

ELEONORA IULIANO

**L'aberrante espansione delle videoconferenze:
tra vecchie questioni e
attuali problematiche**

Lo scritto analizza l'irreversibile sviluppo della videoconferenza come strumento per consentire a distanza la partecipazione al dibattimento, il quale ha limitato nel tempo l'esplicazione più ampia del diritto di difesa garantito dall'art. 24, e dall'art. 111 Cost. Ad oggi gli strumenti tecnologici sono intervenuti prepotentemente nelle aule giudiziarie, e a seguito della Riforma Orlando, si riscontrano sempre di più problemi applicativi dello *ius superveniens* ai procedimenti già iniziati, instaurati per i delitti di criminalità organizzata, senza contare che siamo di fronte a una pericolosa espansione della "teleconferenza", in un momento di forte incertezza ed emergenza sanitaria che ha contribuito ancor di più a "smaterializzare" il processo penale, fondato sul modello accusatorio e sulla contestuale partecipazione di tutti i soggetti processuali.

The aberrant expansion of videoconferencing: old issues and current problems

The paper analyzes the irreversible development of videoconferencing as an appropriate instrument to enable remote participation in the hearing, which has limited in time the broader explanation of the right of defense guaranteed by art. 24, and by art. 111 of the Constitution. Today the technological instruments have intervened forcefully in courtrooms, and following the Orlando Reform, there are more and more problems of application of the ius superveniens to the procedures already started, established for organized crime offenses, and in addition to this we are facing a dangerous expansion of the "teleconference", due to this period of high uncertainty and health emergency that has contributed even more to "dematerialize" the criminal trial, based on the adversary model and on the simultaneous participation of all the protagonists of the trial.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il faticoso iter legislativo della disciplina della partecipazione a distanza tra garanzie costituzionali ed esigenze di natura emergenziale. - 3. Riforma Orlando: quando l'eccezione diventa regola. - 4. La risposta della giurisprudenza di merito e la partecipazione dell'imputato - 5. *Ius superveniens* e *tempus regit actum*. - 6. *Favor rei* e successione di leggi penali nel tempo. - 7. Il futuro del diritto di difesa e la tutela sovranazionale. - 8. La Corte europea dei diritti dell'uomo tra un debole garantismo e un (non sempre) necessario bilanciamento. - 9. Problemi attuali: dibattimento e camera di consiglio. - 10. Conclusioni.

1. *Premessa.* L'istituto della partecipazione a distanza al dibattimento, disciplinato dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., ha subito dilatazioni sempre maggiori soprattutto a seguito delle modifiche introdotte con la c.d. Riforma Orlando del 2017¹. Lo strumento perseguirebbe il duplice obiettivo dell'agognata economia processuale, riducendo la traduzione dei detenuti per la partecipazione al dibattimento, nonché la garanzia di sicurezza personale del dichiarante, attenuando i rischi di evasione, mediante l'attivazione di un collegamento a

¹ La disposizione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. è stata modificata dall'art. 1 co. 77 della L. 103 del 2017.

distanza realizzato tramite una connessione video con una postazione remota². Sebbene ad oggi lo si identifichi rispetto a tali criteri, in realtà il legislatore alle origini se ne servì per far fronte a situazioni emergenziali particolarmente complesse. Lo strumento, infatti, venne introdotto nel 1992³ in un'Italia spaventata dalla Mafia, dalle cui bombe l'unica trincea nelle aule giudiziarie sarebbe stata quella della distanza. A tal proposito il Testo originario dell'art. 147-*bis* disp. att. recitava che «nei confronti delle persone ammesse, in base alla legge, a programmi o misure di protezione, il giudice, o in caso di urgenza, il presidente, anche di ufficio, può disporre che l'esame in dibattimento si svolga con le necessarie cautele volte alla tutela della persona sottoposta all'esame. Ove siano disponibili strumenti tecnici volti a consentire il collegamento audiovisivo, l'esame può svolgersi a distanza secondo modalità tali da assicurare la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo ove la persona sottoposta all'esame si trova. In tal caso un ausiliario del giudice o altro pubblico ufficiale autorizzato è presente sul luogo dove si trova la persona sottoposta all'esame e attesta l'identità di essa dando atto delle cautele adottate per assicurare la genuinità dell'esame». Pertanto lo strumento audiovisivo ebbe come obiettivo, nelle sue originarie vesti, quello di tutelare la sicurezza dei dichiaranti ed evitare che qualunque tipo di condizionamento inficiasse lo svolgimento del dibattimento, laddove le numerose pressioni cui sarebbero stati soggetti i collaboratori di giustizia, sicuramente avrebbero alterato l'*iter* procedimentale⁴.

2. *Il faticoso iter legislativo della disciplina della partecipazione a distanza tra garanzie costituzionali ed esigenze di natura emergenziale.* Il processo penale si apriva allora al progresso scientifico e tecnologico, accogliendone le conseguenze, senza un rifiuto aprioristico dei vantaggi che la realtà virtuale avrebbe portato⁵. La legge 7 gennaio 1998, n. 11, infatti, si fece portavoce di una sfida importante: contemperare le esigenze di sviluppo tecnologico, e di smaterializzazione di gran parte delle risorse umane impiegate, con la conservazione

² VARRASO, *Gli atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2018, 213.

³ L'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. fu introdotto dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, subito dopo il consumo della strage di Capaci.

⁴ RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7-8, 132.

⁵ CURTOTTI, voce *Dibattimento a distanza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 2008, I, 163; GIUNCHEDI, *L'esame a distanza*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 738.

del nucleo dei valori fondamentali nel processo penale. Le difficoltà attinenti la tutela del diritto di difesa vennero sin da subito rappresentate in dottrina e di tutta risposta la Corte costituzionale vi pose fine nell'ormai lontano '99. Si affermava infatti la piena legittimità costituzionale del nuovo art. 146-*bis* disp. att. in quanto «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare la partecipazione» presidiando in tal senso la normativa laddove «il legislatore ha inteso assicurare il contatto fra gli imputati, mentre al difensore è sempre consentito, eventualmente anche tramite un sostituto, di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, così come al difensore ed all'imputato sono parimenti posti a disposizione strumenti tecnici "idonei", che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente»⁶. È noto che la L. 7 gennaio 1998 modificando l'art. 146-*bis* disp. att., avrebbe provocato un'ulteriore implementazione della partecipazione a distanza giacché il “telesame” disciplinato dall'art. 147-*bis* disp. att. si sarebbe naturalmente affiancato alla “teleconferenza”⁷, permettendo all'imputato la partecipazione al dibattimento da postazione remota sulla scorta di criteri indicati precipuamente dalla norma ai quali il giudice si sarebbe dovuto adeguare. L'art. 1 della L. 7 gennaio 1998 prevedeva che la regola ai fini di svolgimento a distanza dell'udienza dibattimentale fosse, la procedibilità *ex art.* 51 co. 3-*bis* c.p.p., tutte le volte in cui sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, qualora il dibattimento fosse stato particolarmente complesso e quindi fosse stato necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero si trattasse di imputato detenuto sottoposto al c.d. carcere duro dell'art. 41-*bis* ord. penit. I requisiti in questione in ogni caso erano soggetti al vaglio dell'autorità giudiziaria, e a tale previsione si collegò anche la decisione della Consulta l'anno successivo che ne escluse l'incompatibilità con la carta costituzionale. La disposizione originaria dell'art. 146-*bis*, adottata nel pieno della lotta antimafia, aveva come scopo la stabilizzazione degli accertamenti processuali di reati dotati di particolare allarme sociale, e nella sua formulazione, garantiva (seppur con una serie di limiti) il bilanciamento di valori⁸ richiesto dalla Costituzione, in quanto la compressione del diritto di difesa derivante

⁶ Corte cost., sent. n. 342 del 1999, in www.giurcost.org.it, § 3 *Considerato in diritto*.

