizione giuridica occidentale

¹¹² Il termine *immediatezza* in un suo intuitivo significato evoca l'idea di un rapporto privo di intermediazioni, e quindi diretto, fra due entità. Nel processo penale, come noto, si intende una tendenziale eliminazione di ogni interferenza fra l'organo giudicante e la fonte della prova. Non è estranea a tale criterio l'idea della necessità di uno stretto rapporto anche fra la prova e le parti: tale necessità, non negabile neppure nel regime passato (essendo strettamente correlata al principio del contraddittorio, di cui costituisce il presupposto), è accentuata dal fatto che i poteri in materia di prova non possono essere esercitati senza un rapporto diretto delle parti con gli elementi di convinzione: sul punto, I. CALAMANDREI, voce *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. VI, 1992, p. 149 ss.

Nel senso che il principio di immediatezza è *condicio sine qua non* per l'attuazione di un rapporto corretto tra il giudice e le prove e tra le prove e le parti nel contraddittorio, A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 101.

¹¹³ In questi termini, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 35.

¹¹⁴ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 515-516.

¹¹⁵ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 27.

¹¹⁶ C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1280.

¹¹⁷ C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1280. Ritiene che vi sia una vistosa asimmetria nel trattamento delle parti, originata dalla partecipazione a distanza, anche D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., p. 283.

¹¹⁸ E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105.

¹¹⁹ E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105.

¹²⁰ Il quale, secondo attenta dottrina, crea un *vulnus* sia alla presunzione d'innocenza sia al diritto dell'imputato di partecipare effettivamente al giudizio, intralciando pure l'efficacia della comunicazione tra difensore e assistito: si veda, a riguardo, J.J. MILLER, *A Rights-Based Argument Against the Dock*, in *Crim. law rev.*, 2011, 3, p. 216 ss.

abbia sempre consentito una pluralità di riti processuali, a seconda della gravità dell'accusa contestata; differenziazione la cui prima espressione è rinvenibile nella ripartizione verticale della competenza per materia¹²¹. Detto altrimenti, il processo deve essere considerato un'entità polimorfa, in cui le forme si adeguano per quanto più è possibile al concreto oggetto dell'accertamento demandato all'organo giurisdizionale¹²², mentre non corrisponde a realtà l'assunto di un processo unitario, destinato a trattare in maniera indifferenziata tutti i reati¹²³. Se quanto precede pare corretto, si pone il problema di verificare poi se le singole regole processuali, applicate al rito differenziato, collimino o meno con i principi tutelati in Costituzione¹²⁴, essendo indiscusso che anche la commissione dei delitti più efferati non possa comportare il sacrificio di taluni dei diritti fondamentali su cui si basa l'ordinamento¹²⁵. Applicando il ragionamento al tema *de quo*, sembra allora che limitare il diritto di difesa dell'imputato (sia nell'aspetto dell'autodifesa sia della difesa tecnica) e il diritto al contraddittorio, inteso in correlazione con il principio di immediatezza (che richiede un rapporto dialettico paritario tra le parti), per la sola gravità dell'ipotesi accusatoria, valga come implicito riconoscimento di quella ipotesi, non rispettoso, oltre che dei diritti elencati, anche della presunzione di non colpevolezza¹²⁶.

Tirando le somme sulla disciplina vigente, essa presenta compressioni su plurimi, fondamentali diritti di difesa. Ma tali diminuzioni vanno bilanciate con gli interessi di rilevanza costituzionale contrapposti. Volgendo allora nuovamente lo sguardo agli insegnamenti della dottrina e alle pronunce della Corte costituzionale in merito, l'esigenza di amministrare la giustizia e di reprimere i reati corrisponde a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile¹²⁷. Già si è detto che, nel bilanciamento degli interessi occorre, oltre alla rilevanza costituzionale dei diritti o degli interessi posti sui due piatti della bilancia, la comparabilità degli stessi e, in ultima analisi, la valutazione degli elementi da testare: nel caso della odierna disciplina della partecipazione a distanza, la

¹²¹ G. PIZIALI, *Pluralità dei riti e giudice unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 966 ss.

¹²² Secondo G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, cit., p. 10, sarebbe «un errore pensare ad un tipo di processo penale che, con identità di struttura dovrebbe applicarsi con riguardo a tutte le regiudicande». Sul punto anche G. PIZIALI, *Pluralità dei riti e giudice unico*, cit., p. 970, e A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 91.

¹²³ P. MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., p. 503.

