



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2020 DEL DIPARTIMENTO JONICO

ANNO VIII

ESTRATTO

FRANCESCO ZACCARIA

«Dibattimento a distanza» e diritto di difesa:
una difficile compatibilità



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli – Gabriele Dell’Atti – Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Angelica Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione),
Francesca Altamura, Michele Calabria, Danila Certosino,
Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti,
Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
ex Convento San Francesco – Via Duomo, 259 – 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali>

ANNO VIII
ANNALI2020
DEL DIPARTIMENTO JONICO



Francesco Zaccaria

«DIBATTIMENTO A DISTANZA» E DIRITTO DI DIFESA:
UNA DIFFICILE COMPATIBILITÀ*

ABSTRACT

Nato nel 1992, l'istituto del dibattimento a distanza ha subito numerose interpolazioni: nel corso degli anni; infatti, ha perso il suo carattere di eccezionalità, per diventare, con la c.d. «riforma Orlando» (l. 23 giugno 2017, n. 103), un vero e proprio istituto ordinario per cui, in determinati casi previsti dalla legge, l'aula d'udienza perde la sua naturale dimensione spaziale. La *ratio* del dibattimento a distanza è plurima: si evita che i detenuti interessati transitino da un ufficio giudiziario all'altro, si evitano i rischi connessi allo spostamento fisico di determinati detenuti e, infine, si accorciano i tempi processuali.

La «riforma Orlando» ha reso ancora più ardua la compatibilità del dibattimento a distanza con il rispetto del diritto di difesa: la postazione da remoto, infatti, non permette una compiuta comunicazione tra difensore ed imputato prima, durante e dopo lo svolgimento della stessa udienza.

Established in 1992, the remote trial institution has undergone numerous transformations: over the years, in fact, it has lost its exceptional character, to become, with the so-called Orlando reform (Law 23 June 2017, n. 103), a real ordinary institution for which, in certain cases provided for by law, the hearing room loses its natural tangible dimension. The rationale of the remote hearing is multiple: it avoids that the prisoners concerned transit from one judicial office to another, it mitigates the risks associated with the physical movement of certain prisoners and therefore, the trial times are shortened.

The Orlando reform has made the compatibility of the remote hearing with respect for the right of defense even more difficult: the remote position, in fact, does not allow complete communication between the defender and the accused before, during and after the same hearing.

PAROLE CHIAVE

Dibattimento – Distanza – Difesa

Trial – Distance – Defense

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Storia di una stratificazione normativa. – 3. Teleconferenza e telesame. – 4. La «riforma Orlando» e la soggettivizzazione dei presupposti applicativi. – 5. La partecipazione a distanza nei riti camerale e nel giudizio abbreviato. – 6. Criticità e disarmonie tra il dibattimento a distanza e il diritto di difesa.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. L'istituto del dibattimento a distanza trova la sua genesi su un terreno emergenziale e provvisorio.

Emergenziale perché si innesta, seppur ancora in via embrionale, e ben lungi dalla natura che assume oggi, a gamba tesa e con decretazione d'urgenza, all'interno delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale subito dopo la strage di Capaci nel 1992, per dare una risposta alla pericolosa deriva bellica e sanguinaria della mafia dell'epoca.

Provvisorio perché il legislatore dell'epoca concepì il dibattimento a distanza come un istituto che doveva nascere per poi morire, nella illusoria convinzione che un giorno tale emergenza sarebbe terminata.

In realtà l'istituto *de quo* non solo ha ormai abbandonato la sua natura provvisoria, diventando definitivo e sistemicamente normato, ma ha altresì perso anche il carattere eccezionale che da sempre lo ha connotato, diventando una forma di modalità istruttoria assolutamente ordinaria, come meglio si vedrà in seguito.

La plasticità dell'aula d'udienza cambia forma, si dilata fino a diventare liquida perché si espande oltre i confini fisici, perdendo una forma ben connotata, potendo la dimensione spaziale espandersi in luoghi lontani. Come osservato da autorevole dottrina¹, l'aula d'udienza non è più uno spazio unico, segnabile su una mappa: la postazione fisica conquista nuove dimensioni, «componendosi in un *ensemble* che comprende una o più postazioni remote, che dialogano con il *theatrum* centrale attraverso collegamenti costituiti da reti informatiche». I protagonisti del dibattimento – imputati, testimoni, collaboratori di giustizia – partecipano attraverso un collegamento «a distanza», realizzato mediante una connessione audio-video tra l'aula d'udienza ed una «postazione remota».

Il dibattimento assume una nuova geografia, i confini fisici dell'aula diventano indefiniti e permeabili; il principio di oralità, in tale nuova contestualizzazione, perde alcuni connotati in quanto, come sottolineato sempre dalla dottrina², si è smaterializzata non solo la «fisicità delle parti», ma anche la «fisicità del luogo».

La riforma Orlando porta a compimento una mutazione genetica che, come si vedrà, è iniziata gradualmente già dopo pochi anni dalla gemmata stessa dell'istituto del dibattimento a distanza.

Per comprendere meglio la natura e la portata di tale istituto, è opportuno tuttavia, ripercorrere brevemente le sue origini storiche³. L'evoluzione normativa è stata

¹ G. Di Chiara, «Come s'uno schermo» *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale (Campobasso, 13-14 ottobre 2017), Giuffrè, Milano, 2018, p. 129.

² In tal senso, 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*», Giappichelli, Torino, 2003, p. 77.

³ Cfr. sul punto N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 527 ss.

complessa, di pari passo all'evoluzione tecnologica che certamente ne ha rappresentato la spinta.

2. Il primo ingresso di tale istituto risale al 1992, con l'introduzione dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. ad opera dell'art. 7, comma 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito con modifiche dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 e riguardava il solo «esame a distanza» dei collaboratori di giustizia ammessi a programmi o misure di protezione.

In altre parole, ai sensi del comma 2 dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. dell'epoca (ancora in vigore), il giudice o il presidente può, sentite le parti, disporre anche d'ufficio che l'esame si svolga a distanza, mediante collegamento audiovisivo che assicuri la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova.

Tale norma fa riferimento all'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso. In altre parole, le persone ammesse a programmi di protezione devono essere sottoposte ad esame con maggiori cautele che vengono determinate dal Giudice ovvero dal Presidente del Tribunale o della Corte d'Assise.

Tali cautele comprendono, oltre alla sicurezza della persona, anche la tutela della riservatezza della stessa, in ogni caso idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile.

Chiaramente, ed è questo il punto nodale della questione, laddove vi siano degli strumenti tecnici idonei, il giudice o il presidente, a norma dell'art. 147-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p. dispone che l'esame si svolga a distanza mediante collegamento audiovisivo che assicuri la contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova. In tal caso, un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza è presente nel luogo ove si trova la persona sottoposta ad esame.

Dopo alcuni anni, con l'art. 2 l. 7 gennaio 1998, n. 11 (Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario), veniva introdotto l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Tale norma è una spora di quella normativa emergenziale del 1992 di cui si è fatto cenno innanzi, a partire dalla quale si è sviluppata tutta la normazione successiva. Ed infatti, con la riforma del 1998, si presentano due novità: la prima è che il meccanismo si estende anche alla «partecipazione a distanza» dell'imputato, la seconda è che l'esame a distanza contempla anche gli imputati di reato connesso. Anche questa seconda interpolazione avrebbe dovuto avere inizialmente una durata temporanea, ed infatti, il termine di efficacia era stato individuato al 31 dicembre 2000.

Si trattava di una ulteriore misura «tampon», legata alla necessità di portare a termine i maxi processi di mafia allora in corso, essendo il legislatore convinto, in modo illusorio, che la stagione dei maxi processi fosse destinata a terminare, «rappresentando un fenomeno estemporaneo nel panorama processuale penale italiano»⁴.