⁷ RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit., 133.

⁸ *Ibid.*, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit., 135.

dalla celebrazione in videoconferenza sarebbe stata controbilanciata dall'esigenza di tutela dei valori della sicurezza sociale e dell'incolumità pubblica. Nonostante l'avanzamento del progresso tecnologico, sussisteva ed esiste comunque il limite del confronto diretto con il difensore in aula, seppur fosse stato presente con il proprio assistito da remoto, poiché la dislocazione di anche solo uno dei soggetti processuali⁹ avrebbe alimentato di gran lunga la disparità delle prerogative difensive, rispetto a quelle dell'accusa. Allo stesso modo una partecipazione a distanza che assicuri "contestuale, effettiva e reciproca visibilità" delle persone presenti in udienza limita fortemente le possibilità di intervento in dibattimento a scapito dell'imputato¹⁰. La realtà dei fatti, ha dimostrato che l'introduzione dell'art. 146-*bis* disp. att., ad opera della novella del '98, fosse stata univocamente rivolta alle limitazioni dovute al gigantismo processuale¹¹ nei dibattimenti coinvolgenti vaste associazioni di criminalità organizzata, con la necessità di audizione di moltissimi testimoni, e anche al fine di evitare la vanificazione del regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. Proprio la *ratio* di fondo che ha animato l'introduzione di una normativa di natura prettamente emergenziale, ha determinato la coincidenza con il regime penitenziario differenziato *ex* art. 41-*bis* ord. penit., laddove la traduzione in udienza di soggetti distintosi per la loro pericolosità, e detenuti per i reati di criminalità organizzata violenta, avrebbe inficiato l'interruzione dei rapporti con il sodalizio criminoso in virtù dello *status* detentivo. L'anomalia dell'istituto dell'art. 146-*bis* disp. att. e dell'art. 41-*bis* ord. penit., fu riscontrabile fin da subito nella loro originaria provvisorietà. Come infatti statuito dalla L. 7 agosto 1992 n. 356 il regime di restrizione previsto all'art. 41-*bis* ord. penit., sarebbe stato provvisoriamente vigente, stabilendo un *dies ad quem*, che successivamente sarebbe stato corrispondente a quello della vigenza della disciplina del collegamento audiovisivo in aula¹². Sia la disciplina della L. 11/1998, sia la disciplina della L. 356/1992 furono prorogate di altri due anni (fino al 2000)¹³ al fine di garantire una rigida politica di contrasto alla crimina-

⁹ GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *Questa Rivista- Speciale Riforme*, 2018, 2.

¹⁰ 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 *Gli accertamenti complementari*, a cura di Montagna, Torino, 2011, III, 986.

¹¹ MENNA-MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, in *La riforma della giustizia penale - Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, a cura di Scalfati, *Leggi penali tra regole e prassi*, a cura di Scalfati - Del Tufo, Torino, 2017, 165.

¹² CURTOTTI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, 93.

¹³ La prima proroga ai due istituti è contenuta nell'art. 12 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. in l. 19 gennaio 2001.

lità organizzata¹⁴, sia al fine di cristallizzare i vantaggi derivanti dai due istituti. Se non fosse stato poi ulteriormente prorogato il loro termine di vigenza, si sarebbe sicuramente ottenuto tale risultato, ma fu impedito dalla loro definitiva istituzionalizzazione nel 2002¹⁵. La L. 279 del 2002, infatti, abrogò definitivamente l'art. 6 della L. 11/1998, il quale - come noto - ne limitava l'utilizzo nel tempo. Per effetto delle emende legislative introdotte dall'intervento in questione, l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. e l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., vennero definitivamente inseriti nel codice di rito. Ad ogni modo l'incremento della normativa fu sempre costante negli anni dal '98 al 2001, giacché oltre ai delitti previsti dall'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p., venne operata l'aggiunta dei delitti *ex art.* 407 co. 2 lett. a), numero 4) c.p.p., ad opera della L. 15 dicembre 2001, n. 438¹⁶. L'ultimo significativo intervento prima della Riforma Orlando del 2017, si è avuto con il d.l. 22 dicembre 2011, convertito con alcuni emendamenti in L. 17 febbraio 2012, n. 9, la quale ha modificato il comma 1-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., statuendo che ove possibile e salva diversa motivata disposizione del giudice, era prevista l'audizione a distanza di testimoni in dibattimento a qualunque titolo detenuti presso un istituto penitenziario¹⁷. Già con le modifiche intervenute nel 2011, dunque, si ravvisa una diversa logica ispiratrice rispetto a quella che aveva animato i primi interventi legislativi, logica poi ripercorsa dal legislatore del 2017.

3. *Riforma Orlando: quando l'eccezione diventa regola.* Come noto l'art. 77 della L. 103 del 2017 ha totalmente ribaltato l'originaria impostazione dell'istituto della videoconferenza, disponendo che la persona detenuta debba obbligatoriamente partecipare a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali essa assume la veste di imputata, qualora si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, nonché nell'art. 407 co. 2, lettera a), n. 4) c.p.p., anche in relazione a reati per i quali sia in libertà. Allo stesso modo partecipa alle udienze civili e alle udienze penali nelle quali debba essere esaminato come testimone. Dalla lettera della norma quindi scompaiono i riferimenti previsti in precedenza: occorrono, infatti, solo due presupposti ai

¹⁴ CURTOTTI, voce *Dibattimento a distanza (dir. proc. pen.)*, cit., 164. Sulle modifiche legislative attinenti la disciplina v. CURTOTTI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 94 ss.; SCOMPARI, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento penale*, in *Il decreto antiscarcerazioni* a cura di Bargis, Torino, 2006, 138.

¹⁵ GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa*, cit., 3.

¹⁶ RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit., 7.

¹⁷ *La Legge del 17 Febbraio 2012 n. 09 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011 n. 211 recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, 21 febbraio 2012, in www.consigliozionaleforense.it/documents.

fini dell'attivazione del procedimento audiovisivo e cioè che la persona sia imputata per taluno dei reati di criminalità di stampo mafioso, o assimilati e ai delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico, e che si trovi in stato di detenzione. Interessante poi è quanto sostenuto dal co. 81 della L. 103 del 2017 il quale ha previsto che le disposizioni in questione sarebbero entrate in vigore decorso un anno dalla pubblicazione della legge, ad eccezione di quanto stabilito dal comma 77 per le persone in stato di detenzione per i delitti di cui agli artt. 270-*bis* co. 1, 416-*bis* co. 2 e 74 co. 1 del DPR 309/90. A tal proposito è opportuno porre in luce come le già tanto discusse inadeguatezze della Riforma¹⁸ si siano ripercosse sulla prassi giurisprudenziale, andando a determinare una contrazione eccessiva del diritto di difesa, ancorando la decisione a valutazioni discrezionali del giudice. Basta leggere il neonato co. 1-*quater* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., «fuori dei casi in cui previsti dai co. 1 e 1-*bis* il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza dell'imputato anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nello svolgimento ovvero quando si deve assumere la testimonianza da persona detenuta a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario». La congiunzione “anche”, affiancata alle esigenze predisposte dalla norma, pone ulteriori dubbi, nel momento in cui le tanto perseguite “ragioni di sicurezza”, si riducano a mere clausole di stile. Ci si pone dunque la domanda: che sia stata un'implementazione dovuta all'eccessivo costo delle traduzioni dei detenuti, un salvagente contro spese insostenibili per tutti gli imputati detenuti lontano dalle aule giudiziarie e nulla più?¹⁹ Permane il problema della precarietà, dell'astrattezza e della virtualità del processo a distanza²⁰, laddove spesso e volentieri, la presenza viene subordinata a scelte discrezionali dell'organo giudicante anche laddove la Riforma sembrerebbe aver concesso una mitigazione al regime fissato. Ne è la piena dimostrazione il co. 1-*ter* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. In esso si legge «ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all'art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle

¹⁸ Cfr. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata - Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, 2.

