

Il “distanziamento processuale”: misura dell’emergenza o prospettiva di riforma?

di

Giuseppe Della Monica*

SOMMARIO: 1. La contestuale presenza nell’aula di udienza degli attori del processo, come condizione di operatività dei “principi naturali del giudizio”. – 2. Le deroghe “sistematiche” alla regola della compresenza fisica: l’esame a distanza dell’imputato di reato connesso, del collaborante di giustizia e del testimone protetto. – 3. (Segue): la partecipazione a distanza dell’imputato detenuto. – 4. La disciplina eccezionale sollecitata da ragioni epidemiologiche: la fase dell’emergenza acuta. – 5. (Segue): la fase intermedia di attenuazione del rischio epidemiologico. – 6. (Segue): la fase della nuova recrudescenza emergenziale. – 7. La carica eversiva della partecipazione a distanza alle udienze penali, strumento straordinario giustificato in tempi emergenziali, divenuto ordinario

1. La contestuale presenza nell’aula di udienza degli attori del processo come condizione di operatività dei “principi naturali del giudizio”.

Il codice di procedura penale del 1988 riflette — quanto meno nelle originarie intenzioni dei *conditores* — la scelta di ridefinire l’equilibrio dei rapporti tra autorità e libertà in senso più favorevole per la persona sottoposta al procedimento, scelta attuata precipuamente attraverso la valorizzazione dei caratteri del modello processuale accusatorio¹.

In tale prospettiva, hanno assunto il ruolo di pilastri dell’intero sistema i c.d. “principi naturali del giudizio”, secondo cui la definizione della regiudicanda penale deve avvenire all’esito di un processo in cui siano garantiti “pubblicità”, “oralità”, “immediatezza” e “contraddittorio”: l’accertamento, attuato nella

*Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l’Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Cfr., al riguardo, per tutti, DALIA A.A.-FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, p. 603 s.

massima trasparenza, deve essere fondato su elementi di giudizio pervenuti, senza filtri, alla cognizione di un giudice terzo ed imparziale, superando il vaglio del contraddittorio tra parti antagoniste, poste su un piano di assoluta parità.

La compiuta attuazione dei principi naturali del giudizio non può prescindere, per diverse ragioni, dalla compresenza — nel medesimo spazio fisico — del giudice, delle parti, dei difensori e delle fonti di prova personali: come autorevolmente osservato, soltanto attraverso la “comunicazione dialettica contestuale” nell’aula di udienza è possibile svolgere “la funzione di liturgia alla quale la democrazia costituzionale dei diritti affida il compito di celebrare — anche sul piano simbolico — il primato della ragione discorsiva”².

Appare, del resto, intuitivo che la formazione e la valutazione del dato probatorio non possa prescindere dalla contrapposizione dialettica tra parti che interagiscono nel medesimo contesto spaziale, dalla assenza di filtri tra fonti di prova, giudice e parti e dalla trasmissione orale del sapere processuale: solo il contraddittorio orale e immediato — estrinsecatosi, cioè, dinanzi al giudice, senza alcuna intermediazione — consente di raggiungere l’obiettivo di un accertamento affidabile ed efficace, nonché di garantire appieno la possibilità delle parti di incidere sul contenuto della decisione.

Tale forma di contraddittorio — pieno ed effettivo, proprio in quanto corroborato dalle altre garanzie — assume, come da tempo acquisito dalla dottrina processualistica³, la duplice dimensione di diritto individuale, fondamentale ed inalienabile, della persona sottoposta a procedimento e di metodo oggettivo di accertamento della devianza penale.

La valenza del contraddittorio orale, pubblico e immediato — è opportuno precisarlo — trova la sua massima espressione con riferimento alle udienze dibattimentali e, in particolare, a quelle deputate all’assunzione dei mezzi di prova

² Così V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. penale*, 2020, n. 1, p. 2.

³ Sul punto, v. C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo articolo 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197 s.

orali, nelle quali ogni deviazione dal modello del giusto processo rischia di determinare conseguenze irreversibili sugli esiti del giudizio.

Non va, però, sottovalutata la pregnanza dei principi naturali anche con riferimento ad altre udienze, non destinate allo svolgimento dell'istruzione dibattimentale, ma alla trattazione e alla definizione di questioni tecniche, relative a giudizi di impugnazione o a incidenti di esecuzione, oppure afferenti a profili interlocutori o endoprocedimentali, quali, ad esempio, le udienze preliminari o quelle camerali sull'archiviazione.