La ratio dell'istituto era plurima: attenuare i rischi di evasione, evitare scarcerazioni per decorrenza dei termini, impedire i contatti con altri detenuti al 41-*bis* e, più in generale, ridurre il fenomeno del turismo giudiziario.

Con l'art. 12 d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia), conv. con modif. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, da una parte veniva prorogato l'iniziale termine fino al 31 dicembre 2002, dall'altra parte, veniva introdotto il nuovo art. 134-*bis* disp. att. c.p.p. che ha esteso l'applicazione dell'istituto anche nel giudizio abbreviato⁵, di cui si dirà *infra*.

L'affastellata evoluzione normativa proseguì poi nel 2001 con l'art. 16, comma 1, L. 5 ottobre 2001, n. 367 (Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatto a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale) che ha inserito l'art. 205-*ter* disp. att. c.p.p. con il quale è ora prevista la partecipazione a distanza anche del detenuto all'estero – purché si tratti di procedimenti nei suoi confronti, non sia traducibile in Italia e vi sia una previsione convenzionale tra Stati – nonché l'esame a distanza del testimone e del perito.

L'art. 8, comma 1 lett. a) d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale) conv. con modif. dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438, ha poi esteso l'applicabilità dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. ai reati di terrorismo internazionale *ex* art. 407, comma 2, lett. a), n. 4 c.p.p.

L'art. 3, comma 1, l. 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario), ha abrogato l'art. 6 l. n. 11/1998⁶. L'istituto della partecipazione a distanza, con una lenta alchimia normativa, cessa di essere uno strumento straordinario e temporaneo, per diventare ordinario e definitivo⁷.

Bisogna poi arrivare al 2010, anno in cui, con l'art. 8, comma 4 lett. b n. 3, l. 13 agosto 2010, n. 36 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in

⁴ In questi termini C. Papagno, *Le modifiche all'art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento Penitenziario*, Pacini giuridica, Pisa, 2017, p. 210. Sul punto si veda anche G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)*, Ed. giuridiche Simone, Napoli, 2017, p. 53.

⁵ Sul punto si veda L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in M. Bargis (a cura di), *Il decreto «antiscarcerazioni»*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 138 ss.

⁶ In dottrina, v., tra gli altri, D. Curtotti, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006; G. Piziali, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, cit., p. 73 ss.

⁷ In tal senso, C. Papagno *Le modifiche all'art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 211.

materia di normativa antimafia), viene modificato il comma 3 dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., con una nuova previsione dell'esame a distanza, questa volta anche per gli agenti sotto copertura, con la predisposizione di misure idonee a celarne il viso⁸, mentre l'art. 2, comma 1 lett. b-*bis*, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211⁹ conv. con modif. dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, ha ampliato il comma 1-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., contemplando l'ipotesi del collegamento audiovisivo a distanza anche quando si deve esaminare, in qualità di testimone, una persona *in vinculis* in regime carcerario.

Anche in ambito europeo è stata prevista l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva di periti o testimoni, nonché di indagati o imputati con la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale. Tale direttiva è stata poi implementata con il d.lgs 21 giugno 2017, n. 108¹⁰.

Si giunge infine alla legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario), al d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 (Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera) e alla l. 11 gennaio 2018, n. 6 (Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia)¹¹.

La c.d. riforma Orlando – L. n. 103/2017 – ha inciso profondamente e in modo strutturale sulla disciplina della partecipazione a distanza, sostituendo integralmente la formulazione dell'art. 146-*bis* e modificando gli artt. 45-*bis* e 134-*bis* disp. att. c.p.p., nonché l'art. 7, comma 8, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136)¹². La disciplina dell'esame a distanza è rimasta del tutto inalterata.

⁸ In argomento, v., per tutti, M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. Esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72 ss.

⁹ Il c.d. «decreto svuotacarceri».

¹⁰ In argomento. Cfr. T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, *L'ordine europeo di indagine penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹¹ V., tra gli altri, 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 *La giustizia penale differenziata*, tomo III, M. Montagna (a cura di), *Gli accertamenti complementari*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 983 ss.; M. Daniele, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. Negri, R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 131 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo: una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 282 ss.; G. Piziali, *sub art. 146-bis. disp. att. c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., tomo 3, Wolters Kluwer Ipsa, Milano, 2017, p. 895 ss.

¹² Sulla riforma del 2017, v. S. Buzzelli, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza*, in L. Giuliani, L. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 73 ss.; D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in G.M. Baccari (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, 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 *Dir. pen. cont.*, 14.12.2017, p. 1 ss.; 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*,

Questa stratificazione normativa, culminata poi con la riforma «Orlando» ha portato a dei cambiamenti di sistema radicali, anzi, come è stato osservato, ha rafforzato il regime del c.d. «doppio binario» – che «sta progressivamente assumendo la connotazione di un vero e proprio processo autonomo, sotto tutti i profili: ordinamentale, penale, processuale, esecutivo»¹³. In dottrina si è parlato addirittura di «mutazione genetica» dell'istituto, atteso che quest'ultimo da straordinario diventa perfettamente ordinario, tipico, completamente al di fuori della logica emergenziale del «doppio binario»¹⁴.

Il nuovo art. 205-ter disp. att. c.p.p. invece, così come modificato dal d.lgs. n. 149/2017, prevede una nuova disciplina in ordine alla partecipazione di imputati o di testimoni e periti, rispettivamente detenuti o presenti all'estero.

Per quanto riguarda i testimoni di giustizia, merita di essere rammentato, infine, l'art. 24, comma 1, l. n. 6/2018, il quale ha modificato la disciplina dell'esame a distanza *ex art. 147-bis* disp. att. c.p.p. Ora, infatti, l'audizione dei testimoni di giustizia dovrà avvenire comunque mediante predisposizione della videoconferenza, salvo che il giudice non ritenga assolutamente necessaria la presenza del soggetto in aula¹⁵.

cit., p. 125 ss.; A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 458 ss.; S. Lorusso, *Le nuove norme in tema di partecipazione al dibattimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, fasc. spec. *La riforma della giustizia penale*, p. 27 ss.; R. Magi *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerale (commi 77-80 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 187 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*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 163 ss.; F.R. Mittica, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 945 ss.; C. Papagno, *Le modifiche all'art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 209 ss.; Id., *Problemi applicativi in ordine alle modifiche all'art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini giuridica, Pisa, 2018, p. 235 ss.; G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)*, cit., p. 53 ss.; G. Piziali, *sub art. 77-78 Riforma Orlando*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., tomo 3, cit., p. 3523 ss.; P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 31.7.2017, p. 1 ss.; S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 20.11.2017, p. 1 ss.; M. Tarzia, *Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie al codice di procedura penale*, in A. Conz, L. Levita (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento organico alla legge 23 giugno 2017, n. 103, di modifica del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, Dike giuridica, Roma, 2017, p. 191 ss.; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 538 ss.

¹³ A. Marandola, *Molte le tematiche affrontate e a volte discutibili le soluzioni: manca una visione di sistema*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., p. 326.

¹⁴ Cfr. D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 516.

¹⁵ R. Fonti, M. Montagna, *Le speciali misure di protezione per i testimoni di giustizia*, in A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine*

In ordine all'entrata in vigore della suddetta normativa, va precisato che in effetti, era stata prevista una deroga al principio di *vacatio legis* di cui all'art. 1, comma 94, l. 103/2017, in quanto al comma 81 del medesimo articolo era prevista una entrata in vigore ad un anno dalla pubblicazione della legge in Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 4 luglio 2017, con le dovute eccezioni del comma 77, quali quelle relative a detenuti per particolare allarme sociale.

Successivamente, con l'art. 2, comma 2, d.l. 25 luglio 2018, n. 91 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative: c.d. «decreto milleproproghe»), conv. con modif. dalla l. 21 settembre 2018, n. 108, è stata poi rinviata l'entrata in vigore al 15 febbraio 2019 in quanto era necessario più tempo al fine di consentire la predisposizione di nuove strutture tecnologiche idonee.