¹⁹ Si pone tale quesito, rispondendo positivamente NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *questa Rivista- Speciale Riforme*, 2018, 3.

²⁰ SPANGHER, *La Riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 13.

udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* del presente articolo qualora lo ritenga necessario». Appare chiaro che si sia delineato uno “statuto processuale del detenuto”²¹ il quale «in attesa di giudizio o condannato, non necessariamente in via definitiva per reati in materia di criminalità organizzata», ha provocato lo spostamento dell’accento «dall’oggetto del procedimento in corso [...] alla causa della detenzione»²². Non più la sicurezza dell’incolumità personale del dichiarante sottoposto a misure di protezione, non più le esigenze di ordine pubblico, ma la causa della detenzione. Il tutto si estende anche al procedimento in camera di consiglio, rispetto al quale l’art. 45-*bis* disp. att. c.p.p., stabilisce espressamente che «la partecipazione del condannato all’udienza in camera di consiglio avviene a distanza nei casi previsti dall’art. 146-*bis* co. 1 e 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*».

4. *La risposta della giurisprudenza di merito e la partecipazione dell’imputato.* Alla luce delle osservazioni poste, l’espansione della videoconferenza è destinata ad entrare prepotentemente nelle aule di giustizia, tutt’al più quando si pone come “obbligatoria”²³ l’attivazione prevista per i delitti di particolare allarme sociale, tra i quali in prima linea figurano i delitti di criminalità organizzata. Si ripone nuovamente l’accento su quanto stabilito dall’art. 146-*bis* co. 1-*ter* disp. att. c.p.p. La clausola *in vi* inserita postula un controllo *ex officio*, delle condizioni ai fini di accesso al dibattimento dell’imputato in presenza. Orbene, è interessante menzionare una decisione recente della Corte d’Appello di Napoli²⁴, nella quale i giudici hanno ritenuto infondati i primi tre motivi di ricorso della difesa attinenti l’ordinanza pronunciata in primo grado da parte del Tribunale di Napoli avverso l’istanza di partecipazione all’udienza dell’imputato, che negava tale diritto in virtù della scelta discrezionale demandata al giudice *ex art.* 146-*bis* co. 1-*ter* disp.att. c.p.p., e la conseguente trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 co. 2, 27 co. 2 e 117 Cost. L’ordinanza di rigetto del Tribunale di Napoli, inerente la traduzione dell’imputato in udienza ai fini dell’escussione di consulenti tecnici della difesa come testimoni e di verifica di alcuni documenti, è stata negata nel settembre 2017²⁵, appena un mese dopo l’entrata in vigo-

²¹ LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 9.

²² *Ibid.*, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit., 5.

²³ DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata - Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., 3.

²⁴ App. Napoli, 27 novembre 2019, n. 8570, 396 ss.

²⁵ Nella sentenza della Corte d’appello, si legge che «all’udienza del 12.09.17, il difensore chiedeva la traduzione dell’imputato per le successive udienze, stante l’esigenza ritenuta concreta ed attuale di dover mostrare alcuni documenti al proprio assistito e ai consulenti tecnici, nella loro veste di testimoni.»

re della normativa. Tralasciando – almeno per il momento – i riferimenti temporali, che in questo caso dimostrano ancor di più quanto non sia giustificabile la negazione in virtù di esigenze di sicurezza pubblica, è innegabile affermare come la normativa in questione per alcune categorie di detenuti abbia predisposto un’inaccettabile presunzione di pericolosità derivante dalla traduzione in aula dell’imputato²⁶: lo stesso comma 1-*ter* della norma in questione, stabilisce che a prescindere da coloro che si trovino in regime di c.d. carcere duro per i quali risulta esclusa la partecipazione in aula²⁷, il giudice può disporre con “decreto motivato” che l’imputato partecipi in udienza, pur trovandosi nelle condizioni di detenzione previste dal comma 1 e 1-*bis*. Invero l’obbligo di motivazione imposto al giudice sarebbe relegato al carattere della “necessità”, e se lo si intendesse in senso restrittivo, sarebbe necessario disporre la traduzione in udienza del detenuto solo qualora non fosse possibile garantire “contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto”, così come stabilito dall’art. 146-*bis* co. 3 disp. att. Ma allo stesso tempo, allargando così prepotentemente le maglie della facoltà del giudice, si determinerebbero – e così è avvenuto – disparità di trattamento non indifferenti. Piuttosto sarebbe opportuno concentrarsi sul carattere della necessità in senso inverso: è necessario disporre la possibilità di attivazione del collegamento audiovisivo soltanto qualora sussistano evidenti ragioni di sicurezza o di efficienza processuale, secondo quanto richiesto dal successivo comma 1-*quater* dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. Le perplessità inerenti l’alto tasso di discrezionalità cui soggiace il decreto motivato del giudice, si pongono anche in riferimento a quanto stabilito in sede sovranazionale, in quanto già nel 2006 la Corte europea dei diritti dell’uomo ha negato una violazione del diritto di difesa nel processo in videoconferenza²⁸, stabilendo però che nonostante questo assunto l’applicazione dell’istituto dovrebbe essere idonea a perseguire un fine legittimo, demandando all’organo giudicante l’obbligo di assicurarsi che le modalità di svolgimento siano compatibili con il rispetto del diritto di difesa *ex art. 6 C.E.D.U.*²⁹ Dal momento che la decisione, in questo caso specifico, è stata

App. Napoli, cit., 401.

²⁶ NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell’imputato in giudizio*, cit., 3.

²⁷ Il carcere duro risponde pur sempre ad esigenze di sicurezza e incolumità pubblici, cfr. GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa*, cit., 4.

²⁸ Corte EDU, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia.

²⁹ *Art. 146-bis disp. att., Partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Codice di procedura penale annotato*, a cura di Gaito- Marzaduri, Pisa, 2018, 1092.

adottata con decreto del presidente del Tribunale, non in fase predibattimentale, ma nel bel mezzo del dibattimento, allora ci si chiede in che modo si possa giustificare una decisione assunta *de plano*³⁰, se connotata, a quanto pare, da sola urgenza di celerità del procedimento. Si coglie, infatti, come la tutela prospettata dalla normativa, volte a garantire lo *sharing* (scambio di informazioni) con il difensore³¹, non sia tale da prevedere la possibilità di impugnare con un mezzo autonomo decisioni dell'organo giudicante di compressione ingiustificata della partecipazione fisica³². Pertanto, nel momento stesso in cui a dibattimento iniziato, il giudice discrezionalmente neghi la possibilità di escussione di testimoni e di verificazioni che sarebbero possibili solo in presenza, chiara è la deduzione della nullità di ordine generale prevista dall'art. 178 co. 1 lett. c), che attiene come precisato anche dai giudici d'appello, l'assistenza, la rappresentanza e l'intervento dell'imputato, soprattutto quando egli abbia intenzione di essere presente all'udienza e la violazione del suo diritto d'essere fisicamente presente in aula integra la nullità prevista dall'art. 178 lett. c) c.p.p. Argomenta a tal proposito la giurisprudenza che «il provvedimento con cui il giudice dispone la partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento, fuori dei casi previsti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 180 c.p.p., in quanto relativa all'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato, di cui all'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., e pertanto, quando la parte vi abbia assistito, tale nullità deve essere eccepita nei termini di cui all'art. 182, comma 2, c.p.p.»³³. Occorre ribadire, infatti, che il principio base che regola lo svolgimento del dibattimento nel processo penale, attiene la tutela del contraddittorio. Infatti la presenza dell'imputato «è coesenziale al modello processuale garantito ex art. 111 Cost. ed ex art. 6 C.e.d.u., e che la presenza in aula nel dibattimento a proprio carico è funzionale ad assicurare la garanzia riconosciuta dall'art. 14 § 3 lett. d Patto internazionale O.N.U., a norma del quale ogni individuo imputato per aver commesso un reato ha diritto ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente»³⁴.