L'ultima legislazione dell'emergenza — indotta dalla necessità di fronteggiare l'epidemia globale denominata "Covid-19" — ha interferito, sotto plurimi profili, sull'attuazione dei principi del giusto processo, derogando a vario titolo, attraverso forme di "distanziamento processuale", ai canoni della pubblicità, della immediatezza e della oralità.

La richiamata disciplina non rappresenta una soluzione inedita nel panorama normativo interno, che — ammettendo forme "distopiche" di celebrazione delle udienze, in cui si può derogare alla presenza contestuale di tutti gli attori — aveva già sperimentato, da molteplici angolazioni, penetranti discostamenti dal principio del contraddittorio orale, pubblico e immediato, deroghe la cui genesi e la cui evoluzione costituiscono premessa indispensabile per affrontare compiutamente il tema della legislazione emergenziale di più recente formazione.

2. Le deroghe "sistematiche" alla regola della compresenza fisica: l'esame a distanza dell'imputato di reato connesso, del collaborante di giustizia e del testimone protetto.

L'intangibilità del diritto alla presenza fisica — quale corollario dei canoni dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio — non è stata mai messa in discussione fino all'inizio degli anni '90.

In quella fase storica, la legislazione dell'emergenza volta a contrastare il fenomeno della criminalità organizzata, con l'intento di arginare il fenomeno della criminalità

mafiosa, ha disciplinato⁴ — introducendo il nuovo art. 147 *bis* disp. att. c.p.p. — l'istituto dell'esame a distanza di alcuni soggetti, la cui peculiare qualifica richiedeva l'adozione di rigorose precauzioni a tutela della loro sicurezza.

I c.d. "collaboranti di giustizia" — ovvero i soggetti sottoposti al programma o alle misure di protezione previste dal decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8 — sono stati, così, i primi a beneficiare di particolari modalità di escussione (tese, in definitiva, a preservare la loro incolumità fisica), tra le quali l'esame a distanza, da svolgersi mediante collegamento audiovisivo idoneo ad assicurare la « contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trovi ».

Tale modalità protetta è stata, successivamente, estesa all'audizione delle persone destinatarie del cambiamento delle generalità di cui all'art. 3 d.lgs. 29 marzo 1993, n. 119, e degli imputati di reato connesso *ex art.* 210 c.p.p. — nei confronti dei quali si procede per uno dei delitti di criminalità organizzata previsti dall'articolo 51 comma 3-*bis* c.p.p. o di terrorismo ed eversione dell'ordine costituzionale *ex art.* 407, comma 2, lett. *a*), n. 4, c.p.p., quando tali persone debbano essere escusse nell'ambito di un processo per taluno dei delitti indicati⁵ — nonché all'esame degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, degli ausiliari e delle interposte persone, che abbiano operato in attività sotto copertura⁶.

Obiettivo primario del meccanismo di collegamento audiovisivo è, oltre alla già segnalata esigenza di tutelare la sicurezza dei dichiaranti, quello di evitare condizionamenti nello svolgimento dell'esame, prevedibilmente inficiato dalle pressioni a cui sarebbero esposti i dichiaranti.

In tale prospettiva, la regolarità dell'esame viene assicurata, da un ausiliario del giudice o da altro pubblico ufficiale autorizzato, presente nel luogo dove si trova la persona da esaminare, al fine di attestare, in un verbale separato, l'identità di

⁴ Il riferimento è al decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306.

⁵ L'estensione alle persone con nuove generalità e agli imputati di reato connesso è avvenuta — sempre in ottica emergenziale — per effetto dell'art. 8 del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374.

⁶ L'esame in videoconferenza dei testimoni di polizia giudiziaria che hanno agito sotto copertura è stato previsto dall'art. 8 della legge 16 marzo 2006, n. 146.

quest'ultima e di dare atto delle cautele volte a non compromettere la genuinità dell'escussione.

Si è aperta, così, un'ampia breccia nel sistema, che ha ammesso l'esame "a distanza" di una fonte di prova personale — testimone protetto, imputato di reato connesso o organo di polizia giudiziaria che abbia agito sotto copertura — collegata in via telematica da un luogo fisicamente diverso dall'aula di udienza, sottraendo il dichiarante al controllo delle parti e del giudice, impossibilitate a percepire appieno quanto accade dinanzi al giudice e, in particolare, tutte le forme di comunicazione non verbale.

A bilanciare i rischi di compressione dei diritti dell'accusato e di inaffidabilità del dato conoscitivo, il legislatore ha affidato alla sensibilità discrezionale del giudice, ove lo ritenga « assolutamente necessario », il potere di ripristinare la contemporanea presenza di tutti gli attori del processo, disponendo la comparizione personale del soggetto da esaminare in aula di udienza⁷.