3. Ripercorso succintamente l'*iter* legislativo, è opportuno evidenziare che non può comprendersi il valore (e, per converso, anche le criticità) del dibattito a distanza, se prima non si analizza il significato e la *ratio juris* delle sue due *species*, che sono appunto la «partecipazione al dibattito a distanza» da un lato, e l'«esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso» dall'altro.

La «partecipazione a distanza» trovava la sua *ratio* nell'economia processuale e quindi nella riduzione del fenomeno del c.d. «turismo giudiziario» con conseguente contingentazione dei tempi del dibattito: in altre parole, da un lato si evita che i detenuti interessati «passèggino» da un ufficio giudiziario all'altro con oneroso dispiego di forze dell'ordine, dall'altro lato, così facendo, si accorciano i tempi processuali; e chissà, forse proprio questo può fornire la giusta effettività al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

L'«esame a distanza», invece, aveva una *ratio* diversa, ossia quella di garantire la sicurezza personale del dichiarante (imputato o testimone).

La linea di demarcazione tra i due istituti è diventata evanescente, anche se è rimasta, nella prassi, una dicotomia onomastica atteso che il primo istituto sovente prende il nome di «videoconferenza» o «teleconferenza», mentre il secondo «telesame», ma, come osservato in dottrina, «simili espressioni erano rimaste estranee al linguaggio codicistico, non tanto per una loro mancata sedimentazione linguistica, quanto per l'esigenza, sempre apprezzabile, di consentire un naturale adeguamento del dato normativo all'evoluzione tecnologica»¹⁶.

Mai come in questi casi infatti, lo studio della normativa giuridica e la comprensione della sua evoluzione passa ovviamente sullo studio dell'evoluzione

legislatura, Cedam, Padova, 2018, p. 431 ss.; S. Sau, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 993 ss.

¹⁶ Così G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 225, il quale sottolinea che gli artt. 726-*quinquies* e 729-*quater* c.p.p. (così come, rispettivamente, inseriti dall'art. 6, comma 1 lett. e, e dall'art. 7, comma 1 lett. d, d.lgs. n. 149/2017).

tecnologica, atteso che per garantire il dibattimento a distanza sono necessari degli strumenti tecnici adeguati.

In un primo momento, è stato utilizzato un collegamento via rete telefonica ISDN¹⁷. Tale strumento tecnico, se da un lato appariva adeguato soprattutto per l'ampia diffusione sul territorio, la possibilità di trasmettere documenti, immagini fotografiche e quant'altro, nonché la spesa relativamente contenuta, dall'altro lato presentava dei limiti significativi.

Infatti, il segnale video non era perfetto, vi era un intervallo temporale tra la formulazione della domanda e l'ascolto della domanda stessa da parte del destinatario. È vero anche che tali problematiche operative sono state poi superate dall'impiego delle reti IP per la realizzazione della multiconferenza, e del collegamento fonico riservato. Addirittura, per alcune aule di udienza è stata più di recente utilizzata la tecnologia della «telepresenza», che produce un alto grado di fedeltà rappresentativa¹⁸.

Autorevole dottrina ha tuttavia escluso che tali modalità remote siano da equiparare in maniera assoluta all'assistenza personale o alle dichiarazioni tipiche del contesto spaziale e temporale della pubblica udienza¹⁹. Alcuni autori ricordano, infatti, «che la partecipazione virtuale al dibattimento non sia equiparabile *in toto* alla presenza fisica dell'imputato, incidendo giocoforza sulla percezione degli atti processuali, sull'oralità e sulla partecipazione alla formazione della prova e determinando come detto la rottura della dimensione spaziale dell'udienza che costituisce uno dei caratteri del processo accusatorio, il quale, tra i suoi contrassegni fondamentali, richiede la presenza obbligatoria dell'accusato»²⁰, pertanto la partecipazione a distanza non può, dunque, essere equiparata completamente alla presenza fisica. Troppe sono le differenze e troppo ampia è la distanza rispetto ad un soddisfacente rapporto con il difensore²¹, anzi

¹⁷ Acronimo di *Integrated Services Digital Network*.

¹⁸ In tal senso, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 225. Sulla tecnologia impiegata per i collegamenti audiovisivi v., per tutti, G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 136 ss.

¹⁹ Ancora G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 135, che parla di un non eliminabile *gap* tra partecipazione "reale" e "virtuale" all'attività d'aula; G. Garuti, *Il giudizio ordinario*, in O. Dominioni e altri, *Procedura penale*, 6^a ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 597, per il quale «pare difficile negare che una partecipazione a distanza, se per un verso rischia di offrire una visione parziale e frammentaria di ciò che accade in udienza, per l'altro verso la offre attraverso uno strumento tecnico che, ragionevolmente, non è sempre in grado di filtrare in modo corretto tutto ciò che occorre»; S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, cit., p. 12, per la quale «non si può non rilevare come una completa equiparazione tra presenza in udienza e partecipazione a distanza rappresenti in realtà nulla più di una mera *fiction iuris*»; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 767, per il quale «la partecipazione a distanza non potrà mai essere equivalente alla presenza fisica all'udienza».

²⁰ Testualmente, S. Lorusso, *Le nuove norme in tema di partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 30.

²¹ In questi termini, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 225. Nello stesso senso, v., tra gli altri, A. De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 1336.

secondo altra dottrina, «non bisogna dimenticare che si tratta pur sempre di una presenza virtuale, che è cosa ben diversa dalla partecipazione personale all'udienza», in quanto «anche la più fedele ripresa televisiva – e l'esperienza insegna che spesso la televisione offre un'immagine persino migliore di quella percepibile direttamente – non potrà mai sostituire perfettamente la presenza fisica dell'imputato o del dichiarante e il contatto senza mediazioni con il giudice e con gli altri soggetti del processo»²²

E non potrebbe essere altrimenti, anche se si potesse disporre di un sistema di collegamento capace di trasmettere, in tempo reale, la più fedele delle immagini, ed anzi di fornire maggiori dettagli di quelli percepiti attraverso l'assistenza personale dell'imputato o la presenza fisica del dichiarante in aula di udienza, «anche se l'evoluzione tecnologica consente, ormai, di superare in larga parte i disagi tecnici che potevano caratterizzare le prime difficoltose applicazioni dei collegamenti a distanza negli anni Novanta e le nuove tecnologie consentiranno via via un sempre maggior realismo rappresentativo, ad esempio mediante l'impiego della virtualità tridimensionale»²³. Non può assolutamente equipararsi il collegamento virtuale alla presenza fisica dell'interessato in aula. Questo, come si vedrà, sotto vari profili, primo fra tutti, quello della efficienza del diritto di difesa. Processo virtuale e processo attuale restano due realtà distinte, sotto il profilo non giuridico ma efficientistico.

Inizialmente, nella formulazione *ante* Orlando, la partecipazione a distanza era innanzitutto utilizzabile se si trattava di un dibattito relativo ad uno dei reati indicati dall'art. 51, comma 3-*bis*, o dall'art. 407, comma 2 lett. a, n. 4 c.p.p. e se l'imputato si trovava a qualsiasi titolo in stato di detenzione in carcere.

Gli unici requisiti erano lo *status detentionis* a qualsiasi titolo, cautelare o definitivo, e per qualsiasi reato. In un secondo momento occorreva valutare se ricorressero «gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico» oppure esigenze di economia processuale consistenti nell'evitare il c.d. «turismo giudiziario».

Le gravi ragioni di sicurezza non dovevano necessariamente assurgere ad una dimensione pubblica, ben potendo riferirsi ad un soggetto chiamato a partecipare al dibattito. È stato infatti osservato che, «se si può convenire che le esigenze di tutela dell'incolumità prescindano dal comportamento tenuto dall'imputato, bastando la mera considerazione delle dinamiche interne dell'associazione a delinquere, meno convincente appariva la rilevanza data alla sicurezza di altri soggetti diversi dall'imputato. A fronteggiare eventuali pericoli per l'incolumità di un teste parrebbe sufficiente ricorrere all'esclusione della pubblicità, sempre che non sussistano le condizioni per far luogo all'esame a distanza»²⁴.