³⁰ 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., 990.

³¹ Termine usato da App. Napoli, cit., 402.

³² GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, cit., 6; 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., 989; CURTOTTI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 161.

³³ In tal senso Cass., Sez. IV, 12 aprile 2018, T., § 4 *Considerato in diritto*, in www.eius.it/giurisprudenza.

³⁴ GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe*

4. *Ius superveniens e tempus regit actum: le garanzie intoccabili dell'imputato.* Si pone inoltre il problema di circostanziare la portata applicativa della norma in questione laddove il co. 81 della L. 103 del 2017, ponga come eccezione al differimento dell'efficacia della legge alcuni delitti dotati di particolare allarme sociale. Pertanto occorre comprendere se essa possa intervenire nei procedimenti in corso d'opera al momento di entrata in vigore della normativa. Si è sostenuto che essendo il diritto intertemporale un insieme di norme regolanti altre norme, esso fuoriuscirebbe da qualsivoglia classificazione per essere categorizzato come *ius sopra iura*³⁵. Nel rispetto delle logiche attinenti la regola del *tempus regit actum*, la nuova norma andrebbe ad applicarsi sia ai processi iniziati anteriormente alla sua entrata in vigore, sia a quelli iniziati successivamente. La cadenza temporale che regola la disciplina applicabile nel processo penale, potrebbe causare nel corso del giudizio una serie di contraddizioni interne al sistema, nonché una lesione di garanzie legate allo *status* dell'imputato³⁶. Nel codice di rito, non esiste alcuna norma che si riferisce specificamente al principio del *tempus regit actum*. Occorre dunque far riferimento a quanto stabilito dall'art. 11 delle Preleggi, che sancisce l'irretroattività della legge. L'esigenza di certezza del diritto ha permesso di attribuire a questa norma un valore fondamentale, poiché altrimenti il problema della legge applicabile sarebbe sottoposto all'ondeggiare della legislazione. Ciò posto, se ponessimo in analisi l'intera normativa attinente la partecipazione a distanza, la deroga espressamente stabilita dal co. 81 si ripercuoterebbe anche sulla regola delineata dall'art. 11 delle Preleggi. Invero, pur valendo per lo *ius superveniens* l'applicazione del principio *tempus regit actum*, allo stesso modo è necessario parametrarne gli effetti sulla singola situazione processuale. A precisare la portata della regola dell'irretroattività della legge, che sarebbe derogabile dal legislatore ordinario per quanto concerne le norme di diritto intertemporale, è stata la Corte costituzionale³⁷ ormai 60 anni fa, stabilendo che «l'osservanza del tradizionale principio è dunque rimessa - così come in passato - alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro - salvo estrema necessità - dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel rito pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità

prassi applicative, cit., 5.

³⁵ MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 1999, 94.

³⁶ TRINTI, *Principio del tempus regist actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 4.

³⁷ Corte cost., sent. n. 118 del 1957, in www.cortecostituzionale.it, § 2 Considerato in diritto.

sociale e del vivere civile», inoltre continua la Consulta, in riferimento all'art. 11 delle Preleggi, «il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista della nostra civiltà giuridica. Esso però non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale»³⁸. La sua portata estensiva alla materia del processo penale si ravvisa non solo per il suo valore, di «principio di civiltà giuridica», ma anche dal collegamento innegabile che si assume con l'art. 2 Cost.: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Nella norma costituzionale riecheggia il principio del *neminem ledere*, nel quale è fondamentale la tutela predisposta per tutti i diritti fondamentali che attengono l'individuo, non sussistendo ragionevolezza nell'esclusione a priori nel processo penale, in quanto lo stesso art. 11 delle Preleggi, è ritenuto espressione di valore comune a tutto l'ordinamento giuridico³⁹. Presupposto per il perseguimento di questi obiettivi è l'esigenza di certezza del diritto, e nel processo penale, l'irretroattività dovrebbe considerarsi alla stregua di quanto è disposto dall'art. 25 Cost., non limitatamente al diritto penale sostanziale, in quanto in caso contrario si rischierebbe una ingiustificata lesione del principio di affidamento. Se considerassimo l'estensione del principio *tempus regit actum* applicabile a tutti gli atti del procedimento, quindi intendendolo sia in riferimento ai singoli atti sia alle singole fasi, allora tutto il processo sarebbe soggetto all'efficacia della nuova normativa, inficiandosi gli atti precedenti. Piuttosto si specifica che l'efficacia della nuova legge dovrebbe individuare la sua *actio finum regundorum* rispetto al singolo atto processuale cui si riferisce⁴⁰, e cioè non potendosi ovviamente riferire all'intero procedimento. Pertanto appare evidente come risulti necessario evitare che nei procedimenti in corso, si determini l'efficacia differita della nuova normativa, in contrasto con l'art. 11 delle Preleggi, ma anche con

³⁸ Corte cost., sent. n. 118 del 1957, cit.

³⁹ TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, cit., 22.

⁴⁰ DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale- Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 165, il quale sull'argomento rimanda anche alle osservazioni di LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 157, in cui si afferma che «dato che si ha successione di norme giuridiche quando un fatto o un rapporto viene ad essere regolato da una nuova norma per applicare esattamente il principio del *tempus regit actum*, occorre tenere presente che il tempo di applicazione della legge penale non è il tempo di commissione del reato, ma il tempo di celebrazione del processo».

lo stesso principio del *tempus regit actum*⁴¹, presentandosi invece l'esigenza di applicare la nuova normativa nel momento stesso di formazione della fattispecie. Nel caso in questione, la fattispecie concreta già formata precedentemente all'entrata in vigore della normativa, non avrebbe giustificato un'estensione automatica della nuova disciplina attinente la partecipazione a distanza dell'imputato, nemmeno sulla scorta delle valutazioni che atterrebbero «la particolare complessità del dibattimento», le «ragioni di sicurezza». Assume rilevanza dunque, la portata del singolo *actus*, laddove esso si inserisca in un complesso dibattimento, in cui gli effetti della nuova normativa potrebbero inficiarne la portata in relazione alla totalità della fattispecie complessa. Le Sezioni Unite⁴² hanno analizzato l'*actum*, in riferimento alla necessaria "atomizzazione" nell'intero dibattimento, stabilendo che esso vada focalizzato ed isolato, sì da cristallizzare la disciplina giuridica ad esso riferibile: «il concetto di atto deve essere rapportato, come incisivamente precisato in dottrina allo stesso grado di atomizzazione che presentano le concrete e specifiche vicende disciplinate dalla norma processuale coinvolta nella successione. L'atto cioè va considerato nel suo porsi in termini di "autonomia" rispetto agli altri atti dello stesso processo». Pertanto la disciplina intertemporale, interviene in autonomia su ogni singolo atto processuale, in relazione a ogni singola vicenda, e così dovrebbe avvenire anche nel caso di decisione di partecipazione a distanza. Sicché nel caso in questione non sarebbe l'ordinanza di non autorizzazione alla partecipazione, emessa in data 12/9/17 a dibattimento iniziato⁴³, dovrebbe considerarsi come l'*actum* in funzione del quale delineare la disciplina applicabile, bensì il decreto in funzione del quale si era fissata l'udienza, e cioè il momento stesso in cui dalla *vocatio in iudicium* ne sono derivati tutti gli effetti procedurali⁴⁴.

5. *Favor rei e successione di leggi penali nel tempo.* Altro punto, che appare cruciale è l'intersecazione che sussiste tra il principio del *favor rei*, corollario del diritto penale sostanziale e la successione di leggi penali nel tempo. Tutto riporta ai limiti generali che intervengono in tema di norme processuali, laddove il legislatore ha predisposto per il diritto penale sostanziale l'art. 2 c.p., regolante la successione delle leggi nel tempo, in modo tale che il reo non

⁴¹ DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 166.

⁴² Cass., S.U., 29 marzo 2007, Lista, in *Mass. Uff.* 236537.

⁴³ La difesa, ricordiamo in quella udienza chiedeva specificatamente la possibilità di consultazione di documenti di assoluta necessità da parte dell'imputato, in relazione all'esame che sarebbe stato effettuato per i consulenti tecnici di parte, cfr. App. Napoli, cit., 397.

⁴⁴ GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, 10.

subisca un trattamento sfavorevole in virtù di una legge successiva che si ponga *in peius*, non disponendo alcun che per le norme di carattere processuale. Altro problema di carattere sostanziale, è l'intervento *in itinere* delle norme processuali che quindi, in nome di un'evidente confusione legislativa, comporta un'incisione sui diritti dell'imputato, soprattutto al diritto di difesa proclamato dall'art. 24 Cost., e del diritto a un contraddittorio completo, che assicuri la possibilità attiva di esercitazione di tale prerogativa. A tale scopo, soccorre di volta in volta l'interpretazione adeguatrice della Corte di Cassazione, in mancanza tuttavia, di una corretta individuazione da parte del legislatore, per estendere i diritti dell'imputato non solo autore del reato⁴⁵, ma anche come soggetto processuale. In relazione agli effetti dannosi di una rigida applicazione del principio *tempus regit actum*, si è affermato che la successione di leggi processuali di atti complessi non ancora perfettamente integrati, si riferisce alla norma vigente al momento del compimento dei singoli atti - parti dell'atto complesso - non potendo la norma sopravvenuta operare per rivalutare gli atti già compiuti⁴⁶ mentre quelle inerenti agli atti con effetti non esauriti si rifanno al principio secondo cui gli effetti giuridici, compresi quelli futuri, rimangono assoggettati alla disciplina vigente al momento della perfezione dell'atto, e, comunque, la norma sopravvenuta non può mai intaccare l'atto generatore degli effetti di cui si tratta.⁴⁷

6. *Il futuro del diritto di difesa e la tutela sovranazionale.* Sembra chiaro dunque, come ad oggi l'esercizio del diritto di difesa sembrerebbe non trovare ostacoli nel processo audiovisivo, laddove nelle Corti territoriali si sia sviluppata una prassi che tende a renderlo regola, piuttosto che eccezione. La Corte d'Appello di Napoli, infatti, sostenendo (a quanto pare) la superfluità del *body-speech*⁴⁸ affermava che in riferimento all'attendibilità, la tesi che faceva preferenza della presenza fisica dell'imputato, si fosse gradualmente declinata a fronte di «tecnologie di ripresa e trasmissione, riprese audio-video collegate, che vanno addirittura ad integrare ed allargare, rispetto all'assetto "analogico",

⁴⁵ TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, cit., 21: «il soggetto dovrebbe essere visto da una duplice prospettiva: è l'autore del reato ma è al tempo stesso imputato, ed intendiamo riferirci a lui come reale protagonista del processo penale; voler puntare alla sua tutela soltanto dalla prospettiva del soggetto che commette il delitto e che deve essere messo al riparo da interventi legislativi più severi, non può essere considerata una vincente strategia d'azione per la tutela del *favor libertatis* che viene inevitabilmente depauperato».

⁴⁶ Cass., 31 marzo 2011, Ambrogio in *Mass. UII*. n. 250195

⁴⁷ Cass., 29 marzo 2007, Lista, cit.

⁴⁸ App. Napoli, cit., 401, e cioè «la capacità di cogliere nel confronto dialettico espressioni "visive" e comportamentali».

il quadro conoscitivo del giudice e delle parti»⁴⁹. Verrebbe spontaneo, però, menzionare le previsioni del co. 7 dell'art. 146-*bis*, il quale espone un tentativo di recupero della partecipazione fisica dell'imputato all'udienza prevedendo che «se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato il giudice ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto». Pur se nel caso in esame, la difesa abbia manifestato l'esigenza concreta attuale che l'imputato presenziasse al procedimento al fine di mostrare dei documenti sia a lui, che ai consulenti tecnici, e quindi non si era di fronte a un caso di esigenze di ricognizioni o confronti, si rileva che «la valutazione di "indispensabilità" consentita al giudice dalla norma deve riguardare non il mezzo di prova in sé, ma soltanto la sua particolare modalità esecutiva: se si favorisse la prima lettura infatti si introdurrebbe un ingiustificabile limite al diritto alla prova collegato alle condizioni soggettive dell'imputato previste dalla disposizione in discorso, e cioè il suo *status* detentivo e il reato per cui si procede»⁵⁰. A tal proposito, è il caso di ribadire, che tutto il processo italiano di stampo accusatorio, risulta improntato sul modello *adversarial*, che garantisce parità delle armi e piena tutela del diritto di partecipare personalmente al proprio processo, poiché «chi rischia di perdere la libertà, se trovato responsabile dell'illecito penale addebitatogli, ha anzitutto il diritto di stare nello stesso luogo di esercizio del più temibile tra i poteri dell'autorità, quello dotato del maggiore divario rispetto alla posizione dell'individuo»⁵¹. La partecipazione fisica rientra infatti tra i corollari principali del "giusto processo", così come espresso anche a livello sovranazionale, laddove la Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 ha contribuito a rafforzarne ancora di più i connotati rendendola imprescindibile anche rispetto alla presunzione di innocenza, affermata dalla CEDU⁵². Infatti, ai sensi della Direttiva il diritto dell'imputato a presenziare al processo non dovrebbe essere pregiudicato, né dalle norme nazionali, che attribuiscono al giudice il potere di escludere temporaneamente un indagato o imputato dal processo, qualora ciò sia necessario per garantire il corretto svolgimento del procedimento penale, né da quelle regole che prevedono lo svolgimento

⁴⁹ *Ibid.*, 402.

⁵⁰ BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza*, 991.

⁵¹ NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, 7.