Nelle ipotesi dianzi richiamate, l'esame a distanza è, così, divenuto modalità ordinaria di assunzione della prova, alternativa rispetto alle forme previste dal codice sull'istruzione dibattimentale: il pregiudizio per immediatezza, oralità e pubblicità — e, di riflesso, per il contraddittorio — non può essere più evidente⁸, anche perché l'unico efficace correttivo è lasciato all'iniziativa, difficilmente sindacabile, da parte del giudice.

3. (Segue): la partecipazione a distanza dell'imputato detenuto.

Un percorso in parte parallelo è stato seguito dalle disposizioni derogatorie alla regola della necessaria presenza personale dell'imputato.

⁷ Sia consentito, sul punto, il rinvio a G. DELLA MONICA, *L'esame a distanza di persone ammesse a programmi o misure di protezione*, in AA. VV., a cura di A.A. Dalia, *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Padova, 1998, p. 172 s.

⁸ Per approfondimenti sul tema, cfr. AA. VV., a cura di E. Zappalà, *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012.

Il valore della presenza fisica dell'imputato, quale corollario del fondamentale diritto di autodifesa — e, quindi, aspetto imprescindibile del diritto di difesa e del principio del contraddittorio — non può essere posto in discussione: un profilo essenziale della difesa "attiva" è rappresentato dalla possibilità concessa all'imputato di essere presente in udienza, così da interagire costantemente con il proprio difensore, suo *alter ego* tecnico, e da cogliere tutti i segnali non verbali promananti dalle fonti di prova, dal giudice e da tutti gli altri soggetti del processo. Sulla falsariga dell'esame a distanza dell'imputato di reato connesso e del testimone di giustizia o protetto, il legislatore ha previsto — nell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. — la partecipazione a distanza al dibattimento dell'imputato detenuto, introdotta dalla legge 7 gennaio 1998, n. 11 e oggetto, nel corso degli anni, di molteplici interventi di riforma⁹.

Nella versione originaria, la partecipazione a distanza poteva essere disposta — nei confronti del solo imputato dei delitti di criminalità organizzata (art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.) e di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 407 comma 2, lett. *a*, n. 4, c.p.p.), se in stato di detenzione inframuraria¹⁰ — per gravi ragioni di ordine o di sicurezza pubblica oppure, in dibattimenti di particolare complessità, per ragioni di economia processuale¹¹.

La sussistenza, in concreto, delle condizioni predeterminate dalla legge richiedeva, in ogni caso, adeguata verifica giurisdizionale, da tradursi in un provvedimento motivato, relativo partecipazione al dibattimento a distanza¹², tempestivamente comunicato alle autorità competenti, nonché alle parti e ai difensori¹³.

⁹ La partecipazione a distanza è stata, peraltro, estesa — per effetto dell'introduzione dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. — al procedimento in camera di consiglio.

¹⁰ Lo stato di restrizione in carcere può essere indifferentemente determinato da un provvedimento restrittivo di natura cautelare oppure da un titolo esecutivo emesso a seguito di pronuncia irrevocabile di condanna.

¹¹ Oltre alle ipotesi richiamate nel testo, la disposizione derogatoria riguardava anche il caso della partecipazione a distanza del detenuto in regime eccezionale *ex* art. 41 *bis* comma 2 ord. penit., successivamente espunto dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438.

¹² L'adozione del provvedimento, in forma di decreto motivato, era attribuita alla competenza funzionale del Presidente del Tribunale o della Corte di assise (nella fase degli atti preliminari al dibattimento) ovvero del giudice (nel corso del dibattimento).

¹³ Il testo originario prevedeva, per la comunicazione alle parti e ai difensori, il rispetto del termine dilatorio di dieci giorni dall'udienza.

Il legislatore circondava, poi, la partecipazione a distanza di una serie di garanzie procedurali — previste dall'art. 146 *bis* commi 3, 4 e 5 disp. att. c.p.p. — con la precipua finalità di non conculcare le facoltà difensive dell'imputato giudicato a distanza.

Si è previsto, così, che il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, da considerarsi a pieno titolo equiparato all'aula, avvenga — anche in caso di più imputati connessi da remoto — « con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità » di tutte le persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto, modalità comunque tali da garantire, in ogni momento, la facoltà di consultazione riservata tra il difensore presente in udienza e l'imputato. A tal fine, è sempre assicurata la presenza del difensore o di un suo sostituto accanto all'imputato, con possibilità di consultarsi riservatamente con il difensore presente nell'aula di udienza attraverso idonei strumenti tecnici.