¹²⁴ «Naturalmente, si tratterà pur sempre di vedere se, nelle loro specifiche modalità, i procedimenti speciali rispettino le singole esigenze di garanzia del 'giusto processo' [...]. Resta indiscutibile la necessità di escludere un appiattimento su di un unico modello processuale, destinato in ogni caso a regolare anche nei minimi dettagli, allo stesso modo, ogni situazione»: M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 34.

¹²⁵ «Gli attacchi alla stessa civile convivenza, che connotano i fatti di grave criminalità, non possono comportare il sacrificio di taluni dei diritti fondamentali su cui esso si fonda»: così S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 237.

¹²⁶ Di tale opinione C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1282, e G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769.

La stessa visione del processo come misura di contrasto e non come strumento di accertamento collima con la presunzione di non colpevolezza: sul punto M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., p. 262.

¹²⁷ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3 del Considerato in diritto.

compressione del diritto inviolabile di difesa, infatti, è necessario a garantire taluni diritti di rilevanza costituzionale¹²⁸, quali l'esigenza di evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico e di non vanificare il regime penitenziario speciale *ex art. 41 bis* ord. penit., né il sacrificio imposto al diritto costituzionalmente garantito – che non ne annulla, a ogni modo, la portata – può reputarsi sproporzionato rispetto ai diritti in gioco¹²⁹.

Da questa considerazione esula però il principio della ragionevole durata, in quanto non comparabile col diritto di difesa, secondo il tanto autorevole quanto costante insegnamento della Corte costituzionale¹³⁰.

8. Auspici per il legislatore delegato.

Si è visto sopra come, più che la legislazione dell'emergenza pandemica, a suscitare lo sconcerto della dottrina sia stata la logica efficientistica che ha mosso il legislatore della Riforma Orlando nel modificare la disciplina in discorso.

Nel mettere, nuovamente, mano alla materia il legislatore delegato dovrà sì valorizzare le esperienze positive emerse negli ultimi due anni, ma anche cogliere l'occasione per un riordino complessivo dell'istituto. Si auspica, insomma, che si possa rimettere in discussione il cambiamento genetico subito da quest'ultimo, invertendo la rotta rispetto all'efficientismo della riforma del 2017, e non soltanto aggiungere ulteriori *atti e udienze* da celebrarsi a distanza a quanto già previsto in generale dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., nonché, con riguardo alle udienze camerale e al rito abbreviato, dagli artt. 45 *bis* e 134 *bis* disp. att. c.p.p.

A tal fine, merita ribadire come, nei primi mesi dell'emergenza sanitaria, sia stata esclusa la partecipazione telematica alle udienze nelle quali dovevano essere esaminati testimoni, parti, consulenti e periti e a quelle di discussione finale, salvo consenso delle parti (art. 83, comma 12 *bis*, novellato dal d.l. 28/2020). Con ciò, il legislatore – dopo il già ricordato *lapsus* iniziale – riafferma il valore del contraddittorio per la formazione della prova¹³¹, pur ammettendo che le parti vi possano rinunciare con un accordo teso a consentire lo svolgimento dell'udienza in videoconferenza.

Ebbene, come si è anticipato, la più pregnante indicazione che deriva dal criterio

¹²⁸ Per motivi analoghi ha retto al giudizio di legittimità costituzionale l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., ove le menomazioni al contraddittorio e all'immediatezza sono giustificate dall'esigenza di tutelare il primario diritto alla vita e alla incolumità fisica dei testimoni nei processi per criminalità organizzata: si veda Trib. Palermo, 29 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2889 ss., con nota di F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*.

¹²⁹ Di analogo avviso, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 379.

¹³⁰ In dottrina, sul fatto che la ragionevole durata del processo debba occupare una posizione secondaria nel bilanciamento, E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 52.

¹³¹ Su questo profilo insiste, condivisibilmente, E.M. MANCUSO, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, cit., p. 5.

direttivo concerne il consenso¹³² delle parti: insomma, qualora, per qualsiasi motivo, le stesse preferiscano collegarsi a distanza, la riforma dovrebbe prevederne la possibilità¹³³. Più che sulla individuazione dei singoli atti e delle singole udienze, pare quindi che l'attenzione debba essere rivolta alle modalità e alle tempistiche dell'espressione del consenso. Verrebbe naturale, trattandosi di una rinuncia¹³⁴ al diritto di presenziare fisicamente all'udienza, ritenere auspicabile che si richieda un consenso espresso personalmente dalla parte, oppure mediante procura speciale. Già si è detto, infatti, di come la videoconferenza garantisca una forma di partecipazione non del tutto soddisfacente, se paragonata alla presenza fisica dell'interessato. A ben vedere, però, ciò non toglie che, allorché il termine di paragoni muti, dal contraddittorio "tra presenti" al mero contraddittorio cartolare, la previsione della partecipazione a distanza richiesta dalle parti possa innalzare il livello della garanzia¹³⁵. Insomma, lo strumento in parola non comporta necessariamente un *minus* in termini di diritti partecipativi, ma pure, se il legislatore delegato lo vorrà, un *plus*.