⁵² CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione Europea*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 Marzo 2016.

per iscritto del procedimento o di talune sue fasi, oppure una procedura in cui non è prevista alcuna udienza, purché ciò avvenga in conformità con il diritto a un equo processo⁵³. Il dibattimento, luogo dove si esplica la più ampia manifestazione del diritto al contraddittorio, non dovrebbe costituire occasione per l'alienazione del principale protagonista del processo, levigando fino ad annullare le garanzie di quest'ultimo quale destinatario della decisione giudiziale. Rispetto a tali considerazioni, la L. 103 del 2017, ha determinato significative "erosioni di contraddittorio"⁵⁴ nel momento in cui prefigurandosi delle esigenze di natura prettamente processuale, e non più rispondenti a significative esigenze di natura emergenziale, lo scavalcamen- to della presunzione d'innocenza ha indebolito l'elaborazione dialettica ne- cessaria nella formazione della prova, non rispettando, peraltro, i principi del *favor libertatis* e del *favor rei*.

7. *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra un debole garantismo e un (non sempre) necessario bilanciamento.* A tre anni dall'entrata in vigore della Ri- forma Orlando, sembrerebbe non essersi prefigurato, né da parte della Corte Costituzionale, né da parte della Corte di Strasburgo un significativo contribu- to a ribadire l'importanza delle garanzie prefigurate nell'art. 6 CEDU a fronte della mancata partecipazione al processo a favore dell'imputato. La Corte di Strasburgo infatti ha preferito nel tempo orientarsi sulla dizione di un princi- pio di proporzionalità piuttosto che su un insormontabile diritto fundamenta- le dell'imputato sostenendo che la partecipazione al processo costituisca "im- portanza capitale", fine di un processo penale equo e giusto, sia per il suo di- ritto ad essere ascoltato sia per l'esigenza di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con quelle della vittima e dei testimoni, indi per cui i principi che presiedono ad un equo processo richiedono che gli in- teressi della difesa siano bilanciati con quelli dei testimoni o delle vittime chiamati a deporre⁵⁵. La restrizione del diritto di partecipare al processo, sa- rebbe giustificata in virtù dell'adozione di misure interne che giustifichino il suo sacrificio⁵⁶. Da ciò deriva naturalmente, che la partecipazione virtuale dell'imputato al processo è necessariamente condizione restrittiva del diritto di difesa, a prescindere anche dalla qualità del collegamento che assicuri reci- proca e contestuale visibilità⁵⁷. Giova ricordare che le precisazioni effettuate

⁵³ Art. 8 par. 3 Direttiva 2016/EU/43/, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁴ FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenzio- se del contraddittorio*, a cura di Negri e Orlandi, Torino, 2017, 2.

⁵⁵ Corte EDU, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia, in www.giustizia.it, § 72.

⁵⁶ Corte EDU, 27 novembre 2007, Ascituo c. Italia, in www.giustizia.it, § 57, 61.

⁵⁷ NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica*

dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola c. Italia*, attenevano la lesione del diritto di partecipazione a distanza in appello, poiché l'imputato aveva potuto partecipare alle udienze di primo grado, e la Corte operando una valutazione globale del caso, non aveva ritenuto violato l'art. 6 CEDU, poiché «le procedure di autorizzazione all'appello, o dedicate esclusivamente a punti di diritto e non di fatto, possono soddisfare le esigenze dell'art. 6 anche se la Corte d'appello o di Cassazione non ha concesso al ricorrente la facoltà di esprimersi personalmente innanzi ad essa, purché in primo grado si sia svolta un'udienza pubblica⁵⁸». Risulta incontestabile che a livello sovranazionale il collegamento tecnologico che consenta la partecipazione e l'esame a distanza siano considerati componenti fisiologiche della giustizia penale, facendone menzione non solo il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale⁵⁹, ma anche la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e infine la Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale⁶⁰, la quale prevede per l'acquisizione delle prove un regime unico basato, se necessario, sul trasferimento di persone detenute, o audizione mediante videoconferenza (art. 24), nonché una regolamentazione in tutte le fasi del procedimento penale, che se necessario potrà avvenire me-

dell'imputato in giudizio, 14. Si ricordano inoltre altre due pronunce della Corte EDU, volte ad argomentare favorevolmente rispetto ai limiti derivanti dal collegamento audiovisivo, cfr. Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, § 61; Corte EDU, 4 luglio 2017, *Ichetovkina e altri c. Russia*, § 37, la quale ha argomentato circa l'importanza del controllo della «*satisfactory quality*» e della «*video transmission*».

⁵⁸ Corte EDU, 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*, cit., § 55.

⁵⁹ In particolare gli artt. 9 (audizione in videoconferenza) e 10 (conferenza telefonica), secondo i quali si prevede che: «L'art. 9 tratta delle audizioni in videoconferenza fissandone le regole relativamente alle domande di audizione e allo svolgimento delle stesse. L'articolo si applica generalmente alle audizioni di periti e testimoni e, tuttavia, può essere applicato, nel rispetto delle condizioni particolari di cui al paragrafo 8, anche alle audizioni di accusati o imputati. L'audizione in videoconferenza deve essere conforme ai principi fondamentali del diritto interno dello Stato richiesto e garantire i diritti procedurali elementari. È previsto che l'Autorità giudiziaria rediga un verbale dell'audizione e lo trasmetta allo Stato richiedente. Il paragrafo 7 dispone che, qualora durante un'audizione mediante videoconferenza una persona si rifiuti di testimoniare o renda una falsa deposizione, lo Stato in cui si trova tale persona deve avere la possibilità di trattarla come sarebbe trattata se fosse comparsa a un'audizione nel quadro di un procedimento nazionale. Le Parti possono, con una dichiarazione trasmessa al Segretario generale del CdE, dichiarare di non ammettere l'audizione mediante videoconferenza di un accusato o imputato. L'art. 10 prevede l'audizione mediante conferenza telefonica limitatamente a testimoni e periti e con il consenso di questi. Tale audizione, inoltre, deve essere prevista dal diritto nazionale dello Stato richiedente e non deve essere contraria ai principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto» cfr. *Secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, in www.documenti.camera.it/leg18/dossier.

⁶⁰ Direttiva 2014/41/UE, in www.eur-lex.europa.eu.

dianche partecipazione a distanza in videoconferenza (art. 25). Nonostante l'ampia valorizzazione dell'impiego dei collegamenti a distanza a livello internazionale ed europeo, occorre qualificare la disciplina rispetto alla nostra Carta costituzionale, nel rispetto del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, sul diritto di parità di trattamento *ex art. 3 Cost.*, nonché quello di presunzione di innocenza dell'art. 27 co. 2 Cost., e soprattutto l'art. 111 co. 4 che tutela ad un livello altissimo il contraddittorio "nella" formazione della prova. Si dovrebbe puntare, infatti, a rafforzare il diritto al confronto fisico, quanto meno in dibattimento, ove la comunicazione potrebbe risultare oggettivamente difficile nei rapporti tra difensore e assistito, laddove sulla semplice base di una presunzione (assoluta) di pericolosità⁶¹ il giudice autorizzi la sola partecipazione a distanza. Il principio del contraddittorio disciplinato dall'art. 111 co. 4 infatti assicura uno *standard* rigoroso: esso comporta che vi sia contestualità dell'assunzione delle prove dichiarative, in quanto quest'ultima è l'unica che consenta all'accusa e alla difesa di operare un'efficace contestazione del dichiarante all'esito delle sue affermazioni⁶².

8. *Problemi attuali: dibattimento e camera di consiglio.* Maggiori difficoltà si registrano nel tempo attuale, a fronte della difficile situazione emergenziale che sta affrontando l'Italia, a causa dell'epidemia Covid-19. Il blocco generale delle attività ha causato dei forti problemi organizzativi, i quali si sono ripercossi - come era ovvio - sullo svolgimento delle attività giudiziarie⁶³, determinando però un insieme di previsioni che risultano particolarmente discutibili dal punto di vista delle garanzie dell'imputato⁶⁴. In merito al problema della partecipazione all'udienza i decreti dell'8 Marzo 2020, n. 11 e del 17 Marzo 2020, n.18 hanno provveduto a una ulteriore smaterializzazione delle udienze a danno dei detenuti, internati o in stato di custodia cautelare⁶⁵. Come specificato dall'art. 83 co. 12 d.l. 17 Marzo 2020, n. 18 infatti «ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati

⁶¹ LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. autodifesa?*, cit., 3.

⁶² DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, 16.

⁶³ Sull'argomento, cfr. GAETA, *Relazione sulle novità processuali relative alla gestione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus*, in *Questa Rivista*, 2020, 1, 2.

⁶⁴ Le disposizioni attinenti l'amministrazione della giustizia penale sono contenute nel D.L. 17 Marzo 2020 n. 18 (decreto c.d. Cura Italia).

⁶⁵ In particolare nell'art. 83 del citato d.l. 17-3-2020 n.18.

con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». Nel contesto di una serie di accortezze logiche determinate dall'art. 83 co. 7 lett. a) fino a lett. e), il co. 12 della stessa norma, pone come destinatario principale del collegamento a distanza colui che si trovi *in vinculis*. Proprio questi ultimi, peraltro, risultano le prime vittime del Covid-19 che ha ulteriormente peggiorato la situazione di grave tensione ed esplosività delle carceri, laddove in Italia il problema carceri non ha assunto nel passato primaria priorità. I dati dimostrano che l'Italia è uno dei paesi con una delle percentuali più alte di condanna inflitte dalla Cedu, per «la mancanza di "spazio vitale" nelle celle, i trattamenti "inumani e degradanti" cui i carcerati sono spesso sottoposti, i tempi insopportabilmente lunghi della giustizia penale prima che si arrivi ad una sentenza definitiva, il numero eccessivamente vergognoso di detenuti in attesa di giudizio»⁶⁶: ciò posto appare utile riflettere sugli altissimi fattori di contagio dei soggetti costretti *in vinculis*, poiché «le condizioni di vita carcerarie e la prossimità tra i detenuti sono fattori che possono agevolare il contagio fino a portate alla morte dei soggetti più anziani. Fattori che potrebbero fungere da moltiplicatori nella realtà esterna»⁶⁷. Il D.G.S.I.A. da parte sua ha previsto ai sensi dell'art. 83 co. 6-7 del d.l. citato che esclusivamente per il periodo in questione, lo svolgimento delle udienze penali avvenga mediante collegamenti da remoto tramite gli applicativi messi a disposizione e a tal fine invita i dirigenti a favorire la stipula di protocolli con i Consigli dell'ordine degli avvocati e le Camere penali locali, in modo da individuare modalità condivise di partecipazione da remoto dei soggetti del processo⁶⁸. In tale contesto appare chiaro che la partecipazione da remoto, assuma il carattere emergenziale che le si addice, seppur in un contesto diverso rispetto a

⁶⁶ BELFIORE, *Carceri, situazione esplosiva*, in www.ristretti.it- *Gazzetta di mezzogiorno*, 17 Aprile 2020.

⁶⁷ *Ibid.*, citando Fiandaca e ribadendo l'importanza del «fine rieducativo della pena»; cfr. anche MERLO, «Salvare i detenuti dall'epidemia», in www.ristretti.it - *Il Dubbio*, 10 aprile 2020, in relazione alla delibera con cui il Cnf chiede l'alleggerimento delle carceri.

⁶⁸ Cfr. *Art. 3 (Svolgimento delle udienze penale)* del provvedimento del direttore D.G.S.I.A., il quale prevede che «le udienze penali di cui al dodicesimo comma dell'art. 83 del Decreto Legge 17 maggio 2020, n. 18, si svolgono, ove possibile, utilizzando gli strumenti di videoconferenza già a disposizione degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari ai sensi dell'art. 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. In alternativa, possono essere utilizzati i collegamenti da remoto previsti dall'art. 2 del presente provvedimento laddove non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore e qualora il numero degli imputati, che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, consenta la reciproca visibilità», in www.consiglionazionaleforense.it.

quello della sua originaria impostazione. E allora ci si chiede se sia possibile in questo periodo provvedere a un contestuale collegamento di tutti i soggetti del processo, detenuti e non, a partecipazione necessaria o meno, in modo da assicurare la contestuale visibilità di tutti i soggetti e consentire il collegamento, *ivi* compreso il difensore. Si prenda a riferimento *in primis* il co. 6 dello stesso art. 83 del d.l. 17 Marzo 2020, n. 18 che stabilisce espressamente che gli Uffici giudiziari adottano misure «per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone» compresa «la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgere attività urgenti». Alla luce del DPCM del 22 marzo 2020 n. 6, che vieta tutti gli spostamenti intercomunali, due deroghe si pongono in relazione a coloro che sono mossi da "esigenze lavorative", dunque con libero accesso all'aula del personale svolgente attività professionale e coloro che in quanto soggetti privati presentino "situazioni di assoluta urgenza", come quelle ad esempio di partecipazione a un processo penale in cui risultino interessati personalmente⁶⁹. Indi per cui si rileva, che oltre le regole previste, in relazione all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in applicazione del co. 5 della norma, ogni luogo dal quale si attivi il collegamento audiovisivo dell'imputato, è equiparato all'aula di udienza, mentre in tutti gli altri casi, stante l'eccezionale caso di disposizione dematerializzata di tutte le udienze penali, ogni ampliamento interpretativo non sarebbe accettabile. E sul punto la Corte di Cassazione è chiara, in quanto anche prima dell'entrata in vigore della Riforma Orlando affermava che «la partecipazione a distanza è ammessa, per sistema, in casi tassativamente previsti: si tratta di ipotesi d'eccezione e di stretta interpretazione, che non sono suscettibili di applicazione analogica, nè di letture estensive, oltre i casi espressamente contemplati dall'Ordinamento (artt. 45-bis, 146-bis e 205-ter disp. att. c.p.p.), neppure con il consenso dell'imputato»⁷⁰. Inoltre in virtù della conversione in legge del d.l. 18/2020, si prospettano preoccupanti risultati in termini di garanzie difensive dell'imputato. Viene infatti previsto che qualsiasi udienza penale si svolga in collegamento da remoto, prefigurando una manovra di amplissimo spettro. In virtù del maxiemendamento ap-

⁶⁹ MALAGNINO, *Così lontano così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus*, in *Giurisprudenza penale trimestrale*, 2020, 1, 86 ss.

⁷⁰ Cass., Sez. I, 27 maggio 2016, V.R.F.M.P., in www.cortedicassazione.it.

provato in Senato il 9 Aprile 2020⁷¹, al co. 12 art. 83 del d.l. 18/2020 sono aggiunti i commi 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies*. Si prevede che per tutte «le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza avviene con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti» (art. 12-*bis*). Ciò posto, il legislatore ha avuto cura di specificare che l'unico soggetto presente nell'ufficio giudiziario sia l'ausiliario del giudice. Appare chiaro che nonostante il co. 12 dell'art. 83 preveda che ai sensi dell'art. 146-*bis* co. 4 disp. att. c.p.p., si possa assicurare la presenza del difensore nel luogo dove si trova l'imputato, allo stesso modo si registra una compressione del diritto alla prova che sacrifica l'immediatezza del contraddittorio laddove l'integrale sostituzione dell'oralità con la virtualità non risulta conforme alle disposizioni costituzionali, *in primis* all'art. 111 Cost. Sarebbe stato opportuno prevedere oltre le previsioni dell'art. 146-*bis* co. 3,4,5 disp. att., anche l'estensione al co. 4-*bis* il quale consente al difensore e alle altre parti private, su loro istanza di collegarsi autonomamente, nei casi in cui non sia possibile la presenza contestuale e assicurarsi a proprie spese la funzionalità del collegamento. Pertanto il primo effettivo *vulnus* al diritto di difesa e al contraddittorio, si registra proprio nella mancata previsione di una piattaforma comune di comunicazione, che assicuri a tutti i soggetti del processo (compresi i testimoni), la possibilità di ottenere, da un punto di vista meramente tecnico il simultaneo flusso audiovisivo tra le parti, la possibilità di intervento, e la registrazione delle dichiarazioni dei testimoni ai fini della verbalizzazione. Volgendo invece lo sguardo a un profilo "garantistico" appare chiaro ed evidente che non potrà mai esplicitarsi equamente la celebrazione di un processo mediante collegamento audiovisivo, laddove la presenza fisica è la prima effettiva esplicazione del diritto al confronto sancito dalla Costituzione. Tutto ciò si ripercuote anche sulle modifiche avvenute con la Riforma Orlando che ha ampliato ancor di più i casi di partecipazione a distanza, a prescindere dalle ipotesi in cui data la situazione emergenziale i processi debbano svolgersi in "teleconferenza". Inoltre le disposizioni che forse ancora di più ostacolano l'esercizio dell'attività, in questo caso strettamente giurisd-

⁷¹ *Disegno di legge n. 1766-Testi ed emendamenti*, in www.senato.it.

zionale, sono quelle previste dal co. 12-*quinquies* dell'art. 83, in quanto le deliberazioni collegiali in camera di consiglio comprese quelle di cassazione avvengano anch'esse mediante collegamento da remoto. Si registra un problema di disponibilità degli atti posto dalla camera di consiglio telematica a danno di ciascun componente oltre che «cruciali questioni di segretezza dell'udienza, il che vuol dire, dunque, anche di segretezza delle singole postazioni private in cui i membri del collegio si trovino fisicamente. Soprattutto, appare difficilmente compatibile con l'immediatezza e la contestualità propria del dibattito collegiale e cioè di dialettica interna»⁷². Si cerca comunque, seppur difficilmente, di trarre “il buono” da una situazione in cui il processo da remoto diventa la regola per la celebrazione dei processi penale, in quanto si assume come “male necessario”⁷³, in un periodo di forte crisi.

Poiché però, come espressamente designato dalla normativa, oltre che dal decreto del Primo Presidente della Corte di Cassazione⁷⁴, la celebrazione a distanza per tutte le udienze penali è destinata alla provvisorietà e temporaneità data dall'emergenza, si auspica una maggiore possibilità di celebrazione a porte chiuse, secondo le disposizioni dell'art. 472 c.p.p. co. 3, assicurando comunque la partecipazione fisica di coloro che siano chiamati ad intervenire (testimoni, imputato, difensore), e limitando la celebrazione di udienze a distanza laddove si debba procedere all'esame dell'imputato o all'escussione di periti, consulenti tecnici, testimoni. In caso contrario, sarebbe molto complesso se non impossibile procedere alle contestazioni, o chiedere di identificare una persona, o di verificare un certo documento.

8. *Conclusioni.* Chiaro è che la pandemia abbia determinato una “smaterializzazione” del processo, una sorta di “*smart working*” procedurale⁷⁵ e una “sospensione della Costituzione”⁷⁶, che può giustificare l'adozione di provvedimenti come quelli attuali limitativi di alcuni diritti e libertà, con l'auspicabile

⁷² DOMINIONI- BELLÙTA, *Le osservazioni dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia” sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 13 aprile 2020

⁷³ MERLO, *Processo da remoto, “Prendiamo il buono e mettiamolo a sistema”*, in www.ristretti.it - *Il Dubbio*, 17 aprile 2020, a tal proposito si fa riferimento alle iniziative intraprese dall'Ordine degli Avvocati di Milano che si è prodigato al fine di intraprendere corsi di formazione volti a incrementare l'utilizzazione degli strumenti tecnologici al fine di governare al meglio la gestione dell'emergenza sanitaria.

⁷⁴ Decreto n. 44 del Primo Presidente della Corte di Cassazione, in www.cortedicassazione.it.

⁷⁵ ZAMPAGLIONE- FORTE, *La partecipazione a distanza all'epoca del coronavirus: tra contrazione del diritto di difesa materiale e esigenze di accertamento*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, 1, 22.

⁷⁶ BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, 1, 6.

ripresa immediata degli stessi nel momento in cui sarà contenuta l'emergenza⁷⁷. Tuttavia non lascerebbero presagire nulla di buono gli emendamenti effettuati al decreto Cura Italia, nel momento in cui lo stato di necessità dato dalla situazione di emergenza sanitaria, al pari di quanto accaduto con il fenomeno mafioso degli anni '90 potrebbe demolire «di volta in volta la struttura della legalità sostanziale e processuale che dovrebbero presidiare il processo, distorcendo il processo penale in virtù di ipotetiche "percepite" esigenze securitarie, e piegando a tali presunte esigenze tutti i valori costituzionali del contraddittorio, del diritto di difesa, della presunzione di innocenza, della riservatezza delle comunicazioni, della ragionevole durata»⁷⁸, essendo note le conseguenze di riforme legislative che nel passato e in nome dell'emergenza hanno determinato uno smantellamento dei diritti dell'imputato. Se infatti si ponesse l'attenzione su un'accezione esclusivamente negativa del diritto di difesa ex art. 24 co. 2 Cost., bilanciato con altri valori preminenti, esso assume la qualità di deterrente per concedere ai pubblici poteri di vietare la presenza dell'imputato al giudizio. Ciò posto non bisogna dimenticare, che nemmeno lo *status detentionis* dovrebbe fungere da coadiuvante per una limitazione di tal genere, poiché stante anche le ragioni che presiedono l'adozione di provvedimenti di urgenza, la compressione del diritto di difesa è stata adottata in funzione di una normativa che dalle sue ultime modificazioni, più che tutelare la sicurezza e l'incolumità pubblica, ha presidiato alla tutela della ragionevole durata del processo, che pur attestandosi quale corollario del "giusto processo", non può elevarsi al rango del diritto di difesa inteso come piena esplicazione del contraddittorio e del diritto di partecipazione fisica. Ne è la dimostrazione anche quanto esposto dall'art 146 disp. att., il quale in riferimento alla posizione dei soggetti processuali durante la celebrazione del dibattimento stabilisce che «nella aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante». Tra gli aspetti più importanti di questa stessa disposizione si riversa l'importanza dell'esercizio del diritto di difesa che deve esplicarsi garantendo non solo la presenza fisica dell'imputato, ma anche la piena assistenza difensiva durante tutta l'attività

⁷⁷ AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. Giust.*, 27 Marzo 2020.

⁷⁸ PETRELLI, *Garanzie a intermittenza in nome dell'emergenza: così si smantella il processo penale*, in *www.ristretti.it- Il Dubbio*, 11 Aprile 2020, il quale si pone in forte posizione critica rispetto al magistrato Eugenio Albamonte il quale ha definito del tutto infondato il pensiero secondo cui «il retro pensiero in base al quale staremmo assistendo ad una riforma occulta del processo penale in chiave inquisitoria, destinata a diventare definitiva dopo l'emergenza corona virus».

istruttoria.