La reazione della dottrina al nuovo modello di partecipazione a distanza non si è fatta attendere, attesi i profili di evidente frizione con il principio del contraddittorio e il diritto di autodifesa dell'imputato non presente in aula¹⁴.

Tuttavia, i dubbi di costituzionalità sono stati fugati dalla Consulta, che, con la sentenza n. 342/1999, ha escluso la illegittimità dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., 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 », rilevando che « 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

¹⁴ V., tra gli altri, G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA. VV., a cura di A.A. Dalia, *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Padova, 1998, p. 381; A. GIARDA, *Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia*, in AA. VV., *Processo penale e processo civile. Le riforme del 1998*, Milano, 1998, p. 6.

disposizione strumenti tecnici “idonei”, che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente »¹⁵.

In tale prospettiva, la disposizione in commento garantiva il corretto bilanciamento dei valori di rango costituzionale coinvolti, posto che la compressione dei diritti dell'accusato derivante dalla celebrazione in videoconferenza sarebbe stata comunque giustificata dalla necessità di preservare le impellenti esigenze di tutela dei valori della sicurezza sociale e dell'incolumità pubblica.

L'impostazione originaria dell'istituto — connotato da un ambito applicativo comunque predeterminato, limitato a casi tipici definiti con accettabile precisione — è stata ribaltata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma “Orlando”), secondo cui la partecipazione alle udienze dibattimentali e camerali a distanza si applica all'imputato, senza ulteriori condizioni oggettive, per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis, nonché nell'art. 407 comma 2, lettera a), n. 4) c.p.p., anche in relazione a reati per i quali egli risulti non attinto da titoli restrittivi¹⁶.

Le garanzie procedurali di cui all'art. 146 bis disp. att. c.p.p. commi 3, 4 e 5 sono rimaste pressoché immutate a seguito della riforma, che ha solo previsto, per tutte le udienze celebrate in collegamento audiovisivo, la possibilità per le altre parti e per i loro difensori, previa autorizzazione del giudice, di intervenire da remoto, addossandosi l'onere dei costi del collegamento.

L'attivazione della connessione audiovisiva da remoto non è più, dunque, subordinata alla ricorrenza di presupposti oggettivi definiti *ex lege*, ma diviene — per gli imputati in stato detentivo di delitti di criminalità organizzata e di delitti commessi per finalità terroristiche o eversive — la modalità di partecipazione ordinaria, derogabile solo quando il giudice, con decreto motivato emesso anche su sollecitazione delle parti, reputi indispensabile la presenza fisica dell'imputato,

¹⁵ Corte cost., 14-22 luglio 1999, n. 342, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2686.

¹⁶ Va, peraltro, rimarcato che le disposizioni relative alla partecipazione dei detenuti per delitti di mafia e criminalità terroristica sono entrate in vigore immediatamente e non a seguito del termine di *vacatio* di un anno dalla pubblicazione previsto per tutti gli altri casi (ai sensi dell'art. 1 comma 81 della legge n. 103/2017).

sempre che quest'ultimo non sia sottoposto al regime detentivo eccezionale previsto dall'art. 41 *bis* ord. penit.

Come puntualmente osservato, la riforma "Orlando" ha delineato uno « statuto processuale del detenuto », la cui condizione soggettiva, a prescindere dal titolo di reato per il quale si procede, determina lo spostamento dell'attenzione « dall'oggetto del procedimento in corso ... alla causa della detenzione »¹⁷.

La riforma del 2017 non si è limitata ad instaurare l'automatica partecipazione al dibattimento da remoto per le categorie soggettive appena richiamate, ma ha anche ampliato, in modo sensibile, i margini di operatività dell'istituto, rendendolo applicabile in via generale — vale a dire anche al di fuori delle ipotesi di reato previste nei commi 1 e 1-*bis* dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. — a tutti gli imputati detenuti, se occorre assumere la testimonianza di persona detenuta a qualunque titolo oppure quando siano ravvisate « ragioni di sicurezza » e il dibattimento risulti « di particolare complessità », ovvero sia « necessario evitare ritardi nel suo svolgimento ».

La sussistenza di tali condizioni oggettive — verificata in concreto dal giudice con decreto motivato — consente, dunque, la celebrazione del dibattimento a distanza per tutte le ipotesi di reato, rendendo, in sostanza, di generale applicazione il regime previgente, previsto in via d'eccezione per alcune gravi tipologie delittuose. Pur disciplinata da una norma di stretta interpretazione, insuscettibile di applicazione analogica e di letture estensive oltre i casi espressamente contemplati¹⁸, la partecipazione a distanza dell'imputato *in vinculis* è divenuta, dunque, modalità ordinaria di celebrazione dell'udienza per i delitti di criminalità organizzata e per quelli commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico e modalità alternativa, ma non eccezionale, al ricorrere delle condizioni oggettive delineate dal legislatore.

¹⁷ Così S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs autodifesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 4, p. 9.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2018, n. 22039, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3277 s.

4. La disciplina eccezionale ispirata a ragioni epidemiologiche: la fase dell'emergenza acuta.

Una volta spogliatasi del carattere della eccezionalità, per divenire modalità ordinaria o alternativa di celebrazione dell'udienza, la partecipazione da remoto è stata individuata, inevitabilmente, come strumento privilegiato di celebrazione dell'udienza dalla legislazione emergenziale volta a fronteggiare il rischio epidemiologico da "Covid-19".

Sul tema, l'art. 83 comma 12 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 — ribadendo la previsione originaria contenuta nell'art. 2 del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11 — ha stabilito che, per gli imputati detenuti, internati o in stato di custodia cautelare¹⁹, « la partecipazione a qualsiasi udienza... è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto », secondo le modalità tecniche individuate e regolate dal Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia²⁰.

Il legislatore dell'emergenza ha recepito integralmente, rendendole applicabili « in quanto compatibili », le garanzie previste, a tutela dell'imputato non presente in aula, dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. commi 3, 4 e 5.

La *ratio* della disciplina è agevolmente rinvenibile nella previsione dello stesso art. 83 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, che, al comma 6, demanda ai capi degli uffici giudiziari l'adozione di misure volte a « 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

¹⁹ La disciplina della partecipazione da remoto colpisce principalmente — come osservato in dottrina — gli imputati *in vinculis*: cfr. E. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 18.

²⁰ Il decreto attuativo ha previsto che « lo svolgimento delle udienze penali avvenga mediante collegamenti da remoto tramite gli applicativi messi a disposizione » e, a tal fine, sollecita la stipula di protocolli tra i dirigenti degli uffici giudiziari e i Consigli dell'ordine degli avvocati e le Camere penali locali, in modo da individuare modalità condivise di partecipazione da remoto dei soggetti del processo.

dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti ».

In sede di conversione del decreto legge, avvenuta con l'approvazione della legge 24 aprile 2020, n. 27, il legislatore — introducendo, nel citato art. 83, un nuovo comma 12-*bis* — ha esteso la partecipazione da remoto anche agli imputati non detenuti o internati, limitatamente alle udienze « 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 », purché sia assicurata la presenza, all'interno dell'ufficio giudiziario, dell'ausiliario del giudice.

Si è, così, configurata una vistosa deroga, chiaramente ispirata alla logica dell'eccezione²¹, al principio del giusto processo, tale da consentire la generalizzata partecipazione, da remoto, di tutti gli imputati, anche non detenuti, alle udienze di assunzione di mezzi di prova di portata potenzialmente decisiva, quali la testimonianza della polizia giudiziaria e l'esame di consulenti tecnici o di periti.

È evidente che, su questo punto, il legislatore della prima fase emergenziale ha valicato, di gran lunga, i limiti dell'istituto tracciati in via ordinaria dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., destando non poche perplessità in dottrina²².

Nell'ambito delle soluzioni tecniche adottate nel corso di questa fase, menzione particolare va riservata al procedimento previsto per la decisione dei ricorsi dinanzi alla Suprema Corte di cassazione, volto a garantire il rispetto del contraddittorio cartolare, salva la volontà delle parti di non rinunciare alla presenza fisica.

Ai sensi dell'art. 83 comma 12-*ter* della legge n. 27/2020, la decisione sui ricorsi per i quali sono previste le forme dell'udienza camerale partecipata (art. 127 c.p.p.) o dell'udienza pubblica (art. 614 c.p.p.) avviene — in deroga alle disposizioni

²¹ Ragioni altrettanto eccezionali erano sottese all'introduzione del nuovo comma 12-*quinqies* dell'art. 83, secondo cui le deliberazioni collegiali in camera di consiglio, comprese quelle da assumere all'esito del giudizio di cassazione, potevano avvenire mediante collegamento da remoto, con modalità tecniche idonee a garantire la segretezza delle singole postazioni private in cui i membri del collegio si trovino fisicamente.

²² Cfr., per tutti, L. CRICRÌ, *Per chi suona la campana. Il processo da remoto e la pandemia dei diritti*, in AA. VV., *Il Diritto e l'Economia ai tempi del Covid*, Napoli, 2020.

ordinarie — in camera di consiglio, senza l'intervento del Procuratore generale e dei difensori delle altre parti, ma con l'instaurazione di un contraddittorio cartolare: entro il quindicesimo giorno precedente l'udienza, infatti, le richieste scritte del Procuratore generale, inviate alla cancelleria della Corte con posta elettronica certificata, sono fatte pervenire, con lo stesso mezzo, ai difensori delle altre parti, i quali, entro il quinto giorno antecedente l'udienza, possono presentare, sempre con lo stesso strumento di trasmissione telematica, le proprie conclusioni scritte.

Il legislatore ha lasciato, però, ai difensori e al Procuratore generale la facoltà di presentare — per iscritto, a mezzo di posta elettronica certificata, entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell'udienza — richiesta di discussione orale, così riconoscendo alle parti il diritto al confronto dialettico dinanzi al giudice.

Tale inedito modello procedimentale ha individuato una interessante soluzione di compromesso — idonea a preservare il diritto di tutte le parti, quelle private e quella pubblica — all'interlocuzione contestuale, in forma orale e immediata, con l'organo giurisdizionale.

La temporaneità della disciplina dettata dalla legge n. 27/2020 — espressamente destinata a perdere vigore in epoca successiva al 30 giugno 2020 — ne attestava le evidenti caratteristiche di eccezionalità e di provvisorietà, facendola ritenere, in ragione dell'innegabile situazione di emergenza in atto, non incompatibile con l'assetto costituzionale.

5. (Segue): la fase intermedia di attenuazione del rischio epidemiologico.

Affievolitisi, almeno nella percezione collettiva, i rischi connessi alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, il legislatore ha ritoccato alcune delle previsioni più restrittive contenute nel decreto-legge n. 18/2020 e nella legge di conversione.

Per il periodo immediatamente successivo alla scadenza della prima normativa emergenziale, periodo compreso tra i mesi di maggio e di ottobre 2020, l'art. 221 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 — convertito dalla legge 17 luglio 2020, n.

77 — ha, infatti, stabilito che, fermo il disposto degli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p., « la partecipazione a qualsiasi udienza penale degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti è assicurata, con il consenso delle parti, mediante collegamenti audiovisivi a distanza », nel rispetto delle garanzie processuali sancite dai commi 3, 4 e 5 del citato art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.

In tale arco temporale, in cui la pressione emergenziale si è sensibilmente attenuata, il legislatore non ha, dunque, limitato l'operatività dell'istituto della partecipazione a distanza per gli imputati non detenuti, ma — al di fuori dei casi già contemplati dal sistema nelle disposizioni di attuazione del codice — ha subordinato la partecipazione a distanza dell'imputato *in vinculis* alla manifestazione del consenso di quest'ultimo, espresso « personalmente o a mezzo di procuratore speciale ».

Raffrontata alla disciplina ordinaria della partecipazione a distanza per gli imputati *in vinculis* — che, all'art. 146 *bis* comma 1-*quater* disp. att. c.p.p., anche con riferimento a titoli di reato non particolarmente allarmanti, consente al giudice, come anticipato, di disporre, con valutazione discrezionalmente orientata, la partecipazione a distanza all'udienza per « ragioni di sicurezza », per la « particolare complessità del dibattimento » ovvero per evitare « ritardi nel suo svolgimento » — la previsione del decreto legge n. 34/2020 appare molto più garantista, affidando alle parti la valutazione, del tutto insindacabile, in ordine alla rinuncia al diritto di essere presente in udienza.

La scelta di demandare la celebrazione dell'udienza da remoto ad un meccanismo di tipo negoziale — in cui sono gli interessati a scegliere se rinunciare al diritto di confrontarsi di persona con l'antagonista, dinanzi al giudice in aula di udienza — appare senz'altro meritevole di approfondimento, al fine di individuare modalità più snelle di partecipazione, senza intaccare nella sostanza le prerogative individuali delle parti e, soprattutto, dell'accusato.

Il legislatore aveva, poi, previsto che la celebrazione dell'udienza avvenisse con la necessaria presenza del giudice, del pubblico ministero e dell'ausiliario del giudice

all'interno dell'ufficio giudiziario e non più, come invece stabilito nella precedente fase emergenziale, con la sola presenza fisica dell'ausiliario.

Veniva, dunque, compiuto un deciso passo in avanti verso il ripristino di una situazione di normalità, come peraltro evidenziato, dalla eliminazione delle previsioni derogatorie relative al giudizio cartolare di cassazione.

Rimarcando il contesto comunque emergenziale in cui si è inserito l'intervento del decreto-legge n. 34/2020 e della relativa legge di conversione, le soluzioni di compromesso individuate dal legislatore per tale periodo appaiono equilibrate, potendo rappresentare un utile punto di partenza nella individuazione di future soluzioni per casi di analoga gravità.

6. (Segue): la fase della nuova recrudescenza emergenziale.

Il quadro normativo è ulteriormente mutata con l'approvazione del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, in cui — almeno fino alla scadenza del termine di durata del periodo emergenziale, stabilito in generale dall'art. 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19 — sono state riproposte, per grandi linee, le previsioni contenute nel precedente decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla legge n. 77/2020, con significative deroghe, però, sulla partecipazione da remoto.

In primo luogo, l'art. 23 comma 4 del decreto-legge n. 137/2020 ha ripristinato — con riferimento « a qualsiasi udienza » e a prescindere dal consenso delle parti — la partecipazione mediante videoconferenze o collegamenti da remoto delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, con le salvaguardie previste dall'art. 146 *bis* commi 3, 4 e 5 disp. att. c.p.p.

La partecipazione a distanza non deve, però, ritenersi inderogabile, in quanto il richiamato art. 23 comma 4 — ricorrendo ad una clausola estremamente generica (« ove possibile ») — fa salva una diversa valutazione del giudice, che può sempre disporre la comparizione personale, se ritenuta opportuna, evidentemente anche al fine di non pregiudicare il diritto al contraddittorio.

Per quanto attiene agli imputati non detenuti, è stata, invece, sancita la celebrazione da remoto di udienze che non richiedano la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice, purché sia comunque assicurato il rispetto di modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio²³.

Spetta al difensore il compito di attestare l'identità del proprio assistito²⁴, il quale, se libero o sottoposto a misure non carcerarie, partecipa all'udienza esclusivamente dalla postazione da cui si collega il difensore, oppure, se agli arresti domiciliari, arrestato o fermato, può collegarsi anche dal più vicino ufficio di polizia giudiziaria attrezzato allo scopo²⁵.

La trattazione da remoto è preclusa — per espresso divieto normativo — per le udienze deputate all'esame di testimoni, parti, consulenti o periti, nonché allo svolgimento delle discussioni finali da tenere all'esito di giudizio abbreviato o di giudizio dibattimentale, mentre può essere effettuata, con il consenso delle parti, alle altre udienze preliminari e dibattimentali.

Viene meno, così, uno dei punti più controversi — quello attinente alla escussione dei testi di polizia giudiziaria, dei consulenti tecnici o dei periti non presenti — della disciplina varata, con il decreto-legge n. 18/2020, nel periodo di maggiore emergenza, con conseguente elisione del *vulnus* alle garanzie individuali dell'imputato e alla tenuta del modello processuale di accertamento.

Il meccanismo negoziale del consenso è stato proposto esclusivamente per la celebrazione delle udienze dibattimentali diverse da quelle istruttorie o di discussione, a riprova della particolare attenzione riservata anche alla trattazione di questioni non immediatamente percepibili come decisive, ma la cui rilevanza è comunque riservata al giudizio insindacabile delle parti.

²³ In tal caso, il giudice è tenuto a comunicare tempestivamente, prima dell'udienza, a giorno, ora e modalità del collegamento ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione.

²⁴ Cfr., in senso critico, O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 4 s..

È stata, infine, riproposta la possibilità, per il giudice, di accedere telematicamente all'udienza da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario, luogo in cui diviene nuovamente indispensabile la sola presenza dell'ausiliario, al fine di dare atto, nel verbale, delle modalità di collegamento da remoto utilizzate, delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere o vistare il verbale.

Il nuovo decreto-legge, pur ripristinando la possibilità di riunirsi da remoto in camera di consiglio per gli organi collegiali, esclude, tuttavia, che la previsione sia applicabile alle deliberazioni conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto.

7. La carica eversiva della partecipazione a distanza alle udienze penali, strumento straordinario, giustificato in tempi emergenziali, ma divenuto ordinario.

Il sintetico *excursus* dei percorsi normative riguardanti le regole sulla partecipazione a distanza — *excursus* svolto in parallelo con la disciplina ordinaria stratificatasi negli artt. 146 bis e 147 bis disp. att. c.p.p. e quella eccezionale volta a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, contenuta nei decreti-legge e nelle relative leggi conversione susseguitisi negli ultimi mesi — induce ad una serie di riflessioni sulla natura dell'istituto e sulla sua compatibilità con i principi cardine del sistema processuale penale.

La fisionomia assunta nei numerosi provvedimenti emergenziali adottati tra il marzo e l'ottobre 2020 risulta indiscutibilmente connotata da contingenza ed eccezionalità, essendo essi sempre destinati ad operare — per espressa previsione legislativa, ribadita in ogni occasione — in deroga alle disposizioni ordinarie e solo per determinati periodi di tempo in cui il contrasto al rischio epidemiologico assume rilievo prevalente.

Tali peculiarità attenuano significativamente i profili di frizione della partecipazione a distanza prevista dalla legislazione “anti-Covid” con i canoni del giusto processo e, nello specifico, con il principio del contraddittorio pieno ed effettivo — rispettoso di oralità, pubblicità, immediatezza — che rappresenta prerogativa fondamentale dell’individuo sottoposto a procedimento penale e carattere imprescindibile del modello oggettivo di accertamento delineato dalla Carta costituzionale.

Le variazioni di assetto proposte nel tempo hanno evidenziato l’apprezzabile sforzo del legislatore dell’emergenza, che si è — talvolta anche proficuamente — adoperato per circoscrivere la contrazione degli spazi del diritto di difesa e di autodifesa, lasciando uno spiraglio alla partecipazione fisica dell’imputato *in vinculis* ed escludendo, per gli imputati non detenuti, l’operatività della partecipazione a distanza per le udienze deputate alla formazione di dati probatori oppure destinate alla discussione sul merito dell’imputazione.

Tuttavia, la conclamata violazione dei diritti individuali e collettivi connessi al principio del contraddittorio si era già ampiamente consumata con la c.d. riforma “Orlando”, all’esito di un percorso intrapreso a partire dal 1992, nell’ambito della legislazione emergenziale di contrasto al fenomeno mafioso.

La partecipazione a distanza dell’imputato *in vinculis* e l’esame in videoconferenza di determinate fonti di prova sono, infatti, divenuti — a seguito dell’entrata in vigore della novella del 2017 — strumento ordinario o alternativo di celebrazione dell’udienza, incidendo sulla struttura stessa del sistema, che non ne è uscito indenne.

Destà, peraltro, preoccupazione la *sedes materiae* della disciplina sulla partecipazione a distanza, inopinatamente collocata nelle disposizioni di attuazione e transitorie del codice, che, fisiologicamente, dovrebbero regolare profili di mero dettaglio, mentre, nel caso di specie, possono produrre un impatto deflagrante sui principi cardine del sistema.

Paradossalmente, la legislazione correlata alla diffusione del Covid-19 — il cui profilo contingente e precario, apertamente dichiarato, non solleva particolari

preoccupazioni per i periodi post emergenziali — ha individuato soluzioni di apprezzabile compromesso, talvolta meno aggressive rispetto al regime ordinario previsto dagli artt. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. c.p.p.

Esempi nitidi sono forniti dal possibile ricorso alla celebrazione fisica dell'udienza per gli imputati *in vinculis* e, per gli imputati non detenuti, dall'esclusione dall'ambito di applicabilità della partecipazione a distanza di determinate tipologie di udienze, nonché dalla previsione di penetranti meccanismi di tutela, quali il consenso di tutte le parti coinvolte.

Se le forme di partecipazione a distanza volte ad evitare il rischio epidemiologico possono essere percepite — in forza del loro carattere di oggettiva emergenza, connotata da provvisorietà e contingenza — come conformi al modello processuale del giusto processo, resta la constatazione che il “distanziamento processuale”, incuneatosi nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, ha assunto, ben prima dell'insorgere della drammatica condizione pandemica, valenza sistematica, non costituendo mera prospettiva di riforma, ma tratto della disciplina processuale con cui l'interprete non può non misurarsi.

Le soluzioni prospettate dal legislatore dell'ultima emergenza — individuate nell'utilizzo di meccanismi consensuali e nel ricorso al contraddittorio cartolare — meritano, poi, attenta considerazione, nell'ottica di approfondire l'utilizzo di moduli procedimentali più snelli, ma comunque idonei a presidiare i diritti delle parti, e soprattutto dell'imputato, a cui si riconosce la prerogativa di determinarsi in ordine alla eventuale rinuncia all'autodifesa e al contraddittorio pubblico, orale e immediato.