²² Testualmente, G. Illuminati, *Giudizio*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 761 s.

²³ Testualmente, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 225. Analogamente, S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, cit., p. 11 s.

²⁴ Così G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 226

Una terza ipotesi di partecipazione a distanza si delineava con esclusivo riferimento alla sottoposizione alle misure di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen. Il «turismo giudiziario», quindi, veniva impedito per evitare che fosse sfruttato dall'imputato al fine di mantenere contatti con le organizzazioni criminali. Per questo, la partecipazione a distanza già scattava nei dibattimenti nei confronti di detenuti sottoposti al regime del c.d. carcere duro, pur senza che fossero imputati in quel processo di una delle fattispecie di criminalità organizzata, travalicando quindi l'ambito del doppio binario, in quanto vi si doveva fare ricorso pure nei dibattimenti per reati di lieve entità, ivi compresi quelli davanti al giudice di pace.

4. L'art. 146-*bis*, comma 1, disp. att. c.p.p. dispone testualmente che la «persona che si trova in stato di detenzione»²⁵ per uno dei gravi delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis* e dall'art. 407, comma 2, lett. a n. 4 c.p.p. debba partecipare «a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà», come pure «alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata come testimone».

L'istituto, quindi, diventa ordinario con introduzione di non pochi problemi in ordine al rispetto del diritto di difesa e del principio di immediatezza.

Il legislatore, in sostanza, ha scelto di soggettivizzare il presupposto di applicabilità della partecipazione: non è più la tipologia di reato per il quale si sta procedendo (di criminalità organizzata o di terrorismo) a giustificare l'eccezione alla presenza fisica in udienza dell'imputato detenuto in carcere, bensì la sua qualifica di imputato detenuto per taluno di quei delitti²⁶.

L'uso dei collegamenti audiovisivi viene consentito in ogni tipo di processo, quindi per tutti i reati per i quali l'imputato sia in condizione di libertà, persino i reati di minore allarme sociale, o per il quale debba addirittura essere escusso come mero testimone, anche in un procedimento civile. È sufficiente quindi che, l'interessato sia stato iscritto nel registro delle *notitiae criminis* per uno dei delitti *ex* art. 51, comma 3-*bis*, o 407, comma 2 lett. a n. 4, c.p.p.²⁷ perché debba automaticamente applicarsi l'istituto *de*

²⁵ S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, cit., 5, sottolinea che «mentre la precedente versione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. si riferiva a coloro che si trovavano in condizione detentiva in carcere, la nuova formulazione fa un riferimento più generico alla 'persona che si trova in stato di detenzione' ampliando così il raggio di operatività della norma anche in rapporto ai soggetti che si trovino sottoposti a forme di detenzione non carcerarie».

²⁶ Testualmente, N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 539.

²⁷ In questi termini D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 517. Critico sull'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina del collegamento audiovisivo per l'imputato che debba essere sentito come testimone non solo in ambito penale, ma anche in quello civilistico, «evidentemente non attrezzato per questo genere di procedure», C. Papagno, *Problemi applicativi in ordine alle modifiche all'art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 240; analogamente, G. Piziali, *sub* art. 77 Riforma Orlando, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., tomo 3, cit., p. 3525.

quo²⁸.

La partecipazione a distanza al dibattimento, quindi, da eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri, per quanto generici (gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico ovvero particolare complessità del dibattimento e necessità di evitare ritardi nel suo svolgimento), diviene la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati sopra richiamati²⁹.

Si delinea un vero e proprio «statuto» del soggetto detenuto per determinati reati per il quale sussiste, dunque, una modalità precipua di «trattamento» processuale, a prescindere dalla sua qualità (imputato e testimone) o della sede processuale (penale e addirittura civile). Non è eccessivo pensare che vi sia una presunzione di pericolosità del detenuto. Efficacemente in dottrina si è parlato di «peccato originale» dell'imputato come stigma teso «a giustificare l'allontanamento generalizzato da ogni aula d'udienza alla quale, a qualsiasi titolo, dovrà prendere parte sul territorio italiano; non si tratta più di un'esigenza legata alla necessità di adottare strategie procedurali efficaci a combattere la criminalità organizzata, ad esempio recidendo i rapporti tra i boss e l'associazione di appartenenza, o snellendo i relativi processi, o tutelando chi vi prende parte, così come era nella versione precedente dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.»³⁰.

Una seconda ipotesi è prevista dal novellato comma 1-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., il quale prevede una nuova figura, quella della «persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio»: anche per tale soggetto scatta la partecipazione a distanza obbligatoria «alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata», qualunque sia la tipologia del reato addebitato.

Sul punto, merita di essere segnalato il comma 1-*ter* dell'art. 146-*bis* disp. att. il quale fuga ogni dubbio in ordine al rischio di automatismi assoluti tra le due ipotesi predette. Infatti, tale disposizione normativa conferisce al giudice il potere di disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* «qualora lo ritenga necessario», a meno che siano assoggettate al regime carcerario di massima sicurezza. In altre parole, si concede un'ampia discrezionalità al giudice il quale può valutare caso per caso se vi sono requisiti di necessità nel caso concreto, prescindendo da precostituiti e rigidi requisiti astratti.

²⁸ N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 539.

²⁹ In questi termini, S. Lorusso, *Le nuove norme in tema di partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 28.

³⁰ D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 517; v. anche S. Lorusso, *Le nuove norme in tema di partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 29; R. Magi, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L. N. 103/2017)*, cit., p. 195, il quale sottolinea che «l'aspetto finalistico della partecipazione "differenziata" (necessità di prevenire rischi connessi al trasferimento e alla presenza fisica in udienza) appare ricollegato – nelle ipotesi di automatismo – essenzialmente al titolo di reato coperto da gravità indiziaria, il che espone a severe critiche il testo di legge lì dove realizza una forma di presunzione (sia pure relativa) di pericolosità».

Dall'altro lato, tuttavia, è stato osservato in dottrina, che questo inciso realizza solo «una (parziale) attenuazione del potenziale deflagrante del nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in virtù della quale residua una possibilità per il giudice di prendere in considerazione il caso singolo, anche se in base ad un parametro normativo – qualora lo ritenga necessario – ad alto coefficiente di discrezionalità, che in qualche maniera richiama i parametri in materia probatoria di cui agli artt. 507, comma 1, e 603, comma 3, c.p.p.: il tutto a discapito dell'imputato che si vede privato *ab origine* del diritto a partecipare fisicamente all'udienza, salvo a recuperarlo in seconda battuta, grazie al provvedimento del giudice, dal momento che la sua presenza verosimilmente sarà ritenuta necessaria per ragioni attinenti al processo, non già all'esercizio del diritto di difesa»³¹; pertanto, il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 146-disp. att. c.p.p. «sembra palesare l'intenzione del legislatore di incrementare l'uso della partecipazione a distanza», sia perché la clausola relativa alla ritenuta necessità della presenza dell'imputato è del tutto elastica e ingenera, pertanto, il rischio di soluzioni diversificate e annesse (ingiuste) sperequazioni, sia perché la suddetta clausola costituisce, comunque, un limite per il giudicante intenzionato a procedere al dibattimento con le modalità ordinarie in quanto richiede, allo stesso, un onere motivazionale circa la necessità della presenza personale dell'imputato all'udienza³².

Con un certo azzardo, si potrebbe definire il comma 1-*ter* una mera attenuante e non certamente una scriminante della radicale inversione applicativa della partecipazione a distanza che da eccezione è ormai diventata regola. Sul punto, basti ricordare che per i soggetti sottoposti al regime del c.d. «carcere duro» sussiste comunque un divieto assoluto di partecipazione personale al dibattimento.

Ci si chiede, sempre in dottrina, come può conciliarsi la implementazione nel caso concreto di un istituto processualpenalistico mediante un provvedimento di carattere amministrativo e non giurisdizionale atteso che il regime suddetto è disposto a seguito di un provvedimento del Ministro della giustizia, in contrasto con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge e quindi in un'ottica non costituzionalmente orientata, in aperto contrasto con l'art. 101, comma 2, Cost. Sul punto, si è tuttavia replicato che l'adozione del regime carcerario speciale dipende da un atto vincolato all'accertamento di determinati presupposti, per di più assoggettato al controllo

³¹ Cfr. N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 541.

³² Cfr. in tal senso M. Tarzia, *Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie al codice di procedura penale*, cit., p. 196, e P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., cit., p. 767, per il quale «in proposito pare lecito affermare che, purtroppo, sarà considerata l'impossibilità di funzionamento degli impianti e non la necessità dell'imputato di confrontarsi con l'accusatore».

Contra, G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 144, per il quale, invece, si rivelano «preziose» le clausole di flessibilità contenute nell'art. 146-*bis* commi 1-*ter* e 7, le quali, «se adoperate bene, costituiscono una pietra angolare dell'edificio, idonea a incanalare il sistema nel solco di una discrezionalità responsabile» che «sappia distinguere le diverse situazioni, propiziando, in quelle realmente meritevoli, il ritorno alla fisicità dell'aula».

giurisdizionale tramite apposito reclamo al tribunale di sorveglianza (art. 41-*bis*, comma 2-*quinqüies*, ord. pen.)³³.

L'art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p. dispone che il giudice, con decreto motivato, può disporre a propria discrezione, la partecipazione a distanza di qualsiasi imputato sulla base di parametri oggettivi, ma in effetti, poco definiti³⁴. Infatti la disciplina si rende ancora più complessa, o peggio, più a maglie larghe, se si tien conto che tale ipotesi opera, fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-*bis*, e dunque anche quando si procede nei confronti di soggetti non gravati da titolo restrittivo in relazione ad uno dei reati indicati negli artt. 51, comma 3-*bis*, e 407, comma 2, lett. a n. 4, c.p.p. purché vi siano i seguenti requisiti: «sussistano ragioni di sicurezza», «il dibattimento sia di particolare complessità» e «sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento», senza tener conto della tipologia del reato per cui si procede ovvero laddove si debba «assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario»³⁵. Viene completamente cancellato il doppio binario, l'istituto subisce una mutazione genetica nella misura in cui, lo si ripete, da eccezione diventa regola, e si dilata a dismisura il potere del giudice.

Con la riforma Orlando viene introdotto poi un nuovo comma 4-*bis* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., il quale prevede che, allorquando sia stato già attivato il «collegamento audiovisivo» ai sensi dei commi precedenti, «il giudice, su istanza, può consentire alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza» – benché nei loro confronti non sussistano, evidentemente, i presupposti previsti dalla legge per tale modalità di partecipazione – «assumendosi l'onere dei costi del collegamento»³⁶.

La dottrina³⁷ ritiene che tale previsione «sembra inquadrabile più nell'ottica di garantire la parità delle parti anche in relazione alle modalità partecipative che su una reale esigenza applicativa», ponendo un primo passo verso la completa delocalizzazione del processo, ove le parti essenziali ed eventuali del processo e l'autorità giudiziaria precedente si trovano in luoghi differenti senza che vi siano esigenze processuali o di sicurezza da tutelare. Sfugge ad ogni automatismo, essendo

³³ Cfr. N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 542 s.; G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 227.

³⁴ Cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., cit., p. 768.

³⁵ Cfr. M. Tarzia, *Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie al codice di procedura penale*, cit., p. 197.

³⁶ Cfr. in proposito, con toni molto critici, G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)*, cit., p. 55; G. Piziali, *sub art. 77 Riforma Orlando*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., tomo 3, cit., p. 3527; G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 228, secondo il quale, «al di là dell'uso di un lessico atecnico e dell'enfasi su un onere che non può dirsi giuridicamente tale, l'intento è chiaro: si vuole incrementare l'impiego del processo virtuale».

³⁷ Così N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 544.

rimessa alla valutazione del giudice la decisione sulla richiesta estensione soggettiva della partecipazione a distanza. È riconosciuto, ad ogni modo, al giudice, il potere di interrompere la videoconferenza *ex art. 146-bis*, comma 7, disp. att. c.p.p., con il ripristino della partecipazione fisica dell'imputato. È necessario tuttavia che siano sentite le parti e che la presenza fisica sia indispensabile per procedere a ricognizione, a confronto o ad altro atto che implichi l'osservazione della sua persona, ovviamente per il solo tempo necessario al compimento dell'atto³⁸.

5. L'istituto della partecipazione a distanza si applica anche nei procedimenti che si svolgono in camera di consiglio. In coordinamento con la modifica dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., l'art. 1, comma 78, l. 103/2017 ha integralmente sostituito il testo originario dell'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p. che diventa, ora, di difficile interpretazione.

L'art. 45-*bis*, comma 1, disp. att. c.p.p. in tema di udienze camerale, rinvia espressamente all'art. 146-*bis*, commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, disp. att. c.p.p.

Le forme della partecipazione a distanza sono senz'altro applicabili anche durante la fase delle indagini preliminari, in virtù dell'estensione all'indagato della disciplina prevista per l'imputato, *ex art. 61 c.p.p.*

Il riferimento al condannato, lascia intendere che la partecipazione a distanza vale anche per il procedimento di esecuzione e per quello di sorveglianza, ma non, invece, per quello di prevenzione, dove il soggetto che partecipa all'udienza assume la qualifica di «interessato»³⁹.

Ai sensi dell'art. 45-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p., il provvedimento giudiziale che dispone la partecipazione a distanza dell'imputato o del condannato deve essere comunicato o notificato dal giudice o dal presidente del collegio unitamente all'avviso di cui all'articolo 127, comma 1, c.p.p.

Anche su questo sorgono alcune perplessità: la formulazione del comma 2 dell'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p. appare del tutto impropria, dal momento che il giudice procedente non è l'organo che esegue le notificazioni, ma quello che le dispone.

In secundis, diventa difficile individuare quali siano le udienze in camera di consiglio nelle quali può trovare applicazione il nuovo istituto. E la dottrina non ha dimenticato di sottolineare tale difficoltà. Paradossalmente si potrebbe addirittura argomentare che il collegamento a distanza non sia attivabile nei procedimenti camerale in cui non figurano richiami alla norma «modello» – basti pensare all'incidente probatorio e dell'udienza preliminare – così come nei procedimenti in cui il termine di comparizione sia inferiore a quello di dieci giorni *ex art. 127*, comma 1, c.p.p. come, ad esempio, il procedimento per il riesame delle misure coercitive: v. art. 309, comma 8, c.p.p.⁴⁰.

³⁸ Cfr. sul punto G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 228.

³⁹ In questi termini, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 232.

⁴⁰ Cfr. G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 232 s.

La dottrina tuttavia sottolinea che, anche alla luce dei lavori preparatori, appare corretto ritenere che il richiamo all'art. 127, comma 1, c.p.p. assuma un significato tutto sommato generico, alla stregua di un mero sinonimo circa l'avviso della data di fissazione dell'udienza camerale. Pertanto, la partecipazione a distanza può essere disposta pure nei procedimenti che si tengono in udienza camerale per i quali sia stabilito un termine di comparizione inferiore a dieci giorni⁴¹.

In ordine all'istituto in esame e sempre nell'ambito dei procedimenti camerali, bisogna distinguere i casi in cui la presenza dell'imputato sia obbligatoria o facoltativa.

Nel primo caso, non dovrebbero esserci difficoltà ad attivare la partecipazione a distanza atteso che, nei procedimenti in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 127 c.p.p., se l'imputato – o il condannato – risulta detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa richiesta, «deve essere sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo». Per quanto riguarda in particolare, il procedimento di riesame, poi, è data la possibilità all'imputato che ne abbia fatto tempestiva richiesta di comparire personalmente⁴².

Da una lettura letterale dell'art. 45-bis, comma 3, disp. att. c.p.p., si evince una semplice equiparazione delle udienze camerali a quelle dibattimentali in relazione alle modalità di applicazione dell'istituto della partecipazione a distanza in quanto, come osservato, vi è un mero rinvio all'art. 146-bis, commi 2, 3, 4, 4-bis e 6, disp. att. c.p.p.

Per quanto riguarda la partecipazione a distanza nei procedimenti dinanzi alla Magistratura di Sorveglianza, è necessario segnalare, che l'art. 4, comma 1, lett. b. d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 – in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 85, lett. c ed i l. n. 103/2017 – ha inserito nell'art. 678 c.p.p. i commi 3.1. e 3.2⁴³. In particolare, il comma 3.1 prevede che, su richiesta dell'interessato, l'udienza si debba svolgere in forma pubblica, con l'osservanza, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui agli artt. 471 e 472 c.p.p. Il comma 3.2, invece, – dopo aver disposto che l'avviso di fissazione dell'udienza, notificato all'interessato, debba contenere, a pena di nullità, l'avvertimento della facoltà di parteciparvi personalmente e che se l'interessato detenuto o internato ne fa richiesta, il giudice deve disporre la traduzione –, dichiara applicabili «in ogni caso le forme e le modalità di partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio previsti dalla legge», precisando che «la partecipazione all'udienza avviene a distanza anche quando l'interessato, detenuto o internato, ne fa richiesta ovvero quando lo stesso è detenuto o internato in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice». È fatta salva per il giudice la facoltà di disporre la traduzione dell'interessato, ove lo ritenga opportuno.

⁴¹ N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 558; G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 233.

⁴² Così, ancora, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 233.

⁴³ Cfr. N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, cit., p. 559.

È appena il caso di sottolineare che la partecipazione a distanza dell'imputato è forse più tollerabile proprio nei procedimenti camerati, proprio perché non attengono in via diretta all'affermazione di penale responsabilità e nel cui ambito non vi è raccolta della prova orale. In altre parole, il diritto di difesa appare «meno compresso» nella misura in cui quantomeno nelle udienze camerati – salvo le dovute eccezioni – non sono raccolte prove dichiarative che richiedono pertanto una maggiore partecipazione e/o attenzione dell'accusato⁴⁴.

Per quanto concerne, specificatamente il giudizio abbreviato, con la riforma Orlando (art. 1, comma 79, l. n. 103/2017) è stato modificato anche l'art. 134-*bis* disp. att. c.p.p., il quale prevede che «nei casi previsti dall'art. 146-*bis*, commi 1, 1-*bis* e 1-*quater*, la partecipazione dell'imputato avviene a distanza anche quando il giudizio abbreviato si svolge in pubblica udienza».

Vi è quindi, anche in questo caso una formale e sostanziale equiparazione dell'istituto della partecipazione, il quale si estrinseca nelle stesse modalità e con gli stessi requisiti di legge relativi alla fase dibattimentale.

6. *Punctum pruriens* è rappresentato dalla difficile, ma non impossibile, compatibilità del dibattimento a distanza con il rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito. Come si vedrà *infra*, è ammesso che in uno dei due luoghi, il difensore possa mandare un suo sostituto *ex art.* 102 c.p.p. solo in caso di impedimento, ma si è parlato, al riguardo di una forma atipica di sostituzione⁴⁵. La presenza del doppio difensore non è necessaria, ma facoltativa; il difensore ha anche diritto di scegliere in quale luogo presenziare, in aula d'udienza ovvero in remoto con il proprio assistito.

Va da sé, che in caso di difesa d'ufficio, non trova applicazione la possibilità del doppio difensore, mentre, in via del tutto eccezionale, in caso di imputato ammesso al patrocinio a spese dello Stato, fermo restando il divieto di nominare due difensori, in caso di partecipazione a distanza, può essere nominato un secondo difensore, limitatamente agli atti che effettivamente si compiono a distanza.

È stato osservato⁴⁶ che non tutte le attività difensive si possono svolgere dalla postazione remota, con evidenti riflessi sul compimento di alcune attività tipiche, quali la produzione di documenti, l'esame dei documenti prodotti da altre parti, l'allegazione di verbali da sottoporre al consenso delle altre parti. Tale produzione, avverrà semmai nelle mani dell'ausiliario presente in postazione remota, posponendosi poi il vaglio da parte delle altre parti e del giudice; parimenti, in caso di produzione documentale ad opera delle altre parti, la valutazione del difensore sarà rinviata in un secondo momento.

⁴⁴ R. Magi, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerati (commi 77-80 L. N. 103/2017)*, cit., p. 198.

⁴⁵ G. Fidelbo, *Commento alla disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame dei collaboratori di giustizia (l. n. 11 del 1998)*, in *Gazz. Giuffrè*, 1998, p. 4.

⁴⁶ L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento* in A.A. Dalia, M. Ferraioli (coord. da), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi ed imputati collaboranti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 17.

Già da queste prime osservazioni, è evidente come la nuova formulazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. presenti delle criticità applicative e di coordinamento con il diritto di difesa, anzi, a dire il vero dalla lettura della norma non si comprende quali siano i confini temporali dell'istituto processuale, contrariamente alla normativa previgente.

Ed invero, l'art. 146-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p. dispone che il presidente del tribunale o della corte d'assise nella fase degli atti preliminari al dibattimento ovvero il giudice, nel corso del dibattimento, debba dare comunicazione alle autorità competenti a disporre il collegamento audiovisivo, nonché alle parti e ai loro difensori della partecipazione al dibattimento a distanza.

Balza subito all'occhio dell'interprete l'azzeramento di ogni potere discrezionale in capo al giudice circa la necessità di procedere a distanza, tanto che non è più necessario un provvedimento motivato, così come era previsto in passato: ora addirittura si fa riferimento ad una semplice «comunicazione»⁴⁷. Scompare anche il termine di dieci giorni per portare a conoscenza la decisione del giudice che era previsto dalla norma anteriormente vigente.

La difesa ora non ha più il tempo minimo necessario per disporre una strategia difensiva, non ha neanche il tempo di organizzarsi (se non quello di decidere) sotto il profilo materiale, per presenziare da remoto ovvero, anche tramite un sostituto, sia da remoto che dall'aula d'udienza⁴⁸.

Dal punto di vista patologico, si ritiene che l'omessa comunicazione del provvedimento che dispone il video-collegamento determini la nullità del medesimo, da considerarsi peraltro relativa, *ergo* sanabile in caso di mancata eccezione immediata⁴⁹.

La difficile compatibilità tra il diritto di difesa e le modalità di svolgimento del dibattimento a distanza si manifesta soprattutto nella misura in cui debbano sussistere delle idonee ed efficaci predisposizioni tecniche di postazione remota, tali da diminuire il più possibile il gap tra partecipazione fisica e partecipazione a distanza.

⁴⁷ In tal senso v. G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 131, per il quale «la partecipazione a distanza diviene la regola, e infatti viene soltanto comunicata all'interessato e al suo difensore, non più decisa dal giudice con provvedimento motivato; la partecipazione "fisica" diviene, pertanto, l'eccezione, che necessita essa di un provvedimento motivato che dimostri le ragioni dell'assoluta necessità della presenza, in aula, del soggetto». Analogamente, C. Papagno, *Le modifiche all'art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 216, e G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)*, cit., p. 55.

⁴⁸ Cfr. F.R. Mittica, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, cit., p. 950 s.; G. Piziali, *sub art. 77 Riforma Orlando*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., tomo 3, cit., p. 3526 s., il quale sottolinea che la previsione di un termine sarebbe tanto più rilevante rispetto alle facoltà riconosciute alle altre parti dall'art. 146-*bis*, comma 4-*bis*, disp. att. c.p.p.

⁴⁹ Il tal senso v. C. Papagno, *Problemi applicativi in ordine alle modifiche all'art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 243, che pure sottolinea l'importanza della comunicazione, «che consente all'imputato e alla sua difesa di sapere preventivamente ove, geograficamente, sarà dislocato il processo che si andrà a celebrare».

Per questo motivo il comma 3 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. «impone l'adozione di uno *standard* tecnico più elevato di quello necessario, di regola, per l'esame a distanza» – come disciplinato dall'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. – dove non è imposta la reciprocità⁵⁰: qui il collegamento deve assicurare la «contestuale, reciproca ed effettiva visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto». E «se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere e udire gli altri».

La norma, quindi, fa riferimento a contestualità, effettività e reciprocità della visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi: la contestualità esclude i ritardi di percezione; la reciprocità garantisce il coinvolgimento nel collegamento di tutte le persone presenti nei due luoghi; infine, l'effettività mira ad escludere qualsiasi incertezza o difficoltà che possa incidere sulla capacità di percezione da parte di ciascun fruitore del collegamento stesso⁵¹.

L'imputato solitamente si posiziona in una saletta situata all'interno di uno stabilimento carcerario e, per alchimia giuridica, quella saletta diventa un «pezzo» di aula di udienza in applicazione dell'art. 146-*bis*, comma 5, disp. att. c.p.p. per il quale il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

Il giudice, quindi, ha potere di direzione e disciplina anche per questo luogo remoto, di talché, anche per i reati commessi nella postazione remota vigono le regole proprie dei reati commessi in udienza *ex art.* 476 c.p.p.

Ai sensi dell'art. 146-*bis*, comma 6, disp. att. c.p.p. è stabilito, in prima battuta, che un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza e designato dallo stesso giudice (o, in caso di urgenza, dal presidente) deve essere presente nella postazione remota. Nell'ipotesi in cui, invece, nel dibattimento non si debba procedere all'esame dell'imputato, può essere designato (dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente), invece 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 da lui riferiti».

Si rinviene una chiara differenziazione, atteso che in effetti, l'ausiliario è chiamato non solo ad attestare l'identità dell'imputato, ma anche a dare atto che «non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti» e dell'osservanza delle norme relative alle modalità del collegamento a distanza, della riservatezza delle consultazioni tra l'imputato e i suoi difensori, ma, se ha luogo l'esame, chiamato altresì a dare atto «delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova», potendo a tal fine interpellare, ove occorra, l'imputato ed il suo difensore, così da essere investito di un potere che trascende quello

⁵⁰ In tal senso G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 228.

⁵¹ In questi termini, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., cit., p. 768. Analogamente, G. Garuti, *Il giudizio ordinario*, in O. Dominioni e al., *Procedura penale*, 6^a ed., cit., p. 596.

ordinario di natura documentativa (art. 146-*bis*, comma 6, primo, secondo e terzo periodo, disp. att. c.p.p.)⁵².

Dalla lettura della norma si evince che sia l'ausiliario che l'ufficiale di polizia giudiziaria debbano redigere verbale, a norma dell'art. 136 c.p.p., delle operazioni svolte (art. 146-*bis*, comma 6, quinto periodo, disp. att. c.p.p.). Oltre al normale verbale d'udienza, quindi, ci saranno tanti altri verbali quante sono le postazioni remote. Caratteristica di questi ultimi, però, è che ovviamente attestano solo le attività svolte personalmente dall'ausiliario del giudice, o dall'ufficiale di polizia giudiziaria, nella postazione remota, mentre la documentazione delle dichiarazioni, richieste, eccezioni e di quant'altro provenga dalle persone presenti nella postazione remota confluirà necessariamente nel verbale tenuto dall'ausiliario del giudice che siede nell'aula di udienza: in caso contrario, si profilerebbe il pericolo di un contrasto tra i diversi verbali, eventualità che l'ordinamento vuole saggiamente scongiurare⁵³.

Per meglio comprendere quali siano i margini di compatibilità con il diritto di difesa, è opportuno affrontare il punto di vista in una duplice veste: la difesa tecnica e l'autodifesa.

Per quanto riguarda la difesa tecnica una questione molto interessante è quella del «doppio difensore». La distanza fisica tra l'imputato e l'aula d'udienza comporterebbe un quesito: il difensore dovrebbe sedere vicino all'imputato, quindi lontano dall'aula d'udienza ovvero in quest'ultima? Il legislatore dà per scontato che in tale situazione, la presenza di un solo difensore non garantisce il diritto di difesa dell'imputato, sia che il difensore si trovi nell'aula d'udienza sia che si trovi nella saletta dell'istituto carcerario in remoto⁵⁴, da qui la necessità di un secondo difensore in remoto.

Per questo motivo, il comma 4 dell'art. 146-*bis* disp. att. primo periodo c.p.p. dispone che «è sempre consentito al difensore o ad un suo sostituto di essere presente nel luogo in cui si trova l'imputato».

Ci si potrebbe chiedere come conciliare un'eventuale ammissione al patrocinio a spese dello Stato dell'imputato detenuto «a distanza» con la presenza del doppio difensore atteso che, come noto, quando è applicato il patrocinio dei non abbienti, non è ammessa una seconda nomina a difensore. L'art. 91, comma 1 lett. b, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (T.U. spese di giustizia) ha fatto cadere il limite per cui gli effetti dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato cessano con la nomina di un secondo difensore allorquando operi la normativa di cui alla l. n. 11/1998; l'art. 100 del medesimo T.U. spese di giustizia ha previsto che, sempre nel caso in cui operi la predetta normativa, l'indagato, l'imputato o il condannato possa nominare un secondo difensore per la partecipazione a distanza al processo penale, «limitatamente agli atti che si compiono a distanza».

⁵² Per questi rilievi, cfr. G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 229 s.

⁵³ Così G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 230.

⁵⁴ Ancora, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 230.

Chiaramente è necessario garantire la libertà e la segretezza del flusso di informazioni tra assistito e difensore, per questo al comma 4, secondo periodo dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. è stato stabilito che «il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei», alludendo evidentemente ad un collegamento realizzato tramite l'installazione di apposite linee telefoniche⁵⁵.

Per quanto riguarda invece l'autodifesa, come noto, essa si sostanzia nel diritto dell'imputato di partecipare personalmente al dibattimento come momento essenziale ai fini della pienezza del contraddittorio.

In tema di partecipazione a distanza, si sono presentate delle criticità in ordine ad una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Ed invero, prima della c.d. «riforma Orlando» la relativa questione di legittimità è stata respinta dalla Corte costituzionale, con la sentenza 14 luglio 1999, n. 342, rimettendo in sostanza al giudice la valutazione, caso per caso, delle diverse esigenze⁵⁶.

Con tale decisione, la Corte ha in particolare dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24 e 27 Cost., diverse questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1 ss. l. n. 11/1998. Più precisamente, secondo la Corte «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 quella partecipazione». In particolare, «che nessun effetto distorsivo possa nella specie ritenersi direttamente riconducibile alle disposizioni oggetto di impugnativa», secondo i giudici della Consulta, si desumerebbe con chiarezza dalla circostanza che la normativa in discorso, «lungi dal limitarsi a delineare i mezzi processuali o tecnici attraverso i quali realizzare gli obiettivi perseguiti, 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”, e quindi difendersi, per tutto l'arco del dibattimento»⁵⁷.

Anche la Corte di Strasburgo ha osservato che, nei processi per gravi reati di mafia l'imputato, con la mera presenza fisica nell'aula di udienza, può esercitare delle indebite pressioni sugli altri soggetti processuali, in particolare sulle vittime e sui testimoni; al tempo stesso, il trasferimento di detenuti sottoposti al regime carcerario *ex art. 41-bis* ord. pen. può essere l'occasione per tentativi di fuga o per riallacciare i legami con l'organizzazione criminale.

La partecipazione tramite videoconferenza, quindi, persegue uno scopo legittimo, ovvero la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione dei diritti

⁵⁵ In questi termini, G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 231.

⁵⁶ Cfr. C. cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2686.

⁵⁷ In seguito, v. C. cost., ord. 22 giugno 2000, n. 234, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1087, e C. cost., ord. 26 novembre 2002, n. 483, *ivi*, 2002, p. 4019.

alla vita, alla libertà e alla sicurezza di vittime e testimoni, così come il rispetto dell'esigenza di durata ragionevole del processo. La Corte ha, quindi, escluso che la difesa fosse stata posta in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto alle altre parti, una volta accertato che, con riguardo alle modalità di partecipazione a distanza, né il ricorrente né i suoi difensori (uno che affiancava l'imputato e l'altro presente in aula d'udienza ed entrambi in condizione di comunicare riservatamente con il proprio assistito) avessero sollevato problemi d'ascolto o di visione determinati da difetti nel collegamento audio-video⁵⁸.

La limitazione al diritto di difesa deve però, essere sorretta da un requisito di assoluta necessità, con la conseguenza che, allorché una misura restrittiva possa essere sufficiente, sia quest'ultima a dover trovare applicazione⁵⁹. Non basta, pertanto, la mera gravità del reato addebitato a giustificare il ricorso al teledibattimento: tale automatismo, per di più, si pone in contrasto con la presunzione d'innocenza, poiché implica un anticipato accoglimento dell'ipotesi accusatoria.

Prima dell'entrata in vigore della riforma, con la sentenza Corte Cost. n. 342/1999, il teledibattimento comunque si inseriva ancora in un contesto ancora eccezionale. Ora invece, è stato tutto normato e, con i requisiti di cui si è parlato, l'istituto ha perso totalmente il carattere emergenziale che lo connotava nel suo esordio.

Certamente, in ordine alle garanzie non si può dire che non vi sia alcuna differenza sostanziale tra la presenza fisica in udienza dell'imputato e il suo collegamento in remoto. La distanza dell'imputato, pur con opportuni ed efficaci mezzi di comunicazione, compromette, sempre e comunque, il diritto di difesa.

Non vi è, infatti, immediatezza: da un lato, l'imputato in collegamento ha più difficoltà a rendersi conto con esattezza di cosa sta accadendo all'interno dell'aula, dall'altro è inficiata la comunicazione in sé tra difensore ed imputato, la quale, come noto, è anche di natura non verbale e si può estrinsecare solo in un rapporto diretto e tempestivo.

Appare verosimile prospettare futuribili questioni di legittimità costituzionale in ordine allo stesso comma 1-*quater* dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., atteso che privilegia

⁵⁸ Cfr. C.e.d.u., Sez. II, sent. 27 dicembre 2007, *Asciutto c. Italia*, § 62 ss., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189, con nota di P. Corvi, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*; C.e.d.u., 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1642; nonché C.e.d.u., Sez. III, sent. 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*, § 65 ss., in *Cass. pen.*, 2007, p. 310.

⁵⁹ Cfr. C.e.d.u., Sez. II, sent. 27 dicembre 2007, *Asciutto c. Italia*, cit., § 61; v. anche, più di recente, C.e.d.u., sez. III, 1° marzo 2016, *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, § 38 ss., per la ritenuta iniquità di un processo, poiché (tra l'altro) la sua celebrazione in collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo in cui si trovava l'imputato era avvenuta senza che fosse addotta alcuna giustificazione al riguardo; nonché C.e.d.u. 8 dicembre 2009, *Taavitsainen c. Finlandia*, che ha condannato la Finlandia per violazione dell'art. 6, § 1 CEDU in quanto, nella vicenda sottopostale, la mancanza di apparecchiature tecniche idonee aveva reso impossibile esaminare due testimoni stranieri in videoconferenza, determinando così numerosi rinvii e rallentando irragionevolmente il processo.

espressamente il risparmio economico e temporale al diritto di difesa costituzionalmente previsto dall'art. 24 Cost.⁶⁰.

In effetti è stato lo stesso Giudice delle Leggi ad evidenziare come «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento»: una diversa soluzione introdurrebbe «una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che, da una parte, imporrebbe la piena tutela del principio del contraddittorio e, dall'altra, autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti»⁶¹.

Prima facie, non si porrebbero medesime problematiche in ordine alla normativa convenzionale. Tuttavia, da un'attenta lettura dell'art. 6 C.e.d.u. emerge un dato tanto fondamentale quanto elementare: ai fini di un corretto esercizio dei diritti ivi previsti, è necessaria la presenza fisica dell'imputato in udienza, altrimenti non si parlerebbe di «equo processo»⁶².

La comparizione fisica, in effetti, è necessaria proprio per permettere, a titolo esemplificativo, l'autodifesa e il diritto a confrontarsi con i testimoni d'accusa di cui all'art. 6, comma 3, lett. C.e.d.u.⁶³.

Con il comma 5 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., per il quale «il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza», il legislatore ha aggirato (*recte*: raggirato) ogni legittima problematica in ordine alla “presenza” dell'imputato, equiparando il virtuale al reale con profonda *deminutio* della difesa e dell'autodifesa. Eppure, basti pensare che, spesso, persino la presenza fisica dell'imputato in aula non è sufficiente, se poi non vi sono le condizioni spaziali e acustiche che rendano effettiva la partecipazione.

Tuttavia, la presenza fisica, se da un lato non è di per sé sufficiente, dall'altro non è sempre imprescindibile, potendo essere surrogata da un collegamento audiovisivo, purché tale limitazione sia assolutamente necessaria e siano comunque salvaguardate le garanzie difensive. È quindi prevedibile che la Consulta e la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunceranno ancora su questa delicata tematica della normativa sulla

⁶⁰ G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 231 s.

⁶¹ Cfr. C. Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747, con nota di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettive abolizionistiche del processo contumaciale*. Nello stesso senso, v. già C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458, *ivi*, 2002, p. 3811, la quale aveva affermato 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».

⁶² Cfr. C.e.d.u., sent. 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, § 26-27. In materia, oltre alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, occorre ricordare anche la Risoluzione n. 11/1975, che fissa le regole minime da rispettare per lo svolgimento del dibattimento senza imputato, in *Ind. pen.*, 1976, p. 538 s. Da ultimo, v. la Direttiva UE 2016/343 del 9 marzo 2016, che ribadisce per gli Stati membri l'obbligo di garantire a indagati e imputati il diritto di presenziare al proprio processo (art. 8, comma 1). A livello internazionale, v. art. 14 § 3 lett. d Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881.

⁶³ C.e.d.u. Grande Camera, sent. 25 novembre 1997, *Zana c. Turchia*, § 68.

partecipazione a distanza, essendo radicalmente diversa e assai più invasiva di quella a suo tempo valutata dalle stesse corti⁶⁴.

⁶⁴ G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)*, cit., p. 56, per il quale appare davvero «incomprensibile ed incoerente un sistema che autorizza delle deroghe così impegnative in nome di esigenze di certo importanti, quali la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, ma che non possono confrontarsi ed equipararsi con un diritto inviolabile, quale quello di essere fisicamente presente in udienza per difendersi, espressione delle garanzie della difesa e del contraddittorio». Per M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata*, cit., p. 7, in particolare, l'art. 146-bis disp. att. c.p.p. «dovrebbe essere dichiarato illegittimo nella parte in cui consente la partecipazione a distanza per motivi puramente efficientistici, indipendentemente da reali esigenze di protezione della sicurezza»; mentre per A. De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 1339, alla luce della nuova disciplina introdotta dalla riforma Orlando «la Consulta potrebbe rivisitare il precedente approccio, considerando la avversione più volte dimostrata alle presunzioni e alle forme di obbligatorietà».