Anche in tal caso, tuttavia, il richiesto consenso/accordo tra le parti dovrà tenere in considerazione le peculiarità della fase. La Commissione Lattanzi indica, a mo' di esempio dell'atto che potrebbe essere svolto a distanza, l'interrogatorio di garanzia del soggetto detenuto in un istituto fuori dalla circoscrizione del Tribunale dove opera il Giudice per le indagini preliminari che ha emesso l'ordinanza genetica della misura, in linea con l'esperienza maturata nel periodo della crisi sanitaria, che ha dimostrato come il terreno degli atti di indagini sia quello in cui l'utilizzo degli strumenti in esame possa fornire un utile apporto. Ecco, la Commissione dà atto che, per l'interessato, appare preferibile che a svolgere l'interrogatorio sia il giudice che conosce il fascicolo, collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente nel luogo¹³⁶, "per rogatoria", il cui intervento si risolverebbe in definitiva in una mera formalità

¹³² A tale proposito, nel parere sul d.d.l. di riforma, espresso con delibera del 29 luglio 2021, il CSM puntualizza come il necessario consenso delle parti valorizzi la leale collaborazione tra le parti e il giudice: si veda l'Allegato 3 del citato parere.

¹³³ Di tale avviso R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, cit., p. 141.

¹³⁴ A proposito, conviene ricordare che la Corte europea ammette la rinuncia, sia esplicita, sia implicita, a un diritto ricompreso nell'ambito dell'art. 6 Convenzione edu: a titolo meramente esemplificativo, Corte edu, GC, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, in *www.echr.coe.int*, § 73, ove si legge che «né il testo né lo spirito dell'articolo 6 impediscono a una persona di rinunciare spontaneamente alle garanzie di un processo equo in maniera espressa o tacita». Tuttavia, sempre secondo i giudici di Strasburgo, occorre che detta inequivoca rinuncia sia accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla gravità del diritto rinunciato.

¹³⁵ Menziona i casi dell'art. 611 c.p.p. R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, cit., p. 141. A tale proposito, cfr. G. FIDELBO, *Processo "scritto" e limiti all'oralità in Cassazione*, in questa *Rivista*, 23 marzo 2021, p. 5 ss., il quale evidenzia, da un lato, come il contraddittorio cartolare rappresenti uno strumento agile ed efficiente, a fronte dell'enorme contenzioso che assedia la Suprema Corte, in un contesto in cui, molto spesso, la discussione orale non aggiunge alcunché al ricorso scritto; dall'altro lato, riconosce che i collegamenti "da remoto" possano contribuire al risparmio di tempi e risorse (p. 9). Sotto un diverso profilo, l'autore critica la disciplina del periodo pandemico (art. 23, comma 8, d.l. n. 137/2020) che rimette "al diritto potestativo delle parti" la scelta di trasformare il rito in udienza pubblica o in udienza camerale partecipata, ritenendo che sia il giudice ad avvertire più di tutti il bisogno dell'oralità (p. 10).

¹³⁶ Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, cit., p. 16.

processuale¹³⁷. Se quanto affermato dalla Commissione pare del tutto condivisibile, non può tacersi come la concreta formulazione della normativa dovrà impegnare – nella disciplina delle scansioni procedurali – non poco il legislatore delegato, il quale dovrà, tra l'altro, porre attenzione ai brevi termini previsti dall'art. 294 c.p.p., onde evitare che il mancato consenso dell'interessato, espresso a ridosso della scadenza dei termini, possa privare di efficacia la misura cautelare¹³⁸.

Nell'attesa dei decreti delegati, la speranza è che la forzosa familiarità con le piattaforme virtuali – acquisita nei mesi della pandemia – non funga da ulteriore stimolo verso sviluppi in chiave efficientistica, ma anzi costituisca l'occasione per un ripensamento di scelte legislative non condivisibili.

¹³⁷ A tale riguardo, A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 256.

¹³⁸ Esigenza sottolineata nel citato parere del CSM sul d.d.l., Allegato